

CHAT DU 18 SEPTEMBRE

les méthodes de notation

avec : Franck Lepron et Nicolas Ferré, avocats du cabinet UGGC



Accès libre

Plus d'informations ?
Cliquez ici !

L'égalité femme/homme entre dans le droit de la commande publique

A compter du 1er décembre 2014, la méconnaissance des dispositions sur l'égalité hommes/femmes sera une cause d'exclusion de la commande publique. Pour être prêt le jour J, Marie-Hélène Pachen-Lefèvre et Maeva Guillerm, avocates à la SCP Seban et associés, font le point sur ces nouvelles interdictions de soumissionner, issues de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

L'article 16 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a pour objet d'inciter les opérateurs économiques au respect des dispositions relatives à l'égalité entre les sexes, afin d'assurer leur effectivité. Et c'est finalement la voie de la sanction qui a été privilégiée, avec l'ajout de trois nouvelles interdictions de soumissionner attachées à la méconnaissance de la législation en la matière.



Les contrats concernés

Cet article s'applique à l'essentiel des contrats de la commande publique. En effet, si dans sa version initiale, le projet de loi ne faisait que compléter la liste des interdictions de soumissionner figurant à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005, limitant ainsi le champ d'application des trois nouvelles interdictions de soumissionner aux marchés soumis à l'ordonnance et, par un jeu de renvoi, aux marchés publics et aux concessions de travaux, le texte adopté couvre finalement également les contrats de partenariat et les délégations de service public. Il faut d'ailleurs noter qu'au-delà des trois nouvelles interdictions de soumissionner en lien avec l'égalité entre les femmes et les hommes, c'est l'ensemble des cas d'exclusion prévus à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont rendus applicables aux délégations de service public.

L'article 16 de la loi du 4 août 2014, et donc les nouvelles interdictions qu'il renferme, ne s'applique toutefois qu'« aux contrats conclus à compter du premier décembre 2014 », c'est-à-dire, à suivre la lettre du texte, aux contrats qui seront signés à compter de cette date. Cela implique pour les acheteurs publics de déterminer, avant de lancer une procédure de passation, si le contrat qui en est l'objet sera signé ou non avant le 1er décembre, pour fixer en conséquence dans l'avis d'appel public à la concurrence la liste des documents à remettre par les candidats. Il est pourtant bien des procédures de publicité et de mise en concurrence attachées à des contrats qui ne seront signés qu'après le premier décembre qui ont été lancées avant la publication de la loi du 4 août 2014 ; et on voit mal comment la loi pourrait leur être appliquée, dans la mesure où elle pose une sanction nouvelle afférente à des obligations qui ont été (ou auraient dû être) exécutées avant son entrée en vigueur et qui ne sont plus susceptibles de régularisation.

Les trois nouvelles interdictions de soumissionner



Les deux premiers cas d'exclusion de la commande publique retenus par l'article 16 de la loi du 4 août 2014 visent les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits liés à la violation des dispositions sur l'égalité entre les femmes et les hommes.

Sont ainsi interdites de soumissionner les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour discrimination, au sens de l'article 225-1 du code pénal¹ ; infraction qui couvre naturellement les discriminations opérées entre les personnes à raison de leur sexe, mais également, et bien au-delà, pour mémoire, toute distinction opérée entre les personnes à raison de leur origine, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur orientation ou identité sexuelle ou encore, notamment, de leurs opinions politiques ou de leur état de santé.



Sont également exclues des contrats de la commande publique les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire, en application des dispositions de l'article L.1146-1 du code du travail², pour méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes prévues par les articles L.1142-1³ et L.1142-2⁴ du code du travail. Ces articles interdisent, sous réserve de quelques exceptions, de mentionner ou de faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché, de refuser d'embaucher une personne, de prononcer une mutation, de résilier ou refuser de

renouveler un contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse, ou encore de prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation.

La circonstance que ces nouveaux cas d'exclusion soient directement attachés à des condamnations pénales peut surprendre au premier regard, mais ne constitue pas une nouveauté : les textes applicables en la matière prévoyaient déjà de nombreuses interdictions de soumissionner en cas de condamnation pénale, notamment pour des infractions prévues par le code pénal (trafic de stupéfiants, atteinte au secret professionnel, corruption,...) et par le code du travail (travail dissimulé, prêt illicite de main d'œuvre,...).

On peut toutefois s'interroger sur le caractère réellement dissuasif de ces interdictions de soumissionner, car dans bien des cas c'est avant tout la menace d'une condamnation pénale qui devrait produire cet effet.

De ce point de vue, la troisième interdiction de soumissionner introduite par la loi du 4 août 2014 devrait être nettement plus incitative, puisqu'elle vise plus largement, et indépendamment de toutes poursuites sur le plan pénal, l'ensemble des entreprises qui n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, prévue à L.2242-5 du code du travail ⁵.

Les entreprises concernées (pour l'essentiel celles de cinquante salariés ou plus) devront donc satisfaire à cette obligation de négociation, qui porte notamment sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion, mais également sur la définition et la programmation de mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, pour être admises à soumissionner aux contrats de la commande publique.

Il est vrai que seules seront exclues les entreprises qui ne sont pas à jour de leurs obligations en la matière au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation « et qui, à la date à laquelle elles soumissionnent, n'ont pas réalisé ou engagé la régularisation de leur situation ». Les entreprises auront donc en réalité jusqu'à la date du dépôt de leur candidature pour engager la négociation. Mais cette possibilité de régularisation, présentée comme une vraie souplesse, sera dans bien des cas assez illusoire, à tout le moins pour les entreprises qui réalisent une bonne part de leur chiffre d'affaires auprès des personnes publiques et répondent donc dès le début de l'année à des consultations.

Les conséquences pratiques

La mise en œuvre de ces nouveaux cas d'exclusion de la commande publique ne devrait pas poser de difficultés particulières sur le plan pratique. En effet, si la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 ne précise pas les modalités pratiques de mise en œuvre de ces trois nouvelles interdictions de soumissionner, c'est parce qu'elles suivent le même sort que celles déjà existantes. Elles sont donc couvertes par les textes en vigueur qui disposent que le candidat devra produire, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas d'exclusion (article 44 du CMP ⁶ ; article 18 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ⁷ ; article 17 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ⁸ ; article D. 1414-3 du CGCT ⁹). Concrètement, il s'agira pour les pouvoirs adjudicateurs, au stade la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence, d'ajouter à la liste des déclarations sur l'honneur à produire par les candidats dans leurs candidatures celles correspondant aux trois nouvelles interdictions de soumissionner introduites par la loi. Les candidats devront, pour leur part, déclarer sur l'honneur, dans leur dossier de candidature, qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'une de ces nouvelles interdictions de soumissionner. Le formulaire DC1 a été complété en ce sens. Lors de l'ouverture des candidatures, il appartiendra aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer de ce que les déclarations sur l'honneur remises par les candidats couvrent bien (également) les nouveaux cas d'interdiction de soumissionner créés par la loi sur l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. Les candidatures qui ne comporteront pas l'ensemble des attestations sur l'honneur requises devront, le cas échéant après demande de régularisation demeurée infructueuse, être rejetées. Il n'est en revanche pas d'obligation de contrôle de l'exactitude des déclarations remises par les candidats à la charge des pouvoirs adjudicateurs. On voit d'ailleurs mal comment un tel contrôle pourrait être réalisé. Mais il fait peu de doutes que la validité du contrat serait affectée en cas d'inexactitude des déclarations sur l'honneur remises par l'attributaire (voir CAA Paris, 23 novembre 2004, Société Simap). Le code des marchés publics et les décrets pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 prévoient d'ailleurs que, dans cette hypothèse, « il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché » (article 47 du CMP ¹⁰ ; article 20 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ¹¹ et article 19 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ¹²).

En définitive, l'article 16 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes vient s'ajouter à la liste croissante des interdictions de soumissionner aux contrats de la commande publique. Ce mécanisme de sanction doit laisser espérer une application effective de l'objectif poursuivi par la loi, l'égalité entre les femmes et les hommes. Il pourrait dans un second temps être complété, par voie réglementaire, par des dispositions d'exécution des marchés publics visant à promouvoir l'égalité professionnelle, ainsi que l'envisage l'étude d'impact de la loi.