

L'intégration des clauses éthiques dans les marchés publics peut-elle garantir une protection effective des droits fondamentaux des travailleurs et lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises?

Auteur : Gehl, Juliette

Promoteur(s) : Detienne, Quentin

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2024-2025

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/23705>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

L'intégration des clauses éthiques dans les marchés publics peut-elle garantir une protection effective des droits fondamentaux des travailleurs et lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises ?

Juliette GEHL

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2024-2025

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Quentin DETIENNE

Professeur

RESUME

Le travail forcé au sein des chaînes d'approvisionnement des entreprises demeure une préoccupation majeure en matière de protection des droits humains. De nombreuses industries et secteurs à travers le monde sont confrontés à cette réalité.

Face à cet enjeu, les gouvernements ont la possibilité d'agir par l'intermédiaire de leur processus de passation des marchés publics. Grâce à leur pouvoir d'achat considérable, ils peuvent orienter les pratiques commerciales des entreprises et encourager le respect des droits fondamentaux des travailleurs.

Dans ce contexte, l'intégration de clauses éthiques dans les marchés publics vise à garantir une meilleure protection des travailleurs et à influencer positivement les comportements des entreprises en matière de responsabilité sociale. Ces clauses imposent aux soumissionnaires et à leurs sous-traitants de respecter des normes spécifiques en matière de droits humains, sous peine de sanctions ou d'exclusion des appels d'offres.

Ce travail analyse l'effectivité de ces clauses en examinant leur portée juridique, leur mise en œuvre concrète ainsi que les limites auxquelles elles se heurtent. Il met en lumière les cadres législatifs nationaux et internationaux existants qui encouragent une plus grande responsabilité des entreprises. A travers une analyse des pratiques en vigueur, il explore dans quelle mesure ces clauses sont réellement appliquées et si elles permettent d'assurer un contrôle effectif sur les fournisseurs et les sous-traitants.

Enfin, ce travail soulève la question des défis liés au suivi et à l'application des clauses éthiques, notamment en raison du manque de transparence dans certaines chaînes d'approvisionnement et de la complexité des réseaux de sous-traitance.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Quentin Detienne pour la liberté qu'il m'a accordée dans le choix de mon sujet, pour ses conseils avisés, ainsi que pour sa disponibilité au cours de l'année.

Je tiens également à remercier ma famille et mes amis pour leur soutien tout au long de cette année et durant l'élaboration de ce travail.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	3
CHAPITRE 1 : L'EMERGENCE DE PREOCCUPATIONS ETHIQUES DANS LES ECHANGES ECONOMIQUES	5
A. DE LA CONCURRENCE ECONOMIQUE A L'INTEGRATION D'OBJECTIFS DE DEVELOPPEMENT DURABLE	5
B. VERS UN CADRE JURIDIQUE CONTRAIGNANT	6
1. Initiatives internationales.....	6
2. Actions menées au niveau européen	9
3. Approches régionales et nationales	10
CHAPITRE 2 : LES MARCHES PUBLICS COMME LEVIER DE PROMOTION DES DROITS FONDAMENTAUX	13
A. PRINCIPES GENERAUX ET CADRE REGLEMENTAIRE.....	13
B. POIDS ECONOMIQUE DES MARCHES PUBLICS	14
C. UN LEVIER STRATEGIQUE POUR ORIENTER LES POLITIQUES	15
CHAPITRE 3 : L'INTEGRATION DE CLAUSES ETHIQUES DANS LES MARCHES PUBLICS	16
A. TYPOLOGIE DES CLAUSES ETHIQUES	16
B. OBJECTIFS ET ENJEUX DES CLAUSES ETHIQUES	17
C. INTEGRATION D'EXIGENCES ETHIQUES TOUT AU LONG DU PROCESSUS D'ACHAT PUBLIC	18
1. Critères de sélection et d'attribution	18
2. Motifs d'exclusion en cas de violation des droits fondamentaux	20
3. Exigences éthiques lors de l'exécution du marché.....	23
4. Utilisation de labels et de certifications indépendantes.....	25
5. Rejet des offres anormalement basses	27
D. MECANISMES DE CONTROLE ET DE SUIVI	28
CHAPITRE 4 : LES LIMITES DES CLAUSES ETHIQUES	30
A. TENSIONS ENTRE ETHIQUE ET COMPETITIVITE ECONOMIQUE	30
B. INSUFFISANCES LEGISLATIVES	31
C. OBSTACLES A UNE MISE EN ŒUVRE ET UN CONTROLE EFFECTIF	32
CHAPITRE 5 : RENFORCER L'ETHIQUE DANS LES MARCHES PUBLICS : QUELLES SOLUTIONS ?	34
A. AMELIORATION DES MECANISMES DE CONTROLE	34
B. ELABORATION D'UN CADRE LEGISLATIF PLUS CONCRET ET COHERENT	35
CONCLUSION	37

INTRODUCTION

Le travail forcé est l'une des violations les plus graves des droits fondamentaux des travailleurs et il demeure un problème persistant dans de nombreuses chaînes d'approvisionnement à travers le monde. En effet, selon l'indice mondial de l'esclavage de 2019, environ 50 millions de personnes sont actuellement victimes d'esclavage moderne¹. Les secteurs les plus touchés par ce phénomène incluent le textile, l'agriculture et la construction, où de nombreux travailleurs continuent de subir des conditions de travail abusives et dégradantes².

Les efforts pour améliorer les droits de l'homme dans la production mondiale se sont principalement orientés vers la responsabilité des entreprises et les obligations des Etats à réguler les conditions de travail sur leur territoire. Cependant, ces approches ont montré leurs limites n'ayant pas entraîné de changements significatifs dans les conditions de travail au sein des chaînes d'approvisionnement³.

Face à ce constat, il devient crucial de rechercher de nouvelles solutions et mécanismes pour assurer une véritable protection des droits fondamentaux des travailleurs. Parmi ces solutions, les marchés publics, en raison de leur pouvoir d'achat considérable se révèlent être un levier stratégique pour encourager des pratiques responsables dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises.

En introduisant des clauses éthiques dans les appels d'offres, les autorités publiques peuvent exiger des entreprises qu'elles respectent les droits des travailleurs tout au long de leur chaîne de production. Cette approche pourrait permettre non seulement de renforcer la protection des droits fondamentaux, mais aussi d'influencer les comportements des entreprises en les incitant à adopter des pratiques plus respectueuses et transparentes. L'intégration de telles clauses dans les marchés publics pourrait ainsi devenir un outil essentiel pour lutter contre le travail forcé et les autres formes d'exploitation dans les chaînes d'approvisionnement.

Toutefois, il est opportun de se demander si cette approche est véritablement suffisante pour assurer une protection effective des droits des travailleurs et si elle peut réellement avoir un impact sur le travail forcé. Bien que les marchés publics puissent jouer un rôle clé, leur effectivité pourrait être limitée sans l'adoption de mesures législatives et politiques appropriées. Ainsi, il devient indispensable d'en assurer une mise en œuvre stricte et de garantir leur respect à tous les niveaux⁴.

¹ M. GELLEN, « Can Public Procurements Contribute to Fighting Trading in Persons ? », *Public organization review*, vol.24, 2014, p. 1315.

² ICAT, « Prévenir la traite des personnes : Le rôle de la passation des marchés publics », Note d'information 10/2021, 2021, disponible sur icat.un.org, consulté le 7 octobre 2024.

³ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *Business and human rights journal*, vol.3, 2018, n°1, p. 76.

⁴ ICAT, « Prévenir la traite des personnes : Le rôle de la passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 2.

Ce travail vise dans un premier temps à examiner les diverses initiatives qui ont été mises en place tant au niveau international que national au cours de ces dernières années. Il se concentrera ensuite sur l'impact des marchés publics dans l'économie mondiale, ainsi que sur les différentes possibilités d'intégration des clauses éthiques tout au long du processus de passation des marchés publics. Nous analyserons également les défis posés par ces principes éthiques, ainsi que les enjeux liés à l'effectivité des mécanismes de contrôle et à leur mise en œuvre. Enfin, cette analyse nous conduira à réfléchir à la manière dont l'éthique dans les marchés publics peut être davantage renforcée et aux solutions concrètes qui peuvent être envisagées.

Chapitre 1 : L'émergence de préoccupations éthiques dans les échanges économiques

A. De la concurrence économique à l'intégration d'objectifs de développement durable

Les marchés publics ont souvent été utilisés par le passé pour atteindre des objectifs dépassant la simple optimisation des ressources ou les considérations politiques. En effet, les gouvernements ont régulièrement recours aux achats publics pour favoriser le développement industriel, soutenir l'économie locale, préserver l'environnement ou encore encourager l'inclusion sociale. Cependant, ces objectifs sont généralement considérés comme secondaires ou complémentaires car ils ne sont pas directement liés à l'objectif premier du marché qui est d'assurer le meilleur rapport qualité-prix⁵.

Bien que considérés comme secondaires, ces objectifs ont souvent façonné les politiques d'achat public à travers l'histoire. En France, au 19^{ème} siècle, les travailleurs sous contrat public bénéficiaient de conditions de travail encadrées, avec des heures de travail limitées⁶. Au Royaume-Uni, au lendemain de la première guerre mondiale, les achats publics ont servi à offrir des emplois aux anciens combattants handicapés. De même, en 1938, une législation américaine en matière de marchés publics instaurait des préférences pour les biens fabriqués par des personnes aveugles⁷.

Le processus d'achat public se situe à la croisée des exigences réglementaires et des choix politiques, reflétant parfois des valeurs divergentes. Pourtant les acteurs politiques et sociaux aspirent de plus en plus à une approche cohérente et globale, conciliant ces différentes dimensions⁸. Ne pourrait-il pas en être de même avec des considérations éthiques touchant aux droits fondamentaux des individus ?

En effet, les gouvernements sont de plus en plus impliqués directement ou indirectement dans des violations des droits de l'homme. En raison de leurs relations d'achat, ils se retrouvent liés au travail forcé et au travail des enfants dans des secteurs tels que l'électronique, le textile ou la construction⁹.

⁵ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *Discretion in EU Public Procurement Law*, S. Bogojevic, X. Groussot, J. Hettne (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 197.

⁶ S. WILLIAMS-ELEGBE, « Public procurement as an instrument to pursue human rights protection », *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, A. Marx and al. (dir.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, p. 144.

⁷ S. WILLIAMS-ELEGBE, *ibidem*, p. 144.

⁸ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *op. cit.*, p. 197.

⁹ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, *ibidem*, p. 196.

Nombre de produits qu'ils acquièrent proviennent de chaînes d'approvisionnement longues et complexes, où les risques de violation des droits de l'homme sont élevés¹⁰.

Malgré la concurrence excessive et l'externalisation, l'approche centrée sur l'Etat est de plus en plus contestée tandis que le rôle et les responsabilités des acteurs non étatiques gagnent en importance¹¹.

En réponse, divers outils et mécanismes ont été développés pour renforcer le respect des droits des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement mondiales¹². L'objectif est de promouvoir des chaînes de valeur responsables et durables, d'anticiper et de prévenir les risques et de responsabiliser les entreprises afin de favoriser un développement durable tout en minimisant les impacts négatifs sur les droits de l'homme¹³.

B. Vers un cadre juridique contraignant

Ces enjeux éthiques occupent une place centrale dans le débat mondial, particulièrement dans le contexte de la mondialisation où ils participent à l'émergence de nouvelles normes juridiques et politiques. Tant à l'échelle nationale qu'internationale, ces évolutions imposent non seulement une responsabilité accrue des entreprises mais aussi une reconnaissance du rôle déterminant des acteurs publics dans le respect et la protection des droits fondamentaux.

1. Initiatives internationales

A l'échelle mondiale, plusieurs dispositions légales visent à protéger les individus contre le travail forcé ou obligatoire en imposant aux Etats des obligations et des interdictions de portée générale.

Parmi les instruments les plus fondamentaux en la matière figurent les conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). La Convention n°29 de 1930¹⁴ engage les Etats à éradiquer le travail forcé sous toutes ses formes, tandis que la Convention n°105 de 1957¹⁵ en interdit strictement l'usage dans cinq cas plus spécifiques.

¹⁰ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, « Public procurement and human rights - Opportunities, obstacles, and policy pathways », *HIVA-KU Leuven*, 2022, disponible sur kuleuven.limo.libis.be, consulté le 19 février 2025, p.7.

¹¹ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *op. cit.*, p. 199.

¹² O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Advancing Respect for Labour Right Globally through Public Procurement », *Politics and Governance*, vol. 5, 2017, n°4, p. 69.

¹³ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *op.cit.*, p. 199.

¹⁴ Convention de l'OIT n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930, approuvé par la loi du 15 mai 1953, *M.B.*, 4 juin 1943.

¹⁵ Convention de l'OIT n°105 concernant l'abolition du travail forcé, adoptée à Genève le 25 juin 1957, approuvé par la loi du 18 juillet 1961, *M.B.*, 28 décembre 1961.

Le cadre juridique de l'OIT a été enrichi par l'adoption du Protocole de 2014¹⁶ qui actualise la Convention n°29 en mettant l'accent sur des mesures de prévention et d'actions ciblées. En complément, la Déclaration de l'OIT sur les droits fondamentaux au travail de 1998¹⁷ établit un socle de normes minimales que tous les Etats membres sont tenus de respecter, indépendamment de leur adhésion aux traités.

De plus, l'article 9 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transfrontalière organisée¹⁸ (Protocole de Palerme) prévoit des mesures spécifiques de prévention et de répression de la traite des êtres humains, avec une attention particulière portée aux femmes et aux enfants. Par ailleurs, plusieurs instruments internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁹ et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)²⁰ comportent également des dispositions condamnant la traite des personnes ainsi que le travail forcé.

Mais force est de constater que ces cadres juridiques révèlent leurs limites, notamment dans le contexte des chaînes d'approvisionnement mondiale, où les conditions de travail des travailleurs n'ont pas connu d'amélioration significative. Malgré l'adoption de réglementations par de nombreux Etats, le travail forcé continue de progresser et d'augmenter au sein de ces réseaux d'approvisionnement mondiaux²¹. En conséquence, on assiste à l'émergence, ces dernières années, d'initiatives internationales de plus en plus fortes visant à promouvoir des chaînes d'approvisionnement responsables où les droits fondamentaux sont pleinement respectés. Dans ce contexte, les deux références clés sont les Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme²² ainsi que l'Agenda 2030 pour le développement durable et les Objectifs de Développement Durable (ODD)²³ qui y sont associés²⁴.

¹⁶ Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé, 1930, adopté à Genève le 11 juin 2014, approuvé par la loi du 19 décembre 2020, *M.B.*, 9 février 2021.

¹⁷ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (87^e session de la Conférence internationale du travail), faite à Genève le 18 juin 1998, *Bull. off. O.I.T.*, vol. 81, p. 9.

¹⁸ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, relatif à la prévention, à la répression et à la punition du trafic des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants, adopté à New York le 15 novembre 2000, approuvé par la loi du 9 août 2002, *M.B.*, 22 août 2002, art. 9.

¹⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme, faite à Paris le 10 décembre 1948, *R.T.N.U.*, 1948, vol. 1, p. 15.

²⁰ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté à New York le 16 décembre 1996, approuvé par la loi du 6 mai 1999, *M.B.*, 28 mai 1999.

²¹ M. GELLEN, *op. cit.*, p. 1323.

²² Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, fait à Genève le 16 juin 2011, *R.T.N.U.*, 2011, vol. 63, p. 15.

²³ Objectifs de développement durable (ODD), fait à New York le 25 septembre 2015, *R.T.N.U.*, 2015, vol. 70, p.45.

²⁴ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Public procurement and human rights : interrogating the role of the state as buyer », *Public Procurement and Human Rights : Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 10.

Les principes directeurs des Nations Unies ont pour la première fois explicitement abordé la question de la responsabilité des acheteurs publics et des entreprises en matière de droit de l'homme, en prévoyant que les Etats utilisent leur pouvoir d'achat pour encourager le respect des droits humains par les entreprises²⁵. Ils reposent sur trois principes généraux : l'obligation pour l'Etat de promouvoir la sensibilisation et le respect des droits de l'homme par les entreprises ; l'obligation pour les entreprises de prévenir et de remédier à toute violation des droits de l'homme, en atténuant leurs effets ; et enfin, l'obligation pour les entreprises de traiter les plaintes en garantissant l'accès à des mécanismes de recours efficaces²⁶. Ces principes ont contribué à faire avancer le débat en jetant les bases d'un développement politique et normatif.

Les Objectifs de Développement Durable ont également instauré des mesures exigeant des Etats qu'ils encouragent des pratiques durables dans le cadre de la passation des marchés publics, en privilégiant les fournisseurs qui respectent les dimensions économiques, sociales et environnementales des achats responsables²⁷. Par ailleurs, les Etats sont tenus de mettre en place des actions efficaces et immédiates pour éradiquer le travail forcé et la traite des êtres humains sous toutes leurs formes, dans le but de promouvoir une croissance économique durable et équitable pour tous²⁸.

Malheureusement, ces principes ne sont pas juridiquement contraignants et reposent souvent sur la volonté des Etats. Il existe donc un besoin urgent à introduire des règles juridiquement obligatoires, notamment dans le cadre des accords de l'OMC, qui refuse de reconnaître tout lien entre le respect des droits fondamentaux et le commerce, se limitant exclusivement aux caractéristiques des produits²⁹. Les pays en développement ont exprimé une forte opposition à l'inclusion de clauses sociales et éthiques dans les accords commerciaux, craignant que ces clauses ne dissimulent des visées protectionnistes ce qui irait à l'encontre des principes de liberté du commerce international³⁰. En l'absence de telles clauses, un nombre croissant d'Etats choisissent de négocier des accords bilatéraux et régionaux de libre-échange, tel que l'accord ALENA³¹ ou les accords entre les Etats-Unis, la Jordanie, le Chili et le Maroc³².

²⁵ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *op. cit.*, p. 191.

²⁶ ICAT, *op. cit.*

²⁷ Voy. ODD 12.7 : Promouvoir des pratiques d'achats publics durables, conformément aux politiques et priorités nationales

²⁸ Voy. ODD 8.7 : Prendre des mesures immédiates et efficaces pour éradiquer le travail forcé, mettre fin à l'esclavage moderne et à la traite des êtres humains, et assurer l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants ; ODD 16.2 : Mettre fin à la maltraitance, à l'exploitation, à la traite et à toutes les formes de violence et de torture infligées aux enfants.

²⁹ P. REIS, « Commerce international, clause sociale et développement durable », *Le commerce international entre bi et multilatéralisme*, B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 306.

³⁰ P. REIS, *ibidem*, p. 304.

³¹ Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), adopté à Washington, D.C., le 17 décembre 1992, *Federal Register*, vol. 58, p. 63715.

³² P. REIS, *op. cit.*, p. 310.

En définitive, bien que des avancées significatives aient été réalisées au niveau international, il demeure crucial d'adopter des règles juridiquement contraignantes, notamment au sein des accords commerciaux internationaux afin de garantir un respect effectif des droits de l'homme.

2. Actions menées au niveau européen

A l'échelle européenne, plusieurs instruments ont également été adoptés afin d'intégrer des considérations éthiques dans les marchés publics.

Parmi eux, l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) a pris des engagements forts en matière de prévention de traite des personnes en élaborant des politiques visant à renforcer la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme³³. L'OSCE a adopté en 2011, une déclaration ministérielle sur la lutte contre toutes les formes de traite des êtres humains³⁴ qui établit des principes rigoureux en matière de diligence raisonnable et de transparence, permettant ainsi une évaluation des risques tout au long des chaînes d'approvisionnement. L'organisation encourage également le secteur privé à garantir le respect des libertés fondamentales des travailleurs tout au long des chaînes logistiques, en veillant à instaurer des mécanismes de protection efficaces et durables³⁵.

Au sein de l'Union européenne, l'instrument clé en la matière demeure la directive 2014 sur les marchés publics³⁶. Bien qu'elle ne fasse pas explicitement référence aux droits de l'homme, elle permet aux autorités publiques de prendre en compte divers critères à différentes étapes du processus de passation des marchés. En Belgique, cette directive a été transposée par la loi du 17 juin 2016³⁷ qui en adopte une interprétation littérale. Si la directive offre des opportunités significatives pour positionner les marchés publics comme un levier de protection des droits fondamentaux, son cadre réglementaire reste néanmoins fortement ancré dans les principes de non-discrimination et de liberté de concurrence³⁸.

³³ ICAT, *op. cit.*

³⁴ Déclaration ministérielle sur la lutte contre toutes les formes de traite des êtres humains de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), fait à Vilnius le 19 décembre 2011, 18^e réunion du Conseil ministériel.

³⁵ Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), « The role of public procurement in preventing trafficking for labour exploitation in supply chains and advancing human rights », 2023, disponible sur osce.org, consulté le 5 novembre 2024.

³⁶ Directive (UE) 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94, 28 mars 2014.

³⁷ Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016, *err.*, 6 avril 2021.

³⁸ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 78.

En 2024, le parlement européen a adopté la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CSDDD)³⁹ imposant aux grandes entreprises opérant dans l'UE de garantir le respect des droits humains et environnementaux tout au long de leur chaîne d'approvisionnement mondiale. Les Etats membres ont jusqu'à 2026 pour transposer cette directive en instaurant des sanctions effectives et proportionnées en cas de manquement⁴⁰. Cette réglementation cible en priorité les grandes entreprises ayant une influence significative sur les chaînes d'approvisionnement. Elle leur impose d'intégrer la diligence raisonnable au cours de leur stratégie et de leurs processus décisionnels, renforçant ainsi leur responsabilité en matière de durabilité⁴¹.

Les instruments européens offrent donc un cadre juridique important pour intégrer les droits humains et la durabilité dans les marchés publics. La directive de 2014 ouvre certaines possibilités tout en étant limitée par les principes de libre concurrence. En revanche, la directive de 2024 marque un tournant en imposant des obligations contraignantes aux entreprises. Il reste désormais à vérifier si ces instruments pourront véritablement favoriser une responsabilisation effective des acteurs économiques.

3. Approches régionales et nationales

Les Etats ont également adopté certains instruments visant à prévenir les risques de violation des droits des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement en responsabilisant les entreprises sur les conséquences de leurs actes.

Au Royaume-Uni, le UK Modern Slavery Act⁴² de 2015 exige que les entreprises opérant au Royaume-Uni soumettent un rapport annuel sur la traite des êtres humains si leur chiffre d'affaires annuel dépasse 36 millions de livres sterling. Les entreprises doivent décrire les mesures qu'elles prennent pour vérifier l'absence de toute forme de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement⁴³. L'objectif spécifique de cette loi est d'encourager les entreprises à prendre conscience du problème que pose le travail forcé et à y remédier⁴⁴.

La France et l'Allemagne ont suivi l'exemple et ont également adopté des lois liées aux chaînes d'approvisionnement.

³⁹ Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *J.O.U.E.*, L 176, 5 juillet 2024.

⁴⁰ European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), « Résumé de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », 2024, disponible sur corporatejustice.org, consulté le 10 mars 2025, p. 15.

⁴¹ European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), *Ibidem*, p. 11.

⁴² Modern Slavery Act, 26 mars 2015, c. 30, *UK Public General Acts*, 26 mars 2015.

⁴³ E. SCHMID, « Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n° 128, p. 857.

⁴⁴ LexisNexis Business information Solution, « UK Modern Slavery Act 2015 : quel impact sur les entreprises mondiales ? », livre blanc, 2015, disponible sur lexisnexis.com, consulté le 19 novembre 2024.

La loi française sur le devoir de vigilance⁴⁵ de 2017 s'applique aux grandes entreprises françaises, qui sont tenues d'élaborer des plans de vigilance définissant des procédures et des actions pour évaluer et prévenir les violations graves des droits de l'homme⁴⁶. Le non-respect des obligations peut exposer les entreprises à la mise en cause de leur responsabilité ou à d'éventuelles amendes.

La loi allemande sur la chaîne d'approvisionnement (LKSG)⁴⁷ adoptée en 2021 est similaire à la loi française et oblige les entreprises à garantir l'intégrité physique des travailleurs et des conditions de travail équitable tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement. La loi vise à accroître la transparence et à établir des lignes directrices contraignantes en obligeant les entreprises à publier des déclarations de politique générale sur le respect des droits de l'homme et la gestion des risques. Les sanctions en cas de non-respect peuvent entraîner l'exclusion de l'entreprise des appels d'offres⁴⁸.

Le Federal Acquisition Regulation⁴⁹ de 1999 interdit aux États-Unis, dans le cadre des contrats fédéraux, la vente de produits provenant de l'étranger s'ils ont été fabriqués en recourant au travail forcé. Cette législation proscrie également l'utilisation du travail forcé des enfants et la traite des êtres humains⁵⁰.

Au niveau régional, certaines organisations prennent également des mesures en concluant des accords contraignants. Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a adopté, en 1994, l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail⁵¹ (ANACT), visant à promouvoir et à vérifier le respect des droits des travailleurs, tout en encourageant la coopération internationale dans ce domaine. Cet accord constitue une tentative innovante d'intégrer les préoccupations relatives aux droits fondamentaux dans un accord commercial, bien qu'il présente des limites, notamment en raison de l'impact limité de ses mécanismes de sanction⁵².

⁴⁵ Loi n°2017-339 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *J.O.*, 28 mars 2017.

⁴⁶ E. SCHMID, *op. cit.*, p. 857.

⁴⁷ Gesetz von 16 Juli 2021 über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten, *BGBI. I*, 22 juillet 2021.

⁴⁸ E. SCHMID, *op. cit.*, p. 858.

⁴⁹ Federal Acquisition Regulation (FAR), 19 septembre 1983, *Federal Register*, 1 avril 1984.

⁵⁰ D. CARPENTER, P.P. MOE, G.M. OLSON, « Navigating Federal Acquisition Regulations (FAR) in Procurement : Compliance, Risk Management, and Best Practices », *International Journal of Strategic Acquisition and Technology*, vol. 10, 2024, n°4, p. 211-230.

⁵¹ Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT), adopté à Washington D.C., le 14 septembre 1993, *Federal Register*, vol. 58, p. 63715.

⁵² M. MADUENO, N. BINSSE-MASSE, « L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) est-il une institution adéquate en vue d'assurer le respect des droits relatifs au travail ? », *Cahiers de recherche du CEIM*, 2003, disponible sur ieim.uqam.ca, consulté le 19 novembre 2024.

L'Organisation des Etats Américains (OEA)⁵³ a également adopté une directive dans le cadre de son deuxième plan de travail (2015-2020) pour combattre la traite des personnes sur le continent américain⁵⁴. Cette directive recommande aux Etats de mettre en place des politiques visant à interdire la passation de marchés publics pour des biens et services issus de l'exploitation des victimes de la traite. L'OEA encourage également le secteur privé à garantir le respect des libertés fondamentales des travailleurs tout au long de la chaîne d'approvisionnement, afin de prévenir toute forme d'exploitation⁵⁵.

⁵³ L'OEA est une organisation régionale fondée en 1948 par la charte de Bogota qui comprend 35 pays américains dont les Caraïbes. Cette organisation vise notamment à promouvoir la démocratie, les droits de l'homme et la sécurité dans la région.

⁵⁴ Directive relative à la prévention dans le deuxième plan de travail pour combattre la traite des personnes, Organisation des Etats Américains, adoptée à Antigua le 4 juin 2013, *Bull. off. O.E.A.*, 2014, vol. 2, p. 12.

⁵⁵ ICAT, *op. cit.*

Chapitre 2 : Les marchés publics comme levier de promotion des droits fondamentaux

A. Principes généraux et cadre réglementaire

En Belgique, les marchés publics sont régis par la loi du 17 juin 2016, qui les définit comme étant des contrats à titre onéreux conclus entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs⁵⁶. Ces contrats portent sur l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. Ils concernent une multitude de secteurs, allant des transports publics à l'éclairage, en passant par la construction et l'énergie.

En raison de la diversité des besoins des pouvoirs adjudicateurs, les commandes publiques couvrent un large éventail d'activités industrielles, techniques et commerciales. Elles constituent ainsi un levier essentiel pour le développement économique, favorisant l'innovation et le bien-être collectif⁵⁷. En investissant dans ces marchés, les pouvoirs publics stimulent la croissance et soutiennent des secteurs stratégiques comme les infrastructures, les télécommunications ou les énergies renouvelables⁵⁸.

Par ailleurs, les marchés publics doivent respecter plusieurs principes généraux, tels que l'égalité, la non-discrimination⁵⁹, la concurrence ou encore la transparence⁶⁰.

Tout d'abord, les principes d'égalité et de concurrence garantissent que tous les entrepreneurs et fournisseurs disposent des mêmes opportunités pour accéder aux marchés publics⁶¹. Les mêmes exigences doivent donc être imposées à toutes les entreprises candidates afin d'assurer une mise en concurrence équitable.

Ensuite, les principes de publicité et de transparence permettent aux opérateurs économiques d'accéder à une information claire, complète et exacte à chaque étape de la procédure⁶². Les pouvoirs adjudicateurs ont ainsi l'obligation de garantir une communication accessible, afin d'éliminer tout risque de favoritisme ou d'arbitraire⁶³.

⁵⁶ Loi du 17 juin 2016 précitée, art. 2, 17°.

⁵⁷ M. ZENASNI, K. EL HAYANI, « L'achat public local, levier du développement territorial durable (Cas de la région de l'Oriental) », *Revue du contrôle, de la comptabilité et de l'audit*, vol. 4, 2019, n°3, p. 524.

⁵⁸ M. ZENASNI, K. EL HAYANI, *Ibidem*, p. 524.

⁵⁹ C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 25 avril 1996, C-87/94, EU:C:1996:161.

⁶⁰ Loi du 17 juin 2016 précitée, art. 4 et 5.

⁶¹ Art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, 22 juin 1993, C-243/89, EU:C:1993:257, point 33.

⁶² La Cour de justice a rappelé la nécessité de respecter les principes d'égalité et de transparence voy. C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 25 avril 1996, C-87/94, EU:C:1996:161 ; C.J.C.E., arrêt *Succhi di Frutta c. Commission des Communautés européennes*, 14 octobre 1999, C-496/99, EU:C:1999:497, point 110 et 111.

⁶³ C.J., arrêt *SAG ELV c. Slovensko et autres*, 29 mars 2012, C-599/10, EU:C:2012:191, point 25 ; D. BATSELE, A. YERNA, « Manuel des marchés publics », 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 159.

Enfin, le principe de proportionnalité impose aux pouvoirs adjudicateurs de fixer des exigences raisonnables et d'évaluer les offres de manière équitable⁶⁴. De plus, le respect du droit social et du droit du travail est une obligation pour tous les opérateurs économiques, y compris leurs sous-traitants⁶⁵.

B. Poids économique des marchés publics

A l'échelle mondiale, les marchés publics représentent environ 12% du PIB des pays de l'OCDE, avec des disparités allant de 5,1% au Mexique à 20,2% aux Pays-Bas⁶⁶. Dans l'Union européenne, ils atteignent environ 13,3% du PIB, soit près de 2 000 milliards d'euros⁶⁷. Une gestion efficiente et efficace des marchés publics est donc essentielle pour répondre aux besoins des citoyens et garantir une bonne gouvernance⁶⁸.

En terme de répartition sectorielle, les marchés publics de la zone OCDE sont fortement concentrés dans certains domaines stratégiques. Ainsi, les dépenses de santé en représentent 29,8%, suivies des affaires économiques (17%), de l'enseignement (11,9%), de la défense (10,1%) et de la protection sociale (9,8%)⁶⁹. Ces chiffres soulignent l'importance de ces contrats pour le bon fonctionnement des services publics et le développement économique des Etats.

En Belgique, les marchés publics représentent en moyenne 7% du PIB, soit environ 50 milliards d'euros par an⁷⁰. Ce volume financier en fait un outil incontournable pour les pouvoirs publics, jouant un rôle clé dans le développement du pays. Leur importance est d'autant plus marquée en période de récession, lorsque les contraintes budgétaires poussent les administrations à optimiser leurs procédures et à développer de nouveaux outils pour mieux encadrer ces dépenses⁷¹.

Les marchés publics constituent donc un levier économique important représentant une part significative du PIB tant au niveau national qu'international. Leur impact dépasse la simple dépense publique, influençant directement la croissance ou l'innovation, ce qui en fait un véritable pilier du développement économique.

⁶⁴ D. BATSELE, A. YERNA, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁵ Loi du 17 juin 2016 précitée, art. 7.

⁶⁶ Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire, « La taille des marchés publics », 2002, disponible sur [oecd.org](https://www.oecd.org), consulté le 4 novembre 2024 ; O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 77.

⁶⁷ O. MARTIN-ORTEGA, *Ibidem*, p. 77 ; F. PIRARD, M.-P. DELLISSE, « Clauses et priorités sociales dans les marchés publics », *Entreprise et Droit social*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2006, p. 12.

⁶⁸ F. PIRARD, M.-P. DELLISSE, *Ibidem*, p. 17.

⁶⁹ Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire, *op. cit.*

⁷⁰ D. BATSELE, A. YERNA, *op. cit.*, p. 22.

⁷¹ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 77.

C. Un levier stratégique pour orienter les politiques

Etant donné l'ampleur des marchés publics et la diversité des secteurs concernés, ces derniers représentent un levier puissant pour influencer tant les décisions des entreprises que les perceptions du public concernant des pratiques plus éthiques et durables. En effet, de nombreuses entreprises réalisent une part importante de leur chiffre d'affaire grâce aux marchés publics et elles sont donc fortement incitées à répondre aux exigences des appels d'offres pour accéder à des contrats lucratifs⁷².

Ainsi, les pouvoirs publics, en tant qu'acheteur à grande échelle, peuvent jouer un rôle d'exemple et influencer le comportement des entreprises au sein des chaînes d'approvisionnement mondiales. Ils peuvent également privilégier des fournisseurs respectueux des droits humains en soutenant des entreprises engagées dans des pratiques éthiques reconnues.

Une utilisation intelligente des marchés publics peut donc contribuer à relever des défis mondiaux tels que le soutien aux politiques sociales et à l'accélération de la transition vers des chaînes d'approvisionnement plus durables⁷³.

Toutefois, les marchés publics peuvent aussi, de manière indirecte et involontaire, contribuer à la perpétuation des pratiques telles que les violations des droits de l'homme, notamment le travail forcé. Il est donc crucial de prévenir les pratiques d'exploitation du travail en s'assurant que les produits achetés par les gouvernements respectent les droits des travailleurs⁷⁴.

En somme, les marchés publics, bien qu'étant un puissant levier économique, présentent également des responsabilités majeures pour les pouvoirs publics. A mon sens, une approche responsable et durable des marchés publics est non seulement bénéfique pour les entreprises et l'économie, mais elle peut aussi être un vecteur de changement dans la lutte contre le travail forcé à l'échelle mondiale.

⁷² F. PIRARD, M.-P. DELLISSE, *op. cit.*, p. 17.

⁷³ F. PIRARD, M.-P. DELLISSE, *Ibidem*, p. 17.

⁷⁴ ICAT, *op. cit.*

Chapitre 3 : L'intégration de clauses éthiques dans les marchés publics

Les clauses éthiques dans les marchés publics représentent un moyen clé pour les Etats de promouvoir et de protéger les droits fondamentaux. En intégrant des exigences éthiques tout au long du processus d'achat, les pouvoirs publics peuvent s'assurer que les entreprises respectent des normes strictes en matière de droits humains, de conditions de travail, de durabilité et de transparence.

A. Typologie des clauses éthiques

Les clauses éthiques peuvent être définies largement comme des clauses visant à garantir le respect des droits fondamentaux, tant de manière directe qu'indirecte. Elles permettent au pouvoir adjudicateur d'introduire une dimension éthique dans un marché public, en complément des clauses classiques liées à l'acquisition de fournitures, de services ou de travaux. L'objectif est de garantir que l'acquisition de biens ou de services se fasse dans des conditions justes et humaines⁷⁵.

Il est important de distinguer les clauses éthiques des clauses sociales, qui, quant à elles, sont spécifiquement orientées vers des mesures visant à promouvoir l'emploi ou la formation dans le cadre de l'exécution du marché. En effet, les clauses sociales sont liées directement à l'objet du marché, contrairement aux clauses éthiques qui concernent des principes plus larges, indépendants de la prestation commandée⁷⁶.

Les clauses éthiques sont nombreuses et couvrent une grande variété de domaines. Certaines d'entre elles favorisent le commerce équitable, garantissant des conditions minimales de travail dans les chaînes de production, et visant une plus grande transparence et traçabilité tout au long de l'approvisionnement⁷⁷. D'autres clauses exigent le respect des conventions fondamentales de l'OIT, notamment en matière de conditions de travail décentes, touchant des aspects tels que la rémunération, la santé, la sécurité ou le logement des travailleurs⁷⁸.

Il existe également des clauses de lutte contre le dumping social qui imposent des obligations directes aux adjudicateurs et à leurs sous-traitants pour garantir le respect des législations sociales en vigueur⁷⁹.

⁷⁵ Circulaire de la Région wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons, *M.B.*, 17 décembre 2013 ; Service Public de Wallonie, « Marchés publics responsables : note de cadrage et de conseils juridiques », 2019, disponible sur marchespublics.wallonie.be, consulté le 8 mars 2025, p. 10.

⁷⁶ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, « Les clauses éthiques dans les marchés publics », *Le droit des affaires*, vol. 93, 2010, n°1, p. 40.

⁷⁷ Service Public de Wallonie, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁸ Service Public de Wallonie, *ibidem*, p. 11.

⁷⁹ Service Public de Wallonie, *ibidem*, p. 11.

Par ailleurs, il existe aussi des clauses de diligence raisonnable obligeant les fournisseurs à prendre des mesures pour identifier et gérer les risques, par exemple en établissant des rapports annuels sur les actions entreprises ou en fournissant des informations détaillées sur leurs chaînes d'approvisionnement⁸⁰.

Ces différentes clauses sont particulièrement pertinentes dans les secteurs où la production de fournitures ou la prestation de services est effectuée à l'étranger, notamment dans les marchés publics liés aux vêtements, à l'alimentation, aux services informatiques ou à la construction⁸¹.

Parmi les clauses éthiques, il est également important de distinguer deux types principaux. Les clauses éthiques universelles imposent que les conditions de respect des droits fondamentaux s'appliquent à l'ensemble des installations de l'entreprise et de ses sous-traitants, et pas uniquement aux sites directement liés au marché public concerné⁸². Ce type de clause exige ainsi que les biens soient produits par une entreprise qui respecte les droits fondamentaux de ces travailleurs sur tous ses sites de production et pour tous ses produits, sans exception.

A l'inverse, les clauses éthiques restreintes se concentrent spécifiquement sur les produits, travaux ou services faisant l'objet de l'appel d'offres. Elles interdisent les produits issus de violations des droits fondamentaux, mais n'exigent pas que l'ensemble des sites de l'entreprise respecte ces principes⁸³. Ainsi, ce type de clause est beaucoup moins efficace que les clauses universelles, car il permet à l'entreprise de continuer à recourir à des pratiques contraires aux droits humains sur d'autres sites de production, tout en restant compétitive pour les marchés concernés⁸⁴.

B. Objectifs et enjeux des clauses éthiques

Les clauses éthiques visent à limiter la dégradation des conditions de travail en garantissant que les biens et services acquis soient produits dans un cadre respectueux des travailleurs⁸⁵.

Elles permettent également d'intégrer les droits fondamentaux dans un domaine où leur application reste limitée, notamment pour les multinationales qui ne sont pas soumises à des règles strictes et harmonisées en matière de responsabilité sociétale⁸⁶. Elles transforment ainsi des principes flous liés à la responsabilité sociale des entreprises en règles concrètes et effectives dans le cadre des marchés publics.

⁸⁰ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 17.

⁸¹ Service Public de Wallonie, *op. cit.*, p. 11.

⁸² A. GOSSERIES, « Marchés publics, libre-échange et clause éthique. A propos d'une initiative belge », *Ethique de l'administration et du service public*, vol. 4, 2002, n°1, p. 99.

⁸³ A. GOSSERIES, *Ibidem*, p. 99.

⁸⁴ A. GOSSERIES, *Ibidem*, p. 99.

⁸⁵ Service Public de Wallonie, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 50.

En ce sens, ces clauses constituent un outil permettant de rendre effectives les règles de soft law visant à imposer aux entreprises le respect des droits fondamentaux et à encourager leur responsabilité sociale⁸⁷. Elles incitent également les entreprises à repenser leur mode de fonctionnement en leur imposant un respect accru des droits fondamentaux, notamment en interdisant le recours au travail forcé ou au travail des enfants⁸⁸. Enfin, ces clauses peuvent aussi servir à influencer les pratiques des entreprises situées hors des frontières nationales en décourageant des comportements inacceptables.

En traduisant les engagements de soft law en obligations concrètes, les clauses éthiques contribuent à l'évolution des pratiques économiques tout en exerçant une influence sur les entreprises et indirectement sur les politiques des Etats. Elles représentent ainsi un levier essentiel pour renforcer la responsabilité sociale des entreprises et garantir le respect des droits fondamentaux.

C. Intégration d'exigences éthiques tout au long du processus d'achat public

Progressivement, les clauses éthiques prennent une place plus significative dans les marchés publics et peuvent intervenir à différents stades du processus d'achat. De l'attribution à l'exécution du contrat, elles visent à renforcer la transparence, l'équité et la responsabilité des acteurs concernés.

1. Critères de sélection et d'attribution

La phase de sélection consiste, pour l'acheteur public, à analyser les candidatures et les offres reçues afin d'écarter les soumissionnaires ne présentant pas les garanties suffisantes en matière de capacités techniques, économiques, financières ou encore professionnelles pour exécuter le contrat. Au cours de cette étape, le pouvoir adjudicateur examine les offres admissibles en les comparant sur la base de critères objectifs préalablement définis, tels que le prix, la qualité, les performances techniques ou encore l'innovation.

Une fois cette phase achevée, l'acheteur public engage la phase d'attribution du marché, au cours de laquelle il choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci est déterminée non seulement en fonction du prix ou du coût mais aussi selon le meilleur rapport qualité/prix, apprécié à partir de critères qualitatifs, environnementaux ou sociaux en lien avec l'objet du marché.

L'intégration de clauses éthiques au sein des phases de sélection et d'attribution est envisageable⁸⁹ mais demeure encadrée par certaines limites et ne peut être considérée comme absolue.

⁸⁷ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 51.

⁸⁸ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *Ibidem*, p. 41.

⁸⁹ Voy. Loi du 17 juin 2016 précitée art. 70 pour les critères de sélection et art. 80 pour les critères d'attribution.

Concernant les critères de sélection, la directive européenne permet aux acheteurs publics de demander aux entreprises candidates de prouver leur engagement en matière de responsabilité dans leur chaîne d'approvisionnement⁹⁰. Pour cela, les entreprises peuvent fournir des preuves comme l'existence de systèmes de gestion ou de suivi de leur chaîne d'approvisionnement. Par exemple, l'on peut inclure un dispositif de contrôle des risques liés aux fournisseurs ou encore un code de conduite que les fournisseurs doivent respecter⁹¹. Ces éléments permettent à l'acheteur de vérifier que l'entreprise sélectionnée agit de manière responsable et respecte certains standards éthiques, sociaux ou environnementaux tout au long de sa chaîne d'approvisionnement.

Un exemple en est la ville de Stockholm, qui, après avoir pris connaissance des conditions d'exploitation des travailleurs migrants dans des usines malaisiennes produisant des gants en latex, a inclus dans les critères de sélection de son nouveau contrat des exigences relatives à la traçabilité de la production. Les candidats doivent fournir des informations sur le lieu de fabrication, le respect des conventions de l'OIT, la situation des travailleurs migrants dans les usines et les politiques mises en place par les fournisseurs en matière de travail forcé et de recrutement⁹².

Au niveau des critères d'attribution, les acheteurs publics ne sont pas obligés de se baser uniquement sur le prix ou le coût le plus bas. Ils peuvent aussi intégrer des critères qualitatifs pour choisir l'offre la plus avantageuse. Ces critères peuvent concerner par exemple, la qualité des produits proposés ou encore les engagements sociaux et environnementaux de l'entreprise. Dans le cadre du respect des droits de l'homme, les acheteurs publics peuvent ainsi privilégier les entreprises qui adoptent des pratiques d'approvisionnement responsable. Cela peut inclure la capacité à décrire de manière précise l'origine des produits, les conditions de travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement ou les mesures mises en place pour prévenir les violations des droits humains chez leurs fournisseurs⁹³.

D'ailleurs, certains pays encouragent activement cette approche. Par exemple, la loi néerlandaise sur les marchés publics stipule que les adjudications doivent en principe se faire sur la base du meilleur rapport qualité-prix. Si un acheteur choisit d'attribuer un marché uniquement sur le critère du prix le plus bas, il doit en expliquer les raisons et motiver explicitement sa décision⁹⁴.

⁹⁰ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, Annexe XII.

⁹¹ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 15.

⁹² B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 15.

⁹³ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 15.

⁹⁴ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 16.

Néanmoins, l'intégration de critères éthiques aux stades de la sélection et de l'attribution dans les marchés publics présente certaines limites, notamment en ce qui concerne leur mise en œuvre concrète. En effet, la Cour de Justice de l'Union Européenne admet l'intégration de clauses sociales ou éthiques dans les procédures de passation à condition qu'elles respectent les principes fondamentaux du droit communautaire, tels que la transparence, la proportionnalité, la non-discrimination, et qu'elles soient clairement mentionnées dans l'avis de marché⁹⁵.

Les critères retenus doivent donc être proportionnés, non discriminatoires et permettre d'évaluer objectivement la capacité du soumissionnaire à exécuter le contrat⁹⁶. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent imposer des exigences excessives ou non justifiées⁹⁷. Les critères doivent également avoir un lien étroit avec l'objet du marché, c'est-à-dire porter directement sur les biens, services ou travaux à fournir.

Ces conditions peuvent donc limiter l'intégration de considérations éthiques. Par exemple, les politiques générales d'une entreprise en matière de droit de l'homme ne peuvent pas être utilisées comme critère d'attribution si elles ne concernent pas spécifiquement le processus de production des fournitures commandées⁹⁸. Par ailleurs, si un acheteur public exige des preuves d'un système de gestion de la chaîne d'approvisionnement, cette exigence doit être strictement liée aux biens ou services faisant l'objet du marché⁹⁹.

L'intégration de critères éthiques dans les phases de sélection et d'attribution est donc possible mais reste limitée par les principes de non-discrimination et de proportionnalité ainsi que par la nécessité d'un lien direct avec l'objet du marché. Ces critères doivent permettre d'évaluer la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché, sans créer de discriminations injustifiées. L'application des clauses éthiques doit ainsi être encadrée de manière stricte pour garantir leur conformité avec le droit européen.

2. Motifs d'exclusion en cas de violation des droits fondamentaux

En Belgique comme au niveau européen, plusieurs motifs d'exclusions obligatoires et facultatifs sont prévus par la législation. Ces dispositions permettent aux autorités d'écarter certaines entreprises qui ne respectent pas certaines conditions du processus de passation des marchés publics.

⁹⁵ Voy. C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. République française*, 26 septembre 2000, C-255/98, EU:C:2000:494 ; Trib., arrêt *Sophia Group c. Parlement européen*, 10 février 2021, T-578/19, EU:T:2021:77 ; M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁶ Voy. C.J., arrêt *Confederacion Nacional de Centros Especiales de Empleo c. Diputacion Foral de Guipuzcoa*, 6 octobre 2021, C-598/19, EU:C:2021:810, point 33, 36 et 42.

⁹⁷ Voy. C.J., arrêt *Sanresa UAB c. Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos*, 8 juillet 2021, C-295/20, EU:C:2021:556, point 40 à 43.

⁹⁸ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁹ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 15.

Premièrement, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'exclure de la procédure de passation des marchés publics les acteurs économiques ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour travail des enfants ou pour d'autres formes de traite des êtres humains¹⁰⁰. Cette obligation renforce la prise en compte des droits de l'homme dans les règles régissant les marchés publics. Cependant, cette exclusion s'applique uniquement à l'entreprise soumettant activement l'offre dans le cadre de la passation du marché, et non à ses fournisseurs ou sous-traitants, ce qui limite son impact.

Deuxièmement, les Etats membres doivent prendre des mesures adéquates pour garantir que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques respectent les obligations applicables en matière de droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne et le droit national des Etats membres¹⁰¹. La directive européenne instaure ainsi un socle minimal de dispositions sociales, incluant notamment les conventions de l'OIT n°29 et n°105 relatives à l'interdiction du travail forcé¹⁰². Cette exigence s'applique également aux sous-traitants, qui doivent respecter les mêmes obligations sociales et environnementales.

A cet égard, la Cour de Justice de l'Union européenne a confirmé dans sa jurisprudence¹⁰³ que le respect de ce principe avait une importance équivalente aux principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité¹⁰⁴. Elle a en effet affirmé que ce principe constitue une valeur essentielle du droit de l'Union, auxquelles les Etats doivent se conformer.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent dès lors exclure de la procédure de passation de marché¹⁰⁵, les opérateurs économiques qui ont violé ces obligations fondamentales¹⁰⁶. Cette exclusion peut ainsi encourager les soumissionnaires à agir de manière éthique dans la pratique car une violation dans le cadre d'un marché peut non seulement entraîner l'exclusion d'un appel d'offres actuel mais aussi avoir des répercussions sur la participation à des marchés futurs.

Troisièmement, il existe une possibilité d'exclusion facultative visant les entreprises ayant commis une faute professionnelle grave remettant en cause leur intégrité¹⁰⁷. Cette disposition permet notamment de prendre en considération l'action des sous-traitants : un opérateur économique pourrait être reconnu coupable d'une faute grave s'il ne dénonce pas les violations des droits de l'homme dans son offre ou au sein de sa chaîne d'approvisionnement¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 57 ; Loi du 17 juin 2016 précitée, art. 67 à 69.

¹⁰¹ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, considérant 37 à 40 et art. 18.

¹⁰² Directive (UE) 2014/24/UE précitée, Annexe X.

¹⁰³ C.J., arrêt *Tim c. Consip*, 30 janvier 2020, C-395/18, EU:C:2020:58, point 38.

¹⁰⁴ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁵ Néanmoins, les documents du marché peuvent organiser une procédure permettant à un soumissionnaire de régulariser sa situation, voy. C.E., (6^e ch. réf.), 31 juillet 2018, n°242.166, Vert Bis.

¹⁰⁶ Directive (UE) 2014/24/UE précitée art. 57 ; arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017, art. 76.

¹⁰⁷ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 57 ; C.E., (6^e ch. réf.), 15 juillet 2013, n°224.368, Recyclage Mosan.

¹⁰⁸ A. SANCHEZ GRAELLS, « Public Procurement and Core Human Rights : A Sketch of the EU Legal Framework », *Law Research Paper Series*, University of Bristol Law School, 2018, disponible sur bristol.ac.uk, consulté le 25 mars 2025, p. 5.

La directive européenne précise en effet que le non-respect des obligations sociales pertinentes peut être assimilé à une faute grave, justifiant ainsi l'exclusion de l'entreprise concernée du processus de passation du marché¹⁰⁹.

Cependant, le pouvoir adjudicateur ne peut pas se contenter de constater l'existence d'une violation pour exclure un opérateur économique d'une procédure de passation. Il doit procéder à une appréciation concrète et individualisée de la situation, en examinant si la violation constatée est suffisamment grave pour remettre en cause la fiabilité de l'opérateur¹¹⁰. Ainsi, une irrégularité mineure ne saurait justifier, à elle seule, une mesure d'exclusion sauf en présence de circonstances exceptionnelles¹¹¹. En outre, cette analyse doit être formellement motivée : la décision d'exclusion doit exposer de manière claire les raisons pour lesquelles la violation est considérée comme grave et pourquoi elle rend nécessaire l'exclusion de l'opérateur économique¹¹².

Dans la pratique, les pouvoirs adjudicateurs peuvent être réticents à exclure des opérateurs économiques sur la base de critères aussi généraux que l'existence d'une faute professionnelle grave. En effet, une exclusion injustifiée expose l'autorité publique à des demandes de dommages et intérêts élevées de la part du soumissionnaire exclu à tort.

Ces motifs d'exclusion facultatifs laissent aux Etats membres une certaine marge d'appréciation¹¹³. Toutefois, cette liberté est strictement encadrée et limitée par les principes fondamentaux du droit de l'Union, et en particulier par le principe de proportionnalité¹¹⁴. Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide d'exclure un opérateur économique sur la base de motifs discrétionnaires, il doit veiller à ce que cette exclusion ne restreigne pas l'accès à la procédure de manière excessive.

Par ailleurs, la charge de la preuve du non-respect des obligations sociales et environnementales repose entièrement sur les acheteurs publics. Ils doivent évaluer si les explications et les preuves fournies par le soumissionnaire sont suffisantes¹¹⁵. Les pouvoirs adjudicateurs doivent également respecter des exigences strictes en matière de transparence : les motifs d'exclusion doivent être clairement identifiables pour les candidats potentiels qui doivent aussi pouvoir contester les décisions d'exclusion.

¹⁰⁹ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, considérant 39.

¹¹⁰ Voy. Directive (UE) 2014/24/UE précitée, considérant 101 ; Y. MARIQUE, K. MUNUNGU LUNGUNGU, « Les marchés publics : Un levier efficace dans la mise en œuvre des obligations sociales et environnementales ? », *Actualités des marchés publics*, D. Bastelé et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 80.

¹¹¹ Par exemple, si l'irrégularité mineure a été commise de manière répétée et jette un doute sur la fiabilité de l'opérateur économique.

¹¹² Voy. La jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet : C.E., (6^e ch. réf.), 12 janvier 2017, n°237.029, BVBA RTS INFRA o.a ; C.E., (6^e ch. réf.), 25 février 2014, n°226.545, NV Audebo ; C.E., (6^e ch. réf.), 24 octobre 2013, n°225.234, Gillion Construct.

¹¹³ Voy. C.J., arrêt *Infraestruturas de Portugal SA c. Toscca*, 21 décembre 2023, C-66/22, EU:C:2023:1016, point 35 et 36 ; C.J., arrêt *Meca Srl c. Comune di Napoli*, 19 juin 2019, C-41/18, EU:C:2019:507, point 30, 32 et 34.

¹¹⁴ Voy. C.J., arrêt *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj c. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, 3 octobre 2019, C-267/18, EU:C:2019:826, point 25 à 27.

¹¹⁵ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 12.

Cette responsabilité soulève ainsi des interrogations sur la capacité, mais aussi sur la volonté réelle des acheteurs publics à mobiliser efficacement ces motifs d'exclusion¹¹⁶.

Le Conseil d'Etat belge s'est également prononcé sur la question du contrôle des obligations sociales dans le cadre des marchés publics. Il a ainsi précisé que les pouvoirs adjudicateurs n'avaient, en principe, pas l'obligation de vérifier systématiquement le respect de l'ensemble de ces obligations par les soumissionnaires¹¹⁷. Cette jurisprudence limite donc l'application des clauses d'exclusions aux obligations ayant une implication directe sur l'exécution du marché concerné.

En somme, la directive européenne offre d'importantes opportunités d'intégrer des considérations éthiques dans les marchés publics à travers les motifs d'exclusions. Cependant, cette réglementation reste étroitement liée aux principes de non-discrimination et de liberté de concurrence, privilégiant une approche fondée sur l'initiative des Etats plutôt que sur des obligations contraignantes¹¹⁸.

3. Exigences éthiques lors de l'exécution du marché

La phase d'exécution du marché public débute après l'attribution du marché. Elle consiste, pour l'opérateur économique retenu, à réaliser concrètement l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Durant cette phase, l'entreprise doit respecter les conditions techniques et financières fixées dans le cahier des charges, tandis que le pouvoir adjudicateur contrôle la bonne exécution du marché.

La directive européenne relative aux marchés publics prévoit également la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'imposer des obligations permanentes pendant la phase d'exécution du contrat. Ces exigences peuvent concerner des aspects professionnels, sociaux ou environnementaux¹¹⁹. Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut obliger l'opérateur économique à se conformer aux conventions fondamentales de l'OIT, telles que l'interdiction du travail forcé ou du travail des enfants. Il peut également imposer des mesures visant à protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans l'exécution du marché¹²⁰.

¹¹⁶ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op.cit.*, p. 12.

¹¹⁷ C.E., (6^e ch. réf.), 31 juillet 2018, n°242.167, Sede Benelux ; Y. MARIQUE, K. MUNUNGU LUNGUNGU, *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁸ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 78.

¹¹⁹ Une infraction sociale commise au stade de l'exécution d'un marché public est assimilée à une violation des clauses du marché et ces manquements doivent être constatés par un procès-verbal dressé par l'adjudicateur, voy. arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2013, art. 44 ; voy. C.E., (12^e ch.), 7 avril 2017, n°237.911, BVBA Aanenmignsbedrijf Norrebehaegel ; C.E., (12^e ch.), 2 février 2013, n°223.341, NV Postelmans-Frederix.

¹²⁰ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 69 et considérant 98 et 99.

Dans ce contexte, on constate également l'émergence de clauses de diligence raisonnable au sein des marchés publics. Celles-ci imposent aux fournisseurs de mettre en place des mesures concrètes pour identifier, prévenir et traiter les risques liés aux droits humains, à la santé ou à l'environnement¹²¹. L'un de leurs principaux avantages est de favoriser un renforcement mutuel des capacités, aussi bien du côté des acheteurs publics que des opérateurs économiques. Ces clauses engagent ainsi les entreprises dans un processus de diligence raisonnable à long terme¹²². Elles s'avèrent particulièrement utiles dans les secteurs où la protection des droits humains n'est pas encore une priorité.

Par exemple, l'ONG Electronic Watch œuvre à l'amélioration des conditions de travail dans la chaîne de production des technologies de l'information et de la communication. Elle accompagne les acheteurs publics en leur proposant des clauses de diligence raisonnable et en facilitant le dialogue avec les fournisseurs¹²³. Son action s'appuie également sur une coopération avec des partenaires de suivi, tels que des syndicats et des ONG, qui surveillent la situation dans les usines en Asie ou en Europe de l'Est¹²⁴.

En Norvège, les pouvoirs publics sont tenus d'inclure des clauses contractuelles garantissant des salaires décents et de bonnes conditions de travail lors de l'achat de services dans des secteurs comme la construction, l'installation ou le nettoyage. Pour s'assurer de leur application, ils exigent des fournisseurs qu'ils effectuent des autodéclarations attestant du respect de ces engagements¹²⁵.

Toutefois, les obligations et conditions spécifiques imposées au stade de l'exécution du contrat doivent être directement liées à l'objet du marché et clairement mentionnées dans les documents du marché¹²⁶. Les pouvoirs adjudicateurs doivent non seulement respecter ces exigences de transparence mais également mettre en place des stratégies d'audit précises, assurer un suivi rigoureux et appliquer efficacement les sanctions prévues en cas de manquement¹²⁷. A défaut, ils risqueraient de violer leur obligation de traiter les opérateurs économiques de manière impartiale et égale.

L'efficacité de ce mécanisme dépendra ainsi de deux éléments essentiels. D'une part, la capacité des pouvoirs adjudicateurs à définir des obligations d'exécution pertinentes et adaptées. D'autre part, leur aptitude à réagir de manière proportionnée aux éventuelles violations, notamment en matière de droits humains sans compromettre l'intérêt public ni la bonne exécution du marché¹²⁸. Il leur appartient également de contrôler de manière effective la conformité des opérateurs économiques aux obligations imposées.

¹²¹ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 17.

¹²² B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 17.

¹²³ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 31.

¹²⁴ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *Ibidem*, p. 31.

¹²⁵ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Advancing Respect for Labour Right Globally through Public Procurement », *op. cit.*, p. 75.

¹²⁶ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 70 ; C.J., arrêt *Commission c. Pays-Bas*, 10 mai 2012, C-368/10, EU:C:2012:284, point 6.4.

¹²⁷ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁸ A. SANCHEZ GRAELLS, *Ibidem*, p. 11.

4. Utilisation de labels et de certifications indépendantes

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également s'appuyer sur la certification par un tiers indépendant, notamment à travers l'utilisation de labels, pour renforcer le respect des garanties fondamentales en matière de droits de l'homme.

Ces labels peuvent être utilisés à différentes étapes du processus de passation des marchés publics : lors de la définition des spécifications techniques, dans les critères de sélection ou d'attribution, ainsi que dans les conditions d'exécution du marché¹²⁹. Ils permettent soit de fixer des exigences précises, soit d'attester que l'opérateur économique satisfait à ces exigences¹³⁰. Concrètement, un label constitue une preuve attestant que les produits, services ou processus proposés respectent certaines normes sociales, environnementales ou éthiques.

De plus, le recours aux labels facilite la circulation de l'information sur les pratiques respectueuses des droits de l'homme au sein des chaînes d'approvisionnement mondiales. Il permet aussi de renforcer la transparence en aidant les pouvoirs adjudicateurs à vérifier plus efficacement les engagements pris par les soumissionnaires¹³¹.

Toutefois, l'usage des labels dans les marchés publics est strictement encadré par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne¹³². Premièrement, un pouvoir adjudicateur ne peut exiger un label spécifique que s'il accepte également des labels équivalents et d'autres moyens de preuve appropriés. Ensuite, les critères liés au label doivent être directement liés à l'objet du marché, ce qui signifie que les exigences imposées doivent concerner la nature même du produit ou du service acheté, sans imposer des obligations générales sans rapport avec le contrat¹³³.

En outre, les critères utilisés pour définir le label doivent être objectivement vérifiables, c'est-à-dire fondés sur des éléments factuels et mesurables, et non discriminatoires, afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les soumissionnaires¹³⁴. La procédure de création du label doit aussi être ouverte et transparente, ce qui suppose que tous les opérateurs économiques doivent avoir la possibilité d'obtenir le label. Enfin, les pouvoirs adjudicateurs doivent prévoir un délai raisonnable pour que les soumissionnaires puissent obtenir le label avant la date limite de remise des offres¹³⁵.

¹²⁹ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 11.

¹³¹ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 6.

¹³² Voy. C.J., arrêt *Commission c. Pays-Bas*, 10 mai 2012, C-368/10, EU:C:2012:284.

¹³³ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 43 ; B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 11.

¹³⁴ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁵ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 43.

Par ailleurs, si un soumissionnaire démontre qu'il n'a pas pu obtenir le label ou un label équivalent dans les délais impartis pour des raisons indépendantes de sa volonté, le pouvoir adjudicateur est tenu d'accepter d'autres moyens de preuve appropriés. Ces preuves alternatives peuvent, par exemple, consister en un dossier technique du fabricant ou en d'autres documents prouvant que le produit ou service respecte les exigences fixées dans le marché¹³⁶.

Par conséquent, l'utilisation des labels pour promouvoir le respect des droits de l'homme dans les marchés publics est encadrée par deux contraintes principales.

Premièrement, les exigences associées au label doivent être strictement liées à l'objet du marché, ce qui limite la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'imposer des critères qui concernent des politiques générales de l'entreprise ou des aspects de la chaîne d'approvisionnement trop éloignés de la prestation attendue¹³⁷. En outre, les exigences du label doivent reposer sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires. Cette condition peut poser des difficultés pratiques, notamment lorsque les normes visées sont absolues¹³⁸, ce qui peut avantager, de manière indirecte, les opérateurs issus d'Etats où de telles normes sont déjà imposées par la loi ou par les pratiques industrielles courantes.

Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'accepter des moyens de preuve alternatifs lorsque les opérateurs économiques ne peuvent obtenir le label demandé dans les délais impartis. Cela implique que les acheteurs publics doivent conserver la capacité d'évaluer l'équivalence entre différents labels et entre les éléments du label exigé et la documentation alternative fournie par le candidat¹³⁹. Cette exigence de flexibilité peut réduire l'intérêt pratique d'utiliser des labels, car elle oblige le pouvoir adjudicateur à procéder à des vérifications spécifiques au cas par cas, ce qui augmente les coûts de gestion du marché et complexifie la procédure d'évaluation des offres.

En pratique, seuls quelques labels, comme Fairtrade ou Rainforest Alliance dans le secteur alimentaire, incluent des critères relatifs aux droits de l'homme. Toutefois, aucun label n'apporte une garantie absolue d'une production pleinement respectueuse des droits humains¹⁴⁰. Les contrôles réalisés restent souvent ponctuels et peuvent ne pas couvrir l'ensemble des risques présents dans des chaînes d'approvisionnement complexes.

En somme, si la directive européenne permet aux pouvoirs adjudicateurs d'intégrer des considérations éthiques à travers l'utilisation de labels, cette possibilité reste strictement encadrée. Les nombreuses exigences imposées par la jurisprudence, notamment en matière de transparence et de lien avec l'objet du marché, limitent la portée pratique de ce mécanisme. L'efficacité des labels dépendra donc de leur utilisation, combinée à d'autres mécanismes de contrôle et de vérification.

¹³⁶ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁷ A. SANCHEZ GRAELLS, *Ibidem*, p. 7.

¹³⁸ Par exemple, quand elles exigent le paiement de salaires minimums spécifiques ou le respect de normes spécifiques en matière de santé et de sécurité.

¹³⁹ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁰ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 11.

5. Rejet des offres anormalement basses

Dans certaines situations, les pouvoirs adjudicateurs ne disposent d'aucune marge d'appréciation, notamment lorsqu'une offre anormalement basse résulte d'une violation d'obligations sociales, de droit du travail ou environnementales. Afin de lutter contre le dumping social et de garantir l'application uniforme des normes fondamentales, le droit européen impose aux pouvoirs adjudicateurs une obligation stricte. Lorsqu'il est établi que le caractère anormalement bas d'une offre résulte d'une violation des obligations légales en matière sociale, de travail ou d'environnement, l'offre doit obligatoirement être rejetée¹⁴¹.

Ce rejet n'est pas laissé à l'appréciation du pouvoir adjudicateur car il s'agit d'une obligation positive prévue par la réglementation. Ainsi, dès que l'irrégularité est constatée, l'autorité publique est tenue de refuser l'offre concernée, sans pouvoir procéder à une analyse discrétionnaire de son opportunité¹⁴².

Toutefois, avant de procéder au rejet d'une offre anormalement basse, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de donner au soumissionnaire concerné la possibilité de justifier le prix ou les coûts proposés¹⁴³. Ils doivent ainsi solliciter des explications détaillées afin de comprendre les raisons du montant particulièrement bas de l'offre. Dans ce cadre, une analyse économique approfondie doit être menée par le pouvoir adjudicateur pour évaluer si l'offre respecte les obligations sociales applicables, qu'elles soient ou non assorties de sanctions pénales¹⁴⁴. Cette vérification s'étend également aux sous-traitants, qui doivent eux aussi démontrer leur conformité aux obligations légales pertinentes, quel que soit le type de contrat¹⁴⁵.

Le rejet de l'offre n'est envisagé que si, après examen, les explications fournies par l'opérateur économique ne parviennent pas à justifier de manière convaincante le faible niveau du prix ou des coûts sans violation des obligations légales applicables¹⁴⁶. Autrement dit, si le soumissionnaire parvient à démontrer que son offre respecte les normes sociales et du travail¹⁴⁷, l'offre ne pourra pas être rejetée au seul motif de son faible prix.

La directive européenne prévoit d'ailleurs plusieurs mécanismes pour garantir les droits des soumissionnaires : ceux-ci peuvent fournir des auto-déclarations pour attester du respect de leurs obligations, et bénéficient de délais maximaux fixés pour toute procédure d'exclusion¹⁴⁸.

¹⁴¹ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, considérant 103.

¹⁴² Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 69 ; A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴³ Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017, art. 36.

¹⁴⁴ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁵ Directive (UE) 2014/24/UE précitée, art. 71.

¹⁴⁶ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁷ Par exemple une explication liée au processus de production particulier ou aux conditions favorables dont le soumissionnaire dispose.

¹⁴⁸ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 12.

En outre, ils disposent d'une possibilité dite de « self-cleaning » : un opérateur économique peut éviter son exclusion en réparant les dommages causés, en collaborant activement avec les autorités et en adoptant des mesures correctives destinées à prévenir toute répétition de l'infraction¹⁴⁹.

Néanmoins, la mise en œuvre de ces obligations se heurte à certaines difficultés pratiques, notamment en raison de l'absence de définition précise de la notion « d'offre anormalement basse » dans les textes européens. Cette imprécision laisse une certaine latitude d'appréciation aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, ces derniers restent tenus d'examiner systématiquement toutes les offres reçues pour vérifier leur caractère normal ou anormal, ce qui vise à limiter le risque que des offres anormalement basses échappent à leur contrôle¹⁵⁰.

Enfin, il est important de souligner que si un opérateur économique est reconnu responsable d'une violation grave dans l'exécution d'un marché public, il peut non seulement voir son offre rejetée, mais également être exclu de la participation aux marchés publics pour une durée maximale de trois ans¹⁵¹.

En définitive, la réglementation européenne impose aux pouvoirs adjudicateurs une vigilance accrue face aux offres anormalement basses, en particulier lorsqu'elles soulèvent des doutes quant au respect des obligations sociales, de travail ou environnementales. Bien que les opérateurs économiques disposent de moyens pour justifier leur offre et pour régulariser leur situation, les pouvoirs adjudicateurs demeurent soumis à une obligation stricte de rejet en cas de non-conformité.

D. Mécanismes de contrôle et de suivi

Le respect des clauses éthiques dans les marchés publics peut être contrôlé et sanctionné à deux étapes clés : lors de la procédure d'appel d'offres et au cours de l'exécution du contrat.

Pendant l'appel d'offres, la principale sanction en cas de non-conformité aux exigences éthiques minimales est l'exclusion du soumissionnaire ou la diminution de ses chances d'obtenir le marché¹⁵².

Au stade de l'exécution du contrat, le contrôle du respect des critères éthiques dépend principalement du droit national des contrats, ce qui peut entraîner certaines variations selon les juridictions¹⁵³.

¹⁴⁹ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁰ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵¹ Arrêté Royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2013, *err.*, 26 mars 2013, art. 48.

¹⁵² M. VOGEL, « The Added Value of Tender-Based Public Procurement as an Instrument to Promote Human Rights Compliance : What Impact May Be Expected from the Instrument ? », *Utrecht Law Review*, vol. 14, 2018, n°1, p. 63.

¹⁵³ M. VOGEL, *Ibidem*, p. 63.

De manière générale, ce contrôle repose sur la surveillance de la performance contractuelle et, en cas de manquement, sur l'application de recours comme l'indemnisation des dommages ou la résiliation du contrat¹⁵⁴. C'est également à ce stade que le respect effectif des droits de l'homme peut être vérifié de manière concrète et sanctionné en cas de non-respect.

En matière de sous-traitance, les adjudicataires sont tenus de communiquer au pouvoir adjudicateur des informations précises sur leurs sous-traitants, notamment leurs coordonnées et représentants légaux, quel que soit leur niveau d'intervention dans la chaîne de sous-traitance¹⁵⁵. Cette obligation vise à limiter les risques de violations des droits fondamentaux des travailleurs, mais elle ne s'applique qu'aux marchés publics relevant de secteurs identifiés comme sensibles à la fraude.

La législation belge va plus loin en imposant des restrictions supplémentaires. Elle interdit notamment à un sous-traitant de sous-traiter à son tour l'intégralité du marché, limitant ainsi la longueur des chaînes de sous-traitance dans les secteurs sensibles afin de mieux contrôler le respect des obligations sociales¹⁵⁶.

Cependant, les obligations éthiques imposées aux opérateurs économiques pendant l'exécution du contrat restent limitées dans le temps. A l'expiration du marché, ces obligations disparaissent car elles doivent être directement liées à l'objet du contrat. Dès lors, elles ne peuvent pas s'étendre de manière générale à toute la politique interne de l'entreprise¹⁵⁷. En outre, les opérateurs qui n'interviennent pas dans le secteur public échappent à ces contraintes.

Enfin, bien que la résiliation du contrat semble être la sanction la plus cohérente pour garantir le respect des droits fondamentaux, son application pratique peut s'avérer délicate. En effet, elle comporte un risque économique pour les pouvoirs adjudicateurs, en raison des préjudices financiers ou opérationnels qu'une rupture anticipée du contrat pourrait engendrer. Dès lors, l'autorité contractante doit parfois privilégier des mesures alternatives, telles que des pénalités financières ou des injonctions de mise en conformité avant d'envisager une résiliation définitive¹⁵⁸.

¹⁵⁴ M. VOGEL, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁵ S. BOLLEN, M. LAMBERT, M.-L. VAN RILLAER, « Nouvelle réglementation des marchés publics : quels changements ? », *les essentiels des pouvoirs locaux*, Namur, Union des villes et communes de Wallonie, 2017, p. 225.

¹⁵⁶ Arrêté Royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2013, *err.*, 26 mars 2013, art. 12/1 à 12/4.

¹⁵⁷ M. VOGEL, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁸ M. VOGEL, *Ibidem*, p. 63.

Chapitre 4 : Les limites des clauses éthiques

A. Tensions entre éthique et compétitivité économique

L'insertion de clauses éthiques soulève des interrogations quant à leur compatibilité avec les principes de compétitivité économique et de libre concurrence. En effet, de telles clauses, imposent des exigences qui vont au-delà des objectifs strictement économiques des contrats. Cela peut être perçu comme une restriction au libre accès au marché et à la concurrence, puisque ces clauses introduisent des conditions qui ne sont pas directement liées à la performance ou à l'efficacité des opérateurs économiques. Cette approche pourrait favoriser, de manière indirecte, des pratiques protectionnistes et remettre en cause les principes fondamentaux du droit économique, qui tendent à promouvoir l'efficacité des échanges, l'égal accès au marché et la transparence des règles du commerce¹⁵⁹.

Historiquement, le régime des marchés publics a été principalement conçu pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et prévenir la discrimination économique, sans viser à intégrer directement des objectifs sociaux ou éthiques. Bien que certaines initiatives de marchés publics socialement responsables se développent, notamment pour promouvoir les droits fondamentaux au niveau national, leur portée reste limitée et leur transposition à des contextes transnationaux demeure complexe¹⁶⁰. En effet, étendre ces exigences à des travailleurs situés hors des frontières de l'Etat acheteur pose des difficultés juridiques et pratiques importantes.

De plus, dans un contexte de mondialisation économique, les entreprises bénéficient d'un avantage concurrentiel qui ne leur impose aucune contrainte éthique autre que celles dictées par la crainte de sanctions légales. Les Etats eux-mêmes, soumis à des impératifs budgétaires stricts, doivent concilier compétitivité et rentabilité, réduisant ainsi leur marge de manœuvre pour imposer des critères éthiques contraignants¹⁶¹.

En outre, dans la pratique des marchés publics, les considérations éthiques demeurent généralement subordonnées à l'objectif principal, qui est la satisfaction efficace du besoin d'achat. En cas de conflit entre objectifs éthiques et économiques, la priorité est en principe donnée aux exigences fonctionnelles et financières¹⁶². Les pouvoirs adjudicateurs doivent également respecter les principes fondamentaux du droit de la commande publique, tels que la transparence, la proportionnalité et la non-discrimination. Ces obligations juridiques strictes encadrent fortement la possibilité de privilégier des critères éthiques qui ne seraient pas directement liés à l'objet du marché¹⁶³.

¹⁵⁹ A. GOSSERIES, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁰ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 77.

¹⁶¹ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶² M. VOGEL, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶³ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 3.

Cependant, bien que l'introduction de clauses éthiques puisse sembler entrer en contradiction avec les principes de libre-échange et de concurrence, elle constitue une démarche pleinement justifiée. En effet, ces clauses permettent d'assurer que les pratiques commerciales respectent des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme, ce qui est indispensable dans un contexte où les enjeux mondiaux, tels que les droits des travailleurs et la lutte contre le travail forcé deviennent de plus en plus cruciaux¹⁶⁴. En ce sens, l'introduction de telles clauses ne vise pas seulement à réguler les aspects économiques du marché, mais également à répondre à des impératifs sociaux plus larges.

Cette démarche peut se révéler bénéfique pour l'économie dans son ensemble. Un marché public socialement responsable peut encourager des pratiques d'achat durables et éthiques, qui, à long terme, contribuent à l'innovation, à l'amélioration des conditions de travail, et à la stabilité sociale, des facteurs qui soutiennent la compétitivité de l'économie. Un développement social harmonieux stimule la productivité, renforce le pouvoir d'achat et contribue à une plus grande stabilité politique et économique¹⁶⁵.

En définitive, l'intégration de clauses éthiques dans les marchés publics se heurte aux exigences de libre concurrence et aux contraintes juridiques applicables. Le véritable enjeu consiste donc à trouver un équilibre subtil entre responsabilité sociale et efficacité économique, afin de favoriser des pratiques d'achat public plus durables, sans compromettre la compétitivité et l'égalité d'accès au marché.

B. Insuffisances législatives

Le cadre juridique actuel en matière de marchés publics ne garantit pas de manière satisfaisante l'obligation de l'Etat de protéger les droits de l'homme, notamment dans le cadre de ses activités d'achat¹⁶⁶. En l'absence de mécanismes clairs et contraignants, il est difficile d'établir la responsabilité des Etats en cas de violation des droits humains liées à des contrats conclus avec des entreprises opérant en dehors de leurs frontières¹⁶⁷.

Cette situation soulève des questions concernant la capacité des Etats à remplir leur devoir de prévention face aux violations des droits humains commises dans des chaînes d'approvisionnement internationales. Si certaines initiatives visant à intégrer des critères éthiques dans les achats publics existent, elles demeurent souvent limitées tant en termes de portée que d'efficacité. Les réglementations nationales, bien que présentes, sont souvent insuffisantes ou mal définies, et ne fournissent pas toujours les outils nécessaires pour une mise en œuvre cohérente des pratiques d'achat responsable¹⁶⁸.

¹⁶⁴ A. GOSSERIES, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁵ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁶ C. METHVEN O'BRIEN, N. VANDER MEULEN, A. MEHRA, O. MARTIN-ORTEGE, R. STUMBERG, M. ANDRECKA, « Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions », *Public Procurement and Human Rights*, 2016, disponible sur icar.ngo, consulté le 26 février 2025, p. 9.

¹⁶⁷ O. MARTIN-ORTEGA, C. METHVEN O'BRIEN, « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain Standards on Human Rights », *op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁸ C. METHVEN O'BRIEN, N. VANDER MEULEN, A. MEHRA, O. MARTIN-ORTEGE, R. STUMBERG, M. ANDRECKA, *op. cit.*, p. 10.

En outre, les acheteurs publics manquent souvent de formation et de ressources adéquates pour anticiper et prévenir les violations des droits de l'homme dans les contrats passés avec des fournisseurs.

L'absence de normes internationales harmonisées complique encore la situation car il n'existe pas de cadre juridique global qui garantisse l'application cohérente de ces principes¹⁶⁹. Cette disparité de réglementations entre les Etats empêche toute action coordonnée efficace à l'échelle mondiale.

Dans ce contexte, la mise en place d'obligations légales claires et contraignantes pourrait significativement améliorer la protection des droits de l'homme dans les marchés publics. De telles obligations permettraient non seulement de clarifier les attentes et de mieux répartir les responsabilités entre acteurs publics et privés, mais aussi d'instaurer des mécanismes de suivi et de sanctions en cas de non-respect. Ce cadre juridique pourrait avoir des répercussions positives au-delà des marchés publics, influençant d'autres secteurs et favorisant une prise en compte plus systématique des droits humains dans les relations commerciales internationales¹⁷⁰.

C. Obstacles à une mise en œuvre et un contrôle effectif

La mise en œuvre des clauses éthiques dans les marchés publics se heurte à plusieurs difficultés, notamment en raison de l'opacité économique et de la complexité des chaînes d'approvisionnement mondiales. Fragmentées et dispersées à l'échelle internationale, ces chaînes rendent difficile l'identification complète des entreprises impliquées, tout comme la traçabilité de leurs fournisseurs et sous-traitants. Cette fragmentation limite la visibilité de l'Etat sur l'ensemble des acteurs économiques concernés par un marché public et complique l'établissement d'un lien direct entre le contractant principal et ses éventuelles filiales ou partenaires¹⁷¹.

Même lorsqu'un lien peut être établi entre une entreprise et une violation des droits de l'homme, l'évaluation de cette situation demeure souvent sujette à interprétation, ce qui tend à restreindre en pratique, l'application effective des clauses éthiques aux cas les plus manifestes de violation des droits fondamentaux, laissant de nombreuses situations problématiques en dehors du champ d'action¹⁷². La dimension transnationale des chaînes d'approvisionnement renforce encore cette difficulté, en limitant la portée des législations nationales et en créant des incertitudes juridiques difficiles à réguler¹⁷³.

¹⁶⁹ L. TREVINO-LOZANO, E. UYSAL, « Bridging the gap between corporate sustainability due diligence and EU public procurement », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 30, 2023, n° 10, p. 554.

¹⁷⁰ M. VOGEL, *op. cit.*, p. 65.

¹⁷¹ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷² M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *Ibidem*, p. 54.

¹⁷³ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *Ibidem*, p. 54.

En outre, le contrôle du respect des droits fondamentaux par les entreprises opérant à l'étranger représente également un défi majeur pour les pouvoirs publics. Ces derniers disposent généralement de moyens limités pour assurer une surveillance continue et efficace des pratiques à l'international¹⁷⁴. En effet, l'intégration de critères éthiques dans la commande publique implique souvent des coûts supplémentaires importants, tant en ressources humaines qu'en temps, et alourdit la charge administrative des autorités adjudicatrices. La mise en place de mécanismes de vérification comme des audits, des certifications ou des contrôles indépendants nécessite des compétences spécifiques et des budgets dont toutes les entités publiques ne disposent pas¹⁷⁵.

Par ailleurs, les obligations éthiques imposées aux opérateurs économiques ne s'accompagnent pas toujours de mécanismes de suivi rigoureux. Il n'existe pas, dans de nombreux cas, d'obligation de rapport régulier sur le respect de ces engagements tout au long de l'exécution du marché¹⁷⁶. En l'absence d'audits indépendants et de dispositifs de contrôle systématiques, l'efficacité des clauses éthiques reste limitée¹⁷⁷. De plus, toute sanction doit respecter le principe de proportionnalité, privilégiant d'abord des mesures correctrices comme l'élaboration d'un plan d'action ou la mise en conformité progressive pour éviter la répétition des infractions¹⁷⁸.

Enfin, il convient de souligner que les acheteurs publics n'ont pas historiquement considéré la surveillance de leur chaîne d'approvisionnement comme une de leurs responsabilités et ne disposent pas toujours des moyens requis pour assumer ce rôle. En 2017, la Commission européenne relevait d'ailleurs que 55% des procédures de passation de marchés reposaient encore uniquement sur le critère du prix le plus bas, au détriment d'approches plus avantageuses intégrant des considérations éthiques et un meilleur rapport coût-efficacité¹⁷⁹.

En somme, la mise en œuvre des clauses éthiques se heurte donc à une série d'obstacles : difficulté d'identification des responsabilités dans les chaînes globalisées, faible effectivité des mécanismes de suivi, contrainte de moyens ou encore persistance d'une approche centrée sur le prix. Ces contraintes restreignent donc l'impact réel de ces clauses et soulignent la nécessité de repenser les outils et les moyens mis à disposition des pouvoirs publics.

¹⁷⁴ M. VERDUSSEN, C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 55.

¹⁷⁵ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁶ Y. MARIQUE, K. MUNUNGU LUNGUNGU, *op. cit.*, p. 91 et 92.

¹⁷⁷ C. METHVEN O'BRIEN, N. VANDER MEULEN, A. MEHRA, O. MARTIN-ORTEGE, R. STUMBERG, M. ANDRECKA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁸ Loi du 17 juin 2016 précitée, art. 7.

¹⁷⁹ D. BATSELE, A. YERNA, *op. cit.*, p. 15.

Chapitre 5 : Renforcer l'éthique dans les marchés publics : Quelles solutions ?

A. Amélioration des mécanismes de contrôle

Il est essentiel de mettre en place un dispositif de suivi rigoureux et cohérent tout au long du processus de passation et d'exécution des marchés publics. Pour renforcer l'efficacité de ce suivi, une collaboration étroite avec des organisations non gouvernementales, notamment locales, s'avère particulièrement pertinente. Leur connaissance du terrain et leur proximité avec les populations concernées leur permettent de recueillir des informations cruciales sur les réalités du pays, du secteur industriel et des conditions de travail dans les unités de production¹⁸⁰.

Grâce à ce lien direct avec les salariés, ces organisations sont souvent capables d'identifier des violations difficiles à détecter, telles que le travail forcé ou la traite des êtres humains. Leur ancrage local facilite également une intervention rapide en cas de problème urgent, tout en œuvrant sur le long terme en faveur d'une mise en conformité progressive¹⁸¹.

Par ailleurs, l'implication des travailleurs dans les mécanismes de contrôle constitue également un levier central. Il est nécessaire de mettre en place des audits indépendants, obligatoires et participatifs, intégrant les représentants des salariés et les syndicats. Cette approche permet de dépasser les simples évaluations menées par les entreprises elles-mêmes ou des tiers mandatés en garantissant une vision plus complète et crédible des pratiques sociales sur le terrain¹⁸².

En renforçant leur voix, les travailleurs pourraient signaler plus efficacement les problématiques rencontrées et suivre l'évolution des mesures correctives mises en œuvre. En collaborant directement avec les entreprises, ils deviendraient des partenaires essentiels du suivi, capables de jouer un rôle d'alerte face aux risques émergents¹⁸³.

Enfin, une approche progressive dans la gestion des non-conformités apparaît préférable. La résiliation immédiate d'un contrat, bien qu'envisageable dans les cas les plus graves, prive l'acheteur public de tout levier d'action sur l'entreprise concernée et sa chaîne d'approvisionnement. Il serait donc préférable de privilégier la mise en place de plans de conformité assortis de recommandations concrètes, visant à prévenir et corriger les atteintes aux droits fondamentaux¹⁸⁴.

¹⁸⁰ O. MARTIN-ORTEGA, « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *op. cit.*, p. 92.

¹⁸¹ O. MARTIN-ORTEGA, *Ibidem*, p. 92.

¹⁸² O. MARTIN-ORTEGA, *Ibidem*, p. 92.

¹⁸³ O. MARTIN-ORTEGA, *Ibidem*, p. 93.

¹⁸⁴ O. MARTIN-ORTEGA, *Ibidem*, p. 93.

L'adoption d'un dispositif de contrôle plus inclusif et proactif, fondé sur l'implication des organisations locales, des salariés et de leurs représentants, permettrait d'améliorer la capacité des acheteurs publics à suivre efficacement les engagements éthiques. L'enjeu ne réside pas uniquement dans l'application stricte de règles, mais bien dans la création d'un cadre de dialogue et de collaboration durable, propice à l'émergence de pratiques responsables et respectueuses des droits humains.

B. Elaboration d'un cadre législatif plus concret et cohérent

Pour assurer une mise en œuvre effective des clauses éthiques dans les marchés publics, il est indispensable de dépasser le cadre juridique actuel, largement fondé sur l'engagement volontaire des Etats. Les gouvernements et les entreprises contractantes doivent être légalement tenus de respecter des exigences éthiques claires. L'intégration systématique de critères sociaux et éthiques dans les procédures d'achat apparaît essentielle, avec une attention particulière portée aux secteurs sensibles en matière de droits humains¹⁸⁵ et en s'appuyant sur les normes établies par les principales organisations internationales, telles que l'OIT ou les Nations Unies¹⁸⁶.

En parallèle, une législation plus précise devrait clarifier les obligations applicables aux entreprises, indépendamment de leur localisation géographique, et imposer aux acheteurs publics une politique d'évaluation préalable systématique. Il s'agirait d'exiger de chaque pouvoir adjudicateur qu'il puisse vérifier la capacité des candidats à respecter les exigences en matière de droits humains et d'approvisionnement responsable, dès la phase de sélection¹⁸⁷. Dans cette perspective, le respect des normes internationales et nationales pertinentes devrait constituer un critère incontournable pour toute attribution de marché.

Toutefois, l'expérience montre que les obligations légales, à elles seules, ne suffisent pas à garantir l'effectivité des engagements éthiques. Il est donc essentiel d'accompagner ces exigences de leviers incitatifs qui peuvent passer par des mécanismes d'évaluation qualitative plus valorisants dans les critères d'attribution, mais aussi par un soutien concret aux acheteurs publics. Il serait ainsi pertinent de développer des outils sectoriels permettant d'adapter les clauses éthiques aux réalités économiques de chaque secteur, et de former les acheteurs sur différentes modalités d'application de ces règles¹⁸⁸. Un accompagnement technique et juridique accessible est indispensable pour que les autorités adjudicatrices puissent appliquer ces exigences de manière pertinente et proportionnée.

En outre, la rigidité de certaines règles contractuelles peut freiner l'adaptation des enjeux éthiques en cours d'exécution. En l'état actuel du droit, les modifications du contrat sont strictement encadrées et rarement envisageables une fois la procédure achevée¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Par exemple les secteurs du textile, de l'électronique ou encore de l'agroalimentaire.

¹⁸⁶ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁷ A. SANCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁸ M. VOGEL, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸⁹ M. VOGEL, *Ibidem*, p. 66.

Une approche plus souple et progressive permettrait d'ajuster les exigences en fonction de l'évolution des risques identifiés ou des efforts réalisés par l'entreprise en matière de conformité. Par exemple, prévoir dès le départ la possibilité d'introduire des mesures correctives ou de réviser certaines conditions si des violations sont détectées.

Enfin, pour renforcer la capacité d'action des acheteurs publics, il est crucial d'investir dans le développement de compétences et d'expertises qui passe par des formations spécialisées, des réseaux de partage d'expériences et la création ou le renforcement de centres d'expertise nationaux. Certains pays comme les Pays-Bas ou l'Allemagne, ont déjà mis en place des centres d'expertise sur les marchés publics durables, qui pourraient servir de modèle pour d'autres Etats membres¹⁹⁰.

Pour renforcer l'éthique dans les marchés publics, il est donc essentiel de dépasser une approche purement normative, en combinant des exigences juridiques claires avec des outils concrets, des incitations adaptées et un accompagnement renforcé des acteurs publics. Ce cadre renouvelé pourrait véritablement devenir un levier concret en faveur du respect des droits humains et d'une commande publique plus responsable.

¹⁹⁰ B. VERBRUGGE, D. GILLIS, *op. cit.*, p. 29.

CONCLUSION

L'intégration de clauses éthiques dans les marchés publics, bien qu'encore confrontée à certaines limites, constitue un levier stratégique pour la promotion des droits fondamentaux et la lutte contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. En complément des dispositifs juridiques existants, elles permettent de définir des obligations plus ciblées, adaptées aux réalités économiques et sectorielles, tout en renforçant la responsabilité sociale des entreprises.

Ces clauses peuvent être mobilisées à différents stades de la procédure de passation, de la sélection des candidats à l'exécution du contrat, et contribuent à encadrer plus strictement les pratiques des opérateurs économiques. Toutefois, leur application reste soumise aux exigences de la commande publique, notamment en matière d'égalité de traitement, de non-discrimination et de proportionnalité. Par ailleurs, la recherche du meilleur rapport qualité-prix peut parfois entrer en tension avec l'intégration de critères éthiques plus exigeants. Dans ce cadre, le recours aux motifs d'exclusion fondés sur la violation des droits fondamentaux constitue un moyen efficace de concilier performance économique et respect des principes éthiques.

L'effectivité de ces mécanismes repose néanmoins sur plusieurs facteurs clés : la rigueur des mécanismes de contrôle et de suivi, la volonté politique des gouvernements ainsi que la coopération internationale. En l'absence de mesure de suivi adaptée et de sanctions effectives, ces clauses risquent de demeurer symboliques.

Ainsi, pour que les marchés publics deviennent un véritable outil de protection des droits humains, il est nécessaire d'élaborer un cadre législatif plus cohérent, intégrant des dispositifs de contrôle plus inclusifs et impliquant directement les travailleurs. Le renforcement de la coopération entre Etats, entreprises et organisations internationales sera également déterminant pour assurer l'effectivité de ces engagements.

En définitive, si les clauses éthiques représentent une avancée importante, elles ne sauraient, à elles seules, garantir une protection effective des travailleurs. Elles doivent s'inscrire dans une stratégie plus globale et coordonnée de lutte contre le travail forcé où les marchés publics deviennent un élément essentiel. Leur potentiel reste encore largement sous-exploité, tant en théorie qu'en pratique et leur impact dépendra principalement des choix politiques et de la volonté des gouvernements et des acteurs économiques de mobiliser pleinement ce mécanisme en faveur d'une économie plus éthique et durable.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

1.1. Législation belge

Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 8 mai 2014 relative à l'inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics, *M.B.*, 6 juin 2014.

Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2013.

Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017.

Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 23 juin 2017.

Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, *M.B.*, 29 juin 2017.

Circulaire de la Région wallonne du 28 novembre 2013 relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons, *M.B.*, 17 décembre 2013.

1.2. Législation étrangère

Federal Acquisition Regulation (FAR), 19 septembre 1983, *Federal Register*, 1 avril 1984.

Modern Slavery Act, 26 mars 2015, c.30, *UK Public General Acts*, 26 mars 2015.

Loi n°2017-339 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *J.O.*, 28 mars 2017.

Gesetz von 16 Juli 2021 über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten, *BGBI. I*, 22 juillet 2021.

1.3. Législation européenne

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94, 28 mars 2014.

Directive 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *J.O.U.E.*, L 176, 5 juillet 2024.

Art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Déclaration ministérielle sur la lutte contre toutes les formes de traite des êtres humains de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), fait à Vilnius le 19 décembre 2011, 18^e réunion du Conseil ministériel.

1.4. Législation internationale

Convention de l'OIT n°29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930, approuvé par la loi du 15 mai 1953, *M.B.*, 4 juin 1953.

Convention de l'OIT n°105 concernant l'abolition du travail forcé, adoptée à Genève le 25 juin 1957, approuvé par la loi du 18 juillet 1961, *M.B.*, 28 décembre 1961.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté à New York le 16 décembre 1996, approuvé par la loi du 6 mai 1999, *M.B.*, 28 mai 1999.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, relatif à la prévention, à la répression et à la punition du trafic des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants, adopté à New York le 15 novembre 2000, approuvé par la loi du 9 août 2002, *M.B.*, 22 août 2002.

Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé, 1930, adopté à Genève le 11 juin 2014, approuvé par la loi du 19 décembre 2020, *M.B.*, 9 février 2021.

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), adopté à Washington, D.C., le 17 décembre 1992, *Federal Register*, vol. 58, p. 63715.

Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT), adopté à Washington, D.C., le 14 septembre 1993, *Federal Register*, vol. 58, p. 63715.

Déclaration universelle des droits de l'homme, faite à Paris le 10 décembre 1948, *R.T.N.U.*, 1948, vol. 1, p. 15.

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (87^e session de la Conférence internationale du travail), faite à Genève le 18 juin 1998, *Bull. off. O.I.T.*, vol. 81, p. 9.

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, fait à Genève le 16 juin 2011, *R.T.N.U.*, 2011, vol. 63, p. 15.

Objectifs de Développement Durable (ODD), fait à New York le 25 septembre 2015, *R.T.N.U.*, 2015, vol. 70, p. 45.

Directive relative à la prévention dans le deuxième plan de travail pour combattre la traite des personnes, Organisation des Etats américains, adoptée à Antigua le 4 juin 2013, *Bull. off. O.E.A.*, 2014, vol. 2, p. 12.

2. Jurisprudence

2.1. Jurisprudence européenne

C.J., arrêt *Infraestruturas de Portugal SA c. Toscca*, 21 décembre 2023, C-66/22, EU:C:2023:1016.

C.J., arrêt *Confederacion Nacional de Centros Especiales de Empleo c. Diputacion Foral de Guipuzcoa*, 6 octobre 2021, C-598/19, EU:C:2021:810.

C.J., arrêt *Sanresa UAB c. Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos*, 8 juillet 2021, C-295/20, EU:C:2021:556.

Trib., arrêt *Sophia Group c. Parlement européen*, 10 février 2021, T-578/19, EU:T:2021:77.

C.J., arrêt *Tim c. Consip*, 30 janvier 2020, C-395/18, EU:C:2020:58.

C.J., arrêt *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj c. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, 3 octobre 2019, C-267/18, EU:C:2019:826.

C.J., arrêt *Meca Srl c. Comune di Napoli*, 19 juin 2019, C-41/18, EU:C:2019:507.

C.J., arrêt *Commission c. Pays-Bas*, 10 mai 2012, C-368/10, EU:C:2012:284.

C.J., arrêt *SAG ELV c. Slovensko et autres*, 29 mars 2012, C-599/10, EU:C:2012:191.

C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. République française*, 26 septembre 2000, C-255/98, EU:C:2000:494.

C.J.C.E., arrêt *Succhi di Frutta c. Commission des Communautés européennes*, 14 octobre 1999, C-496/99, EU:C:1999:497.

C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, 25 avril 1996, C-87/94, EU:C:1996:161.

C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, 22 juin 1993, C-243/89, EU:C:1993:257.

2.2. Jurisprudence belge

C.E., (6^e ch. réf.), 31 juillet 2018, n°242.167, Sede Benelux.

C.E., (6^e ch. réf.), 31 juillet 2018, n°242.166, Vert Bis.

C.E., (12^e ch.), 7 avril 2017, n°237.911, BVBA Aanenmignsbedrijf Norrebehaegel.

C.E., (6^e ch. réf.), 12 janvier 2017, n°237.029, BVBA RTS INFRA o.a.

C.E., (6^e ch. réf.), 25 février 2014, n°226.545, NV Audebo.

C.E., (6^e ch. réf.), 24 octobre 2013, n°225.234, Gillion Construct.

C.E., (6^e ch. réf.), 15 juillet 2013, n°224.368, Recyclage Mosan.

C.E., (12^e ch.), 2 février 2013, n°223.341, NV Postelmans-Frederix.

3. Doctrine

3.1. Ouvrages

BATSELE, D. et YERNA, A., « Manuel des marchés publics », 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020.

BOLLEN, S., LAMBERT, M. et VAN RILLAER, M.-L., « Nouvelle réglementation des marchés publics : quels changements ? », *les essentiels des pouvoirs locaux*, Namur, Union des villes et communes de Wallonie, 2017.

MARIQUE, Y. et MUNUNGU LUNGUNGU, K., « Les marchés publics : un levier efficace dans la mise en œuvre des obligations sociales et environnementales ? », *Actualités des marchés publics*, D. Bastelé, M. Salmon, R. Simar, P. Thiel, M. Vanderstraeten, A. Vandeburie (dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, p. 57 à 141.

MARTIN-ORTEGA, O. et METHVEN O'BRIEN, C., « Public procurement and human rights : interrogating the role of the state as buyer », *Public Procurement and Human Rights : Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 2 à 21.

MARTIN-ORTEGA, O. et METHVEN O'BRIEN, C., « Discretion, Divergence, Paradox : Public and private Supply Chain standards on Human Rights », *Discretion in EU public Procurement Law*, S. Bogojevic, X. Groussot, J. Hettne (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 189 à 210.

PIRARD, F. et DELLISSE M.-P., « Clauses et priorités sociales dans les marchés publics », *Entreprise et Droit social*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2006.

REIS, P., « Commerce international, clause sociale et développement durable », *Le commerce international entre bi et multilatéralisme*, B. Remiche et H. Ruiz Fabri (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 300 à 322.

WILLIAMS-ELEGBE, S., « Public procurement as an instrument to pursue human rights protection », *Research Handbook on Global Governance, Business and Human Rights*, A. Marx, J. Wouters et V. C. Geert (dir.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022, p.143 à 161.

3.2. Articles de revue

CARPENTER, D., MOE, P.P. et OLSON, G.M., « Navigating Federal Acquisition Regulation (FAR) in Procurement : Compliance, Risk Management, and Best Practices », *International Journal of Strategic Acquisition and Technology*, vol. 10, 2024, n°4, p. 211 à 230.

GELLEN, M., « Can Public Procurements Contribute to Fighting Trading in Persons ? », *Public organisation review*, vol. 24, 2014, p. 1315 à 1335.

GOSSERIES, A., « Marchés publics, libre-échange et clause éthique. A propos d'une initiative belge », *Ethique de l'administration et du service public*, vol. 4, 2002, n°1, p. 91 à 104.

MARTIN-ORTEGA, O. et METHVEN O'BRIEN, C., « Advancing Respect for Labour Right Globally through Public Procurement », *Politics and Governance*, vol. 5, 2017, n°4, p. 69 à 79.

MARTIN-ORTEGA, O., « Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights : A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry », *Business and human rights journal*, vol. 3, 2018, n°1, p. 75 à 95.

Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire, « La taille des marchés publics », 2002, disponible sur www.oecd.org, consulté le 4 novembre 2024.

SCHMID, E., « Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n°128, p. 853 à 873.

STUCKELBERGER, C., « Clauses sociales au service d'une économie mondiale équitable », *Annuaire suisse de politique de développement*, vol. 15, 1996, p. 239 à 246.

TREVINO-LOZANO, L. et UYSAL, E., « Bridging the gap between corporate sustainability due diligence and EU public procurement », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 30, 2023, n° 10, p. 554 à 572.

VERDUSSEN, M. et ROMAINVILLE, C., « Les clauses éthiques dans les marchés publics », *Le droit des affaires*, vol. 93, 2010, n°1, p. 40 à 50.

VOGEL, M., « The Added Value of Tender-Based Public Procurement as an Instrument to Promote Human Rights Compliance : What Impact May Be Expected from the Instrument ? », *Utrecht Law Review*, vol. 14, 2018, n°1, p. 56 à 69.

ZENASNI M. et EL HAYANI, K., « L'achat public local, levier du développement territorial durable (Cas de la région de l'Oriental) », *Revue du contrôle, de la comptabilité et de l'audit*, vol. 4, 2019, n°3, p. 522 à 544.

3.3. Recherches scientifiques et rapports

European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), « Résumé de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité », 2024, disponible sur corporatejustice.org, consulté le 10 mars 2025.

ICAT, « Prévenir la traite des personnes : Le rôle de la passation des marchés publics », Note d'information 10/2021, 2021, disponible sur icat.un.org, consulté le 7 octobre 2024.

LexisNexis Business information Solutions, « UK Modern Slavery Act 2015 : quel impact sur les entreprises mondiales ? », livre blanc, 2015, disponible sur lexisnexis.com, consulté le 19 novembre 2024.

METHVEN O'BRIEN, C., VANDER MEULEN, N., MEHRA, A., MARTIN-ORTEGA, O., STUMBERG, R. et ANDRECKA, M., « Public Procurement and Human Rights : A Survey of Twenty Jurisdictions », *Public Procurement and Human Rights*, 2016, disponible sur icar.ngo, consulté le 26 février 2025.

Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), « The role of public procurement in preventing trafficking for labour exploitation in supply chains and advancing human rights », 2023, disponible sur osce.org, consulté le 5 novembre 2024.

Service public de Wallonie, « Marchés publics responsables : note de cadrage et de conseils juridiques », 2019, disponible sur marchespublics.wallonie.be, consulté le 8 mars 2025.

VERBRUGGE, B. et GILLIS, D., « Public procurement and human rights – Opportunities, obstacles and policy pathways », *HIVA-KU Leuven*, 2022, disponible sur kuleuven.limo.libis.be, consulté le 19 février 2025.

3.4. Recherches académiques

MADUENO M. et BINSEE-MASSE, N., « L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) est-il une institution adéquate en vue d'assurer le respect des droits relatifs au travail ? », *Cahiers de recherche du CEIM*, 2003, disponible sur ieim.uqam.ca, consulté le 19 novembre 2024.

PRZEWOZNIK, J., « La clause sociale dans les marchés publics : un instrument efficace de politique publique ? », *Faculté de droit et de criminologie*, Université catholique de Louvain, 2017, disponible sur dial.ulouvain.be, consulté le 21 mars 2025.

SANCHEZ GRAELLS, A., « Public Procurement and Core Human Rights : A Sketch of the EU Legal Framework », *Law Research Paper Series*, University of Bristol Law School, 2018, disponible sur bristol.ac.uk, consulté le 25 mars 2025.

