

Les clauses éthiques dans les marchés publics

par Marc VERDUSSEN et Céline ROMAINVILLE ⁽¹⁾

Un pouvoir adjudicateur peut-il introduire dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges d'un marché public une clause relative à l'obligation pour l'adjudicataire de respecter les droits fondamentaux ou, à tout le moins, certains d'entre eux? Une telle clause est dite «éthique», en ce qu'elle renvoie à une représentation morale du monde et de l'humanité. Elle véhicule l'idée d'une «primauté éthique des droits de l'homme» ⁽²⁾.

La notion de «clause éthique» pêche pourtant par la nébulosité de l'usage qui en est fait.

La notion a été utilisée, et l'est encore parfois aujourd'hui, pour viser ces clauses qui, de manière universelle, interdisent à l'adjudicataire d'exercer, pendant la durée du contrat, des activités commerciales ou industrielles dans des États dont, au cours de cette période, les autorités se rendent coupables de violations graves des droits fondamentaux et, plus particulièrement, d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique d'êtres humains. Ces clauses ne se concentrent pas sur la prestation qui fait l'objet de la commande publique.

Depuis peu, la notion est davantage utilisée pour désigner, de manière plus large, ces clauses qui assignent à l'adjudicataire des contraintes liées à un objectif de développement durable et favorisent ainsi une consommation plus responsable. Ne parle-t-on pas, de plus en plus, d'«achat public durable» ⁽³⁾?

On entend par là des achats par lesquels les pouvoirs publics cherchent à obtenir des travaux, des services et des biens dont l'incidence sociale et environnementale négative est moindre sur toute leur durée de vie. Le 6 juillet 2006, le Parlement européen a adopté une résolution sur le commerce équitable et le développement qui «invite les collectivités locales d'Europe à incorporer des critères ressortissant au commerce équitable dans leurs politiques de mise en concurrence publique et de marchés publics, et invite la Commission à promouvoir cette démarche en établissant, par exemple, des lignes directrices en faveur de marchés publics propices au commerce équitable» ⁽⁴⁾.

À notre sens, la cohérence impose de donner à la notion un sens plus générique encore : toute clause qui contribue, directement ou indirectement, au respect des droits fondamentaux. En ce sens, les clauses sociales et environnementales sont indubitablement des clauses éthiques. Une clause sociale a pour objet d'imposer à l'adjudicataire des mesures visant à promouvoir l'emploi ou la formation et donc à lutter contre le chômage; elle peut être orientée en faveur de catégories défavorisées de la population ⁽⁵⁾. S'inspirant elle aussi du principe d'intégration ⁽⁶⁾, une clause environnementale a pour objet d'imposer à l'adjudicataire des mesures visant à protéger l'environne-

⁽¹⁾ Marc Verdussen, professeur à l'Université catholique de Louvain, et Céline Romainville, aspirant du F.N.R.S. à l'Université catholique de Louvain, sont respectivement directeur et membre ordinaire du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO) de l'U.C.L. Ils remercient Pierre Nihoul, conseiller d'État, maître de conférences à l'U.C.L. et membre coopté du CRECO, pour les observations pertinentes et intelligentes qu'il a bien voulu leur soumettre.

⁽²⁾ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 244. Voy. égal., du même auteur, «Commerce mondial et protection des droits de l'homme», in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme – Les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 2.

⁽³⁾ P. SCHIESSER et G. CANTILLON, *L'achat public durable*, Paris, éd. Le Moniteur, 2007. Voy. la circulaire du S.P.F. Personnel et Organisation du 27 janvier 2005 sur la mise en œuvre de la politique de développement durable lors des marchés publics de fournitures lancés par des pouvoirs adjudicateurs de l'autorité fédérale qui appartiennent aux secteurs classiques, publiée au *Moniteur belge*, du 4 février 2005. Voy. égal. la circulaire du ministère de la Région bruxelloise relative aux achats publics durables dans les communes, publiée au *Moniteur belge*, du 15 avril 2008.

⁽⁴⁾ *J.O.*, n° C 303, du 13 décembre 2006.

⁽⁵⁾ Voy. A.-L. DURVIAUX, «Marchés publics et économie sociale : l'union impossible?», *Act. dr.*, 2000, spéc. pp. 665-672; P. THIEL et P. SLEIGERS, «Les clauses sociales dans les marchés publics», *Entr. et dr.*, 2005, pp. 207-227.

⁽⁶⁾ M. PÂQUES, «L'environnement, un certain droit de l'homme», *A.P.T.*, 2006, p. 51.

ment et d'induire ainsi une «écologisation des marchés publics»⁽⁷⁾. L'une et l'autre contribuent à la protection des droits humains, puisqu'en favorisant la réduction du chômage et l'assainissement de l'environnement, elles visent à mettre en œuvre et à concrétiser un certain nombre de droits économiques et sociaux consacrés tant par des traités internationaux que par des normes constitutionnelles, tels le droit au travail et le droit à la protection d'un environnement sain que consacre l'article 23, alinéa 3, 1^o et 4^o, de la Constitution belge. Certaines clauses sociales visent même à forcer dans les relations de travail un plus grand respect des droits à la vie et à l'intégrité physique, en obligeant l'entrepreneur ou le prestataire de services à ne pas recourir au travail forcé ou à ne pas employer des enfants et le fournisseur à ne pas livrer des biens fabriqués sous un régime de travail forcé ou par des enfants. Si les clauses sociales et environnementales sont bien des clauses éthiques, celles-ci ne s'épuisent cependant pas dans celles-là : toute clause protectrice des droits fondamentaux est éthique.

En faisant des clauses éthiques une catégorie hyperonyme, il s'agit de proposer une clarification terminologique dans une matière passablement brouillée par une grande variété sémantique.

Juridiquement, quels sont le fondement et la nature des clauses éthiques? (I) Quelle est, par ailleurs, leur légitimité? (II) Telles sont les deux questions examinées dans la présente contribution. Elles s'inscrivent dans un contexte fortement marqué par un «ancrage des droits de l'homme dans la vie économique»⁽⁸⁾.

I. Le fondement et la nature juridiques des clauses éthiques

Logiquement, le recours au procédé de la clause éthique doit être réglé par le législateur et, plus particulièrement, par le législateur fédéral, dans le cadre des règles générales sur les marchés publics, que l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 range parmi ses compétences⁽⁹⁾.

Comment peut-on qualifier juridiquement les clauses éthiques? Il est impossible de répondre *in abstracto* à cette question, tant la nature juridique de telles clauses est fonction des modalités particulières prévues par le cahier spécial des charges⁽¹⁰⁾. La réponse est conditionnée par une question simple : la clause éthique est-elle ou non liée à la réalisation de la prestation faisant l'objet du marché? Pour la clarté des choses, nous nous proposons donc de distinguer deux catégories de clauses éthiques : les clauses éthiques liées à l'objet du marché (A) et celles qui ne le sont pas (B).

A. Les clauses éthiques liées à l'objet du marché

Parmi les clauses éthiques régulièrement utilisées dans la pratique des marchés publics, seules les clauses sociales et environnementales peuvent être considérées comme liées à l'objet du marché. Elles sont étrangères aux comportements adoptés par l'entreprise candidate à l'occasion d'autres prestations ou dans d'autres structures.

(7) C. DUBOIS, «Les préoccupations environnementales dans les marchés publics», 2004 (<http://www.marchespublics.be/documents/doctrine/Dubois.pdf>). Voy. égal. V. DOR et V. DE FRANCOUEN, «Les marchés publics écologiques – Possibilités, contraintes, écueils», in *Chronique des marchés publics – Jaarboek overheidsopdrachten 2008-2009* (dir. C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL et B. DEMEULENAERE), Bruxelles, EBP, 2009, pp. 713-742; P. THIEL, «Les clauses environnementales dans les marchés publics», *Amén.*, 2003, pp. 63-69; F. TULKENS, «Marchés publics et objectifs environnementaux : du vœu pieux à la consécration normative», *Entr. et dr.*, 2005, pp. 309-322.

(8) J.-F. RENUCCI, «Préface», in *Droit économique et droits de l'homme* (dir. L. BOY, J.-B. RACINE et F. SHIRIAINEM), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 6.

(9) Voy. R. ERGEC, «L'Union économique et les marchés publics», *J.T.*, 1994, pp. 241-246. Pour ce qui concerne la France, voy. not. S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 2007, pp. 271-273.

(10) A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, «Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit», *Cahiers de sciences politiques de l'ULg*, n° 13 (<http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=287>).

Les clauses sociales et environnementales peuvent recevoir deux qualifications juridiques. Elles sont tantôt une condition d'exécution du marché public, tantôt un critère d'attribution de celui-ci. Depuis peu, une troisième qualification est possible, mais elle ne concerne que les clauses environnementales.

1. Une condition d'exécution du marché public

L'exécution de tout marché public est assortie d'un certain nombre de conditions définies dans le cahier spécial des charges, document qui reprend les clauses contractuelles particulières applicables au marché en question. Une clause sociale ou environnementale peut-elle être rangée parmi ces conditions?

Dans un arrêt rendu le 20 septembre 1988⁽¹¹⁾, la Cour de justice des Communautés européennes – devenue Cour de justice de l'Union européenne – a admis le procédé pour ce qui concerne les clauses sociales. Les clauses sociales ont en commun avec les clauses environnementales qu'en les stipulant un pouvoir adjudicateur poursuit, au travers d'un marché public, un objectif «distinct de la stricte délivrance des prestations qu'il commande»⁽¹²⁾. L'admissibilité juridique de ces clauses, comme condition d'exécution du marché, repose sur l'idée que l'adjudicateur doit pouvoir rester libre, si différentes solutions lui permettent de répondre à ses besoins, «de définir l'objet du marché qu'il considère comme correspondant le mieux à ses préoccupations sociales»⁽¹³⁾. La même solution s'applique aux clauses environnementales. À condition d'être liées à l'objet du marché et de ne pas être discriminatoires, les clauses sociales et environnementales sont

donc compatibles avec le droit communautaire⁽¹⁴⁾.

Le 8 avril 2003, une loi-programme a été adoptée qui, entre moult choses, insère de nouvelles dispositions dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En son premier paragraphe, le nouvel article 18*bis* dispose qu'«un pouvoir adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité instituant la Communauté européenne, imposer des conditions d'exécution de marché permettant de tenir compte d'objectifs sociaux et éthiques et relatives à l'obligation de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes ou à l'obligation de respecter, en substance, les dispositions des conventions de base de l'Organisation internationale du travail, dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit du pays d'origine du candidat ou du soumissionnaire»⁽¹⁵⁾.

La législation ne s'oppose pas, par ailleurs, à la prise en compte d'objectifs environnementaux : des véhicules avec un écoscore minimum, une électricité partiellement verte, un mazout de chauffage avec une contenance minimale en soufre, des produits alimentaires issus de l'agriculture biologique, des vêtements composés de fibres textiles, du papier fabriqué avec des fibres ne provenant pas de forêts nécessitant une protection pour des raisons biologiques, des téléphones mobiles conçus de manière à être facilement démontés pour recyclage, etc.

Dans la ligne de la jurisprudence communautaire, la directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de ser-

⁽¹¹⁾ C.J.C.E., arrêt du 20 septembre 1988, aff. C-31/87.

⁽¹²⁾ P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Wolters Kluwer, 2009, p. 502.

⁽¹³⁾ K.E. MORIC, *Les partenariats public-privé – Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 94.

⁽¹⁴⁾ Voy. les communications interprétatives de la Commission européenne du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (COM [2001] 566) et du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés (COM [2001] 274).

⁽¹⁵⁾ Sur l'insertion des termes «d'objectifs sociaux et éthiques», voy. l'amendement de MM. Leterme et Pieters (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2343/020, p. 2). Voy. égal. l'ordonnance de la Région bruxelloise du 1^{er} juin 2006 visant à imposer des critères d'investissements socialement responsables aux marchés financiers de pouvoirs publics, publiée au *Moniteur belge*, du 4 juillet 2006.

vices⁽¹⁶⁾, en son article 26, autorise les pouvoirs adjudicateurs à «exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges», ces conditions pouvant «notamment viser des considérations sociales et environnementales».

Le 15 juin 2006, une nouvelle loi a été adoptée – loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services – qui entend transposer la directive précitée et qui, une fois en vigueur, remplacera la loi du 24 décembre 1993. Elle contient un article 40, libellé en ces termes : «Dans le respect des principes du Traité instituant la Communauté européenne, et pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient mentionnées selon le cas dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions d'exécution permettant de tenir compte d'objectifs tels que : 1° la mise en œuvre d'actions de formation professionnelle pour les chômeurs ou les jeunes; 2° la promotion de la politique de l'égalité des chances par rapport à l'emploi des personnes qui ne sont pas suffisamment intégrées dans le circuit professionnel; 3° la lutte contre le chômage; 4° l'obligation de respecter, en substance, les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas déjà été mises en œuvre dans le droit national du pays de production; 5° la protection de l'environnement».

Selon l'article 83*bis*, §3, *b*, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, inséré par un arrêté royal du 23 novembre 2007, pour les marchés dont le montant estimé atteint celui prévu pour la publicité européenne, les spéci-

fications techniques que le pouvoir adjudicateur inclut dans les documents du marché «peuvent inclure des caractéristiques environnementales», dès le moment où elles sont «suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché». Le cas échéant, l'article 83*bis*, §6, permet au pouvoir adjudicateur, à certaines conditions, d'utiliser les spécifications détaillées définies par les écolabels européens, (pluri)nationaux, ou par tout autre écolabel.

Rien n'empêche, selon nous, qu'un pouvoir adjudicateur exige que les prestations commandées répondent à des spécifications particulières en matière de commerce équitable et fasse référence, non seulement aux conventions de l'Organisation internationale du travail, mais également au label social institué par la loi du 27 février 2002 visant à promouvoir la production socialement responsable ou à un label de commerce équitable national ou européen, attribué par un organisme public ou par un organisme indépendant reconnu par les pouvoirs publics (International Fair Trade Association, European Free Trade Association, Fairtrade Labelling Organization International...)⁽¹⁷⁾.

2. Un critère d'attribution du marché public

Une clause sociale ou environnementale peut-elle être élevée au rang d'un critère d'attribution du marché public? La question ne vaut que pour les marchés dont il a été décidé qu'ils seraient attribués à l'entreprise «mieux-disante», celle qui fait l'offre économiquement la plus favorable au regard d'une pluralité de critères. Elle ne concerne donc pas les marchés attribués par adjudication, sur la base du seul critère du prix.

Dans un arrêt du 26 septembre 2000⁽¹⁸⁾, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que les directives euro-

⁽¹⁶⁾ *J.O.*, n° L 134, du 30 avril 2004. Voy. C. DE KONINCK et T. RONSE, *Droit européen des marchés publics*, Wolters Kluwer, 2009.

⁽¹⁷⁾ Voy. les circulaires ministérielles citées à la note 3.

⁽¹⁸⁾ C.J.C.E., arrêt du 26 septembre 2000, aff. C-255/98. Voy. P. LEFÈVRE, «Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens», *J.T.D.E.*, 2000, pp. 245-247; J. NOËL, «À propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux – Un arrêt étonnant de la Cour de justice des Communautés européennes», *J.T.*, 2001, pp. 561-564.

péennes n'excluent pas la possibilité pour un pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'un marché public dont l'attribution dépend de l'offre économiquement la plus avantageuse, d'utiliser comme critère d'attribution une condition liée à la lutte contre le chômage, pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire – notamment le principe de non-discrimination – et qu'elle soit expressément mentionnée dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges. Par là, la Cour opère un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt précité du 20 septembre 1988 qui, se basant sur la distinction entre condition d'exécution et critère d'attribution, excluait qu'une clause sociale puisse représenter autre chose qu'une modalité d'exécution du marché.

Dans un arrêt du 17 septembre 2002 ⁽¹⁹⁾, la Cour de justice a considéré que le pouvoir adjudicateur est en droit d'intégrer dans son appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse des contraintes écologiques, pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché, qu'elles soient expressément mentionnées et qu'elles respectent les principes fondamentaux du droit communautaire. Les clauses environnementales bénéficient ainsi du même traitement juridique que les clauses sociales. Il ne s'agit plus seulement d'intégrer dans la définition de l'objet du marché des prescriptions techniques relatives aux caractéristiques des travaux, produits ou services commandés, mais de faire de ces prescriptions des critères d'appréciation de l'offre, et donc d'attribution du marché.

C'est ainsi que, l'année suivante, la Cour de justice a jugé qu'en principe «la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché

de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, affecté d'un coefficient de 45 %, la circonstance que ledit critère ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé étant sans pertinence à cet égard» ⁽²⁰⁾. Cette décision est importante. Comme l'a relevé la doctrine la plus autorisée, elle souligne «la possibilité de prendre en compte le processus de production, même s'il ne se trouve pas physiquement dans le produit» ⁽²¹⁾.

La loi-programme du 8 avril 2003, citée ci-dessus, a modifié l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, qui touche à l'appel d'offres, mode d'attribution fondé sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Le législateur a voulu préciser que «les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché» ⁽²²⁾ et donner une liste exemplative, donc non exhaustive, de tels critères. Parmi ceux-ci, on trouve «les caractéristiques environnementales» et «des considérations d'ordre social et éthique». S'agissant des caractéristiques environnementales et des considérations sociales, la volonté du législateur est de consolider la jurisprudence communautaire, dont les arrêts du 26 septembre 2000 et du 17 septembre 2002 sont expressément cités dans l'exposé des motifs ⁽²³⁾.

En son article 53, la directive 2004/18/CE, déjà citée, range «les caractéristiques environnementales» parmi les critères liés à l'objet du marché sur lesquels un pouvoir adjudicateur se fonde pour attribuer celui-ci, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur. Elle rompt ainsi de manière nette avec le vide réglementaire antérieur ⁽²⁴⁾. Les critères cités le sont cependant à titre exemplatif ⁽²⁵⁾.

⁽¹⁹⁾ C.J.C.E., arrêt du 17 septembre 2002, aff. C-513/99.

⁽²⁰⁾ C.J.C.E., arrêt du 4 décembre 2003, aff. C-448/01. Voy. égal. C.J.C.E., arrêt du 10 avril 2003, aff. C-20/01 et C-28/01. Sur ces deux arrêts, voy. P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union européenne (2003-2005)», *J.T.D.E.*, 2006, pp. 274-275.

⁽²¹⁾ A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, «Marchés publics et développement durable : quelles possibilités de prise en compte des particularités des entreprises d'économie sociale et socialement responsables», *Cahiers de sciences politiques de l'ULg*, n° 12 (<http://popups.ulg.ac.be/csp/document.php?id=288>).

⁽²²⁾ Voy. C.E., arrêt *s.a. Immo Max, Socatra et Les entreprises Louis De Waele*, n° 173.072, du 2 juillet 2007.

⁽²³⁾ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2343/001, p. 43.

⁽²⁴⁾ P. THIEFFRY, «L'intégration des exigences de la protection de l'environnement dans les autres politiques : après les nouveaux instruments, les nouveaux acteurs», *R.A.E.-L.E.A.*, 2003-2004, p. 512.

⁽²⁵⁾ V. BERTRAND, «La réforme européenne des marchés publics dans les 'secteurs classiques'», *J.T.D.E.*, 2005, p. 10.

La loi précitée du 15 juin 2006 dispose, en son article 25, alinéa 2, que, dans l'hypothèse d'un marché public par appel d'offres, les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Et de citer, à titre d'exemples, «les caractéristiques environnementales», mais aussi «des considérations d'ordre social»⁽²⁶⁾. En effet, dès le moment «où des prescriptions techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (...), il est délicat de trouver une raison objective de traiter de manière différente les caractéristiques sociales d'une prestation»⁽²⁷⁾.

3. Un critère de sélection qualitative

Selon l'article 20^{ter} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, inséré par un arrêté royal du 23 novembre 2007, «lorsque le montant estimé du marché est égal ou supérieur au montant prévu à l'article 1^{er}, § 3, et que le pouvoir adjudicateur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'entrepreneur se conforme à certaines normes de gestion environnementale, il se reporte au système communautaire de management environnemental et d'audit dit EMAS ou aux normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et certifiées par des organismes conformes à la législation communautaire ou aux normes européennes ou internationales concernant la certification. Il reconnaît les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Il accepte également d'autres preuves de mesures équivalentes de gestion environnementale». Cette disposition est applicable aux marchés pu-

blics de travaux. Une disposition comparable est prévue pour les marchés publics de services par l'article 73^{ter} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, inséré par le même arrêté royal du 23 novembre 2007.

Ces dispositions autorisent les pouvoirs adjudicateurs à faire des clauses environnementales des éléments contribuant à la sélection qualitative des entreprises.

B. Les clauses éthiques non liées à l'objet du marché

Un pouvoir adjudicateur peut-il introduire dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges d'un marché public une clause relative à l'obligation pour l'adjudicataire de n'exercer, pendant la durée du contrat, aucune activité commerciale ou industrielle dans les États dont, au cours de cette période, les autorités se rendent coupables de violations graves des droits fondamentaux et, plus particulièrement, d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique d'êtres humains? On parlera, dans ce cas, de «clause humanitaire», afin de la distinguer des autres clauses éthiques, évoquées ci-dessus.

Prima facie, trois solutions sont envisageables, selon que la clause humanitaire est considérée comme une condition d'exécution du marché, un critère d'attribution de celui-ci ou un critère de sélection qualitative⁽²⁸⁾.

Une condition d'exécution du marché? À la différence des clauses sociales et environnementales, qui sont relatives à des prestations précises à accomplir en relation avec l'objet du marché, les clauses humanitaires imposent «un comportement à adopter et à maintenir, sans lien concret avec l'exécution effective du

(26) Voy. l'article 22 de la loi du 15 juin 2006 qui, en son alinéa 1^{er}, permet de «réserver l'accès à la procédure de passation à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales» et qui, en son alinéa 2, permet de «réserver l'accès à la procédure de passation à des entreprises d'économie sociale d'insertion». L'article 22 trouve son origine dans l'article 18^{bis}, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, qui a été repris par l'article 19 de la directive 2004/18/CE, précitée. Sur l'article 22, voy. C. DE KONINCK et P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten – De Wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijn*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2007, pp. 178-179; P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics – Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 79-81.

(27) A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, «Marchés publics et développement durable : quelles possibilités de prise en compte des particularités des entreprises d'économie sociale et socialement responsables», *op. cit.*

(28) J. NOËL, «Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics», *J.T.*, 2001, pp. 873-877.

marché»⁽²⁹⁾. Elles ne peuvent donc être tenues pour des conditions d'exécution du marché, à peine de dénaturer cette notion.

Un critère d'attribution du marché? Les clauses humanitaires n'étant pas relatives aux avantages intrinsèques de l'offre elle-même, elles ne peuvent, *a fortiori*, constituer des critères d'attribution dans les marchés publics par appel d'offres. Elles ne s'inscrivent pas «dans la technique de passation proprement dite, qui suppose une analyse rigoureuse de l'offre de prestation proposée par une entreprise en intégrant de manière plus ou moins développée ce qu'elle intègre dans son offre de prestation»⁽³⁰⁾.

Si l'article 16 précité de la loi du 24 décembre 1993 cite les considérations «éthiques» parmi les critères d'attribution, rien ne permet d'affirmer – ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires – que le législateur a entendu viser des considérations liées à la violation grave des droits fondamentaux, au sens où nous l'entendons ici. Les termes «considérations sociales et éthiques» ont été ajoutés suite à un amendement déposé par Mme Brepoels qui ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme «éthique»⁽³¹⁾. Quant au ministre des Finances, il s'est limité à déclarer que les critères sociaux étaient «des critères éthiques parmi beaucoup d'autres»⁽³²⁾, ce qui, à notre sens, est parfaitement exact. D'ailleurs, la loi précitée du 15 juin 2006 ne range plus les «considérations éthiques» parmi les critères d'attribution d'un marché public par appel d'offres⁽³³⁾.

Les clauses humanitaires peuvent-elles alors être tenues pour des critères de sélection qualitative?

La sélection qualitative implique que le pouvoir adjudicateur procède, préalablement à l'examen des offres et à leur comparaison, à une sélection basée sur des critères de capacité économique, financière et technique. Ces critères se distinguent donc des critères d'attribution, qui sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée, et non la capacité des candidats à exécuter le marché. Dans tous les marchés publics – qu'ils soient attribués en procédure ouverte ou restreinte – les entreprises doivent respecter un certain nombre de conditions minimales qui, à défaut d'être remplies, les excluent d'office de l'accès au marché. Il existe donc des situations ou causes d'exclusion. C'est ainsi, par exemple, que l'entrepreneur qui n'est pas en règle en matière de cotisations de sécurité sociale et de sécurité d'existence peut être exclu de la participation au marché. Comme l'écrit très justement Jacques Noël, les causes d'exclusion peuvent être «assimilées à des critères de caractère comportemental concernant la conduite de l'entreprise, indépendamment du marché auquel elle souhaite accéder et cela, par rapport à certains impératifs jugés essentiels»⁽³⁴⁾.

Une clause humanitaire pourrait donc parfaitement s'inscrire dans ce schéma, ce que la Commission européenne a admis⁽³⁵⁾. Mais, pour cela, il conviendrait de modifier les textes existants car, dans l'état actuel des choses, les causes d'exclusion sont limitativement énumérées par les directives européennes et la réglementation belge, les États membres ne pouvant pas prévoir d'autres causes d'exclusion⁽³⁶⁾. Or, aucune d'elles ne

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 876. Dans le même sens, voy. P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 131.

⁽³⁰⁾ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 480.

⁽³¹⁾ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2343/007, p. 12 : «Le présent amendement tend à prévoir explicitement dans la loi du 24 décembre 1993 que des critères sociaux et éthiques peuvent être insérés dans le cahier spécial des charges. La loi actuelle n'empêche pas une telle insertion, mais il peut cependant y avoir une certaine incertitude ou confusion à cet égard. Le présent amendement tend dès lors à clarifier les choses, afin que des considérations sociales et éthiques figurent aussi dans le cahier spécial des charges».

⁽³²⁾ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 2343/018, p. 31.

⁽³³⁾ Voy. L. SCHELLEKENS, «De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht», in *De gunning van overheidsopdrachten* (D. D'HOOGHE éd.), Bruges, die Keure, 2009, p. 494.

⁽³⁴⁾ J. NOËL, «Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics», *op. cit.*, p. 875.

⁽³⁵⁾ Commission européenne, D.G. Marché intérieur, lettre du 2 août 2001. Cité par P. NIHOUL, «L'État consommateur-il est équitable?», *Louvain*, 2006, n° 162, p. 28.

⁽³⁶⁾ C.J.C.E., arrêt du 9 février 2006, aff. C-226/04 et C-228/04, spécialement §22. Sur cet arrêt, voy. P. NIHOUL, «Les marchés publics dans l'Union européenne (2006-2007)», *J.T.D.E.*, 2008, p. 282.

peut être interprétée comme autorisant l'imposition de telles exigences⁽³⁷⁾.

II. La légitimité des clauses éthiques

Une clause éthique, liée au respect des droits fondamentaux, trouve-t-elle sa place dans un contrat de nature économique? En d'autres termes, est-il légitime que des préoccupations humanistes interfèrent dans un mécanisme contractuel, fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté et donc sur celui, plus général, de l'autodétermination des individus?

Répondre à cette question, c'est élucider trois paradoxes nés de la confrontation de plusieurs logiques et réalités qui s'entrecroisent. D'abord, les clauses éthiques semblent constituer un «corps étranger» à la logique contractuelle qui anime les marchés publics et, par là, modifient leur contenu et leur portée (A). De plus, s'il est certain que ces clauses se justifient par l'obligation pour l'État de promouvoir les droits fondamentaux, elles n'en restent pas moins problématiques au regard d'une autre logique qui anime un pan entier du droit international : celle de la libéralisation des marchés (B). Enfin, la transposition dans la pratique des marchés publics de l'idéal humaniste qui sous-tend ces clauses est complexe, dans une réalité marquée par des restrictions budgétaires, des exigences de *real politik* et un contexte global d'opacité des opérations commerciales menées par les entreprises transnationales (C).

A. Figure contractuelle et clauses éthiques

La figure du contrat imprègne l'ensemble de l'ordre juridique, y compris le droit administratif, voire le droit public en général. La contractualisation des droits sociaux, mais aussi des relations administratives, sont des exemples éclairants de ce phénomène.

Assurément, le législateur, tout comme le juge, doivent pouvoir garantir la conformité à l'intérêt général, à l'ordre public et au bien commun de tout contrat – administratif ou non – ce qui pose d'ailleurs la question de la place de l'autonomie de la volonté dans la théorie générale des contrats⁽³⁸⁾. La spécificité du contrat administratif n'en est pas moins reconnue. L'administration peut, en effet, insérer des préoccupations liées au bien commun dans les contrats qu'elle conclut. Cette intervention autoritaire n'en est pas pour autant arbitraire, ni absolue. En effet, les prérogatives de l'administration trouvent leur cause, leur mesure et leurs limites dans la nécessité de préserver l'intérêt général. C'est au nom de cet intérêt général que l'administration est habilitée à introduire dans un contrat administratif des clauses qui, étrangères aux relations privées, répondent à des préoccupations inspirées par le bien commun. Ainsi, on ne peut manquer de constater le recours de plus en plus fréquent à la voie contractuelle par l'administration pour réaliser des fins environnementales, sociales ou économiques⁽³⁹⁾. De plus en plus, le contrat se substitue «aux procédés qui étaient l'expression par excellence de la souveraineté étatique et qui étaient des actes administratifs unilatéraux»⁽⁴⁰⁾.

Le phénomène est plus global et touche le droit administratif en général, qui «est par essence un droit mouvant, dont les techniques et méthodes évoluent pour répondre aux nou-

⁽³⁷⁾ En ce sens, voy. *idem*. Voy. égal. P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 131.

⁽³⁸⁾ Voy. J. GHESTIN, «Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 405-416. Du même auteur, voy. égal. «Contrat», in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. ALLAND et S. RIALS), Paris, P.U.F., 2003, pp. 278-279.

⁽³⁹⁾ R. ANDERSEN, «Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique», *Annuaire européen d'administration publique*, 1997, vol. XX, p. 38.

⁽⁴⁰⁾ S. FLOGAÏTIS, *Les contrats administratifs*, Londres, Esperia Publications, coll. Bibliothèque de droit public européen, 1998, p. 17. Voy. égal. G. PEISER, «Mort ou transfiguration du droit administratif en 2000», in *État, société et pouvoirs à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de François Borella*, Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 367.

velles exigences des rapports de force entre l'État et la société civile»⁽⁴¹⁾. Aujourd'hui plus que jamais, on est en droit d'attendre du droit administratif «qu'il permette à l'administration de ne pas sacrifier à l'efficacité (...) une éthique de la responsabilité dont elle semble avoir grand besoin»⁽⁴²⁾.

S'agissant plus particulièrement des marchés publics, «faut-il demander aux commandes publiques autre chose que la simple satisfaction des besoins des administrations publiques ou des besoins collectifs?», s'interroge Philippe Quertainmont⁽⁴³⁾. Aujourd'hui, les pouvoirs adjudicateurs répondent positivement à cette question, en faisant régulièrement usage du procédé contractuel pour impulser des politiques dans des domaines spécifiques. La figure particulière du marché public a été et reste ainsi un vecteur pour la réalisation de fins collectives. En effet, aux États-Unis comme en Europe, les marchés publics ont souvent été teintés de préoccupations sociales ou environnementales.

Désormais, cette pratique a reçu l'aval des instances européennes et de la législation nationale. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à insérer dans certains marchés – spécialement les marchés militaires – des clauses de compensation industrielle se concrétisant par un renforcement du potentiel économique du pays⁽⁴⁴⁾. De plus, ils peuvent insérer des clauses sociales et des clauses environnementales, c'est-à-dire des clauses liées à l'objet du marché. À travers ces clauses, l'idée prévaut que le marché intérieur (libre circulation des marchandises, libre prestation des services, libre établissement), dont la politique des marchés publics est une des composantes, peut être réalisé tout en intégrant la poursuite d'autres objectifs, comme ceux de

politique environnementale et de politique sociale, et ce, afin de contribuer au développement durable, concept qui englobe la croissance économique, le progrès social et le respect de l'environnement⁽⁴⁵⁾. Le Traité instituant la Communauté européenne, modifié sur ce point par le Traité d'Amsterdam, prévoit d'ailleurs expressément, en son article 6, que «les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable».

Globalement, les clauses éthiques liées à l'objet du marché, c'est-à-dire pour l'essentiel les clauses sociales et environnementales, sont validées par le droit de l'Union européenne au nom d'une longue tradition des pays membres sur ce point. L'admission de ces clauses au sein du droit européen est une avancée majeure. Elle signifie que l'Union européenne admet que le marché intérieur puisse être réalisé tout en intégrant d'autres objectifs, sociaux ou environnementaux. L'insertion de clauses liées à l'objet du marché satisfait en effet à la logique du contrat et aux règles européennes entourant les marchés publics.

Toutefois, les caractéristiques propres aux clauses sociales et environnementales peuvent difficilement être transposées aux clauses humanitaires qui, elles, ne sont pas liées à l'objet du marché. Si les premières s'inscrivent bel et bien dans une logique contractuelle, les secondes, par contre, semblent plus déconnectées de cette logique. En effet, dans le cas de l'insertion d'une clause humanitaire, ce n'est pas seulement la prestation commandée qui est visée, mais également le comportement

(41) P. QUERTAINMONT, «La technique du contrat d'administration en vue de responsabiliser les organismes de sécurité sociale : panacée ou placebo?», *A.P.T.*, 1998, p. 293.

(42) P. MARTENS, «Que reste-t-il du droit administratif?», *A.P.T.*, 2006, p. 6.

(43) P. QUERTAINMONT, «Le rôle économique et social des marchés publics», in *Les marchés publics à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 116.

(44) Voy. P. QUERTAINMONT, «Marchés de la défense et compensations économiques au profit de l'industrie belge», *Rev. dr. U.L.B.*, 1998, pp. 85-105. Sur les évolutions les plus récentes de la jurisprudence européenne relative aux marchés de défense, voy. P. NIHOUL, «Les marchés public dans l'Union européenne», *J.T.D.E.*, 2009, p. 285.

(45) C. DUBOIS, «Les marchés publics», in *L'application et le contrôle de l'application du droit communautaire par les administrations belges* (dir. Y. LEJEUNE), Gand, Academia Press, 2003, p. 288. L'admission par le droit européen des clauses sociales et environnementales a cependant ses limites, notamment lorsque ces clauses comportent des éléments discriminatoires pour les autres pays membres ou apparaissent trop protectionnistes : voy. R. FEE, «Contract Compliance : Subnational and European Influences in Northern Ireland», *Journal of European Social Policy*, 2002, vol. 12, pp. 107-119.

global de l'entreprise. Plus précisément, l'on prend en compte l'implication de cette entreprise dans un pays qui ne respecte pas les droits fondamentaux. Ce n'est donc pas seulement le comportement de l'entreprise dans la réalisation du marché public qui est concerné, mais tous les actes de l'entreprise.

Cette caractéristique des clauses humanitaires se démarque de la logique initiale des marchés publics rivée sur la réalisation d'un travail, l'exécution d'un service ou la fourniture d'un produit, éventuellement dans un cadre plus social ou plus respectueux de l'environnement. Les clauses humanitaires élèvent les marchés publics au niveau du respect global des droits fondamentaux par une entreprise et, ce faisant, étendent considérablement l'objet du contrat.

Une telle extension de l'objet des marchés publics peut être justifiée, à condition qu'elle soit assumée et que la cause de ces marchés publics soit étendue en conséquence. La clause humanitaire ajoute en réalité, au-delà de l'obligation de fournir une prestation, une obligation générale de comportement. Ce faisant, elle ne dénature pas le procédé du marché public, mais le redéfinit comme un vecteur de promotion des droits fondamentaux, éventuellement à l'étranger et hors de l'objet strict du contrat. En réalité, la clause humanitaire ne ruine pas le mécanisme contractuel dans lequel elle s'insère. Elle traduit plutôt un usage neuf de ce contrat et un changement de rationalité qui rend visible une nouvelle norme négociée⁽⁴⁶⁾.

Cette redéfinition du marché public peut entraîner des conséquences pratiques particulières, notamment en termes de compétences. *In fine*, les clauses humanitaires rapprochent le marché public qui les contient des instruments de politique étrangère sanctionnant un pays et des entreprises et elles

l'éloignent des contrats de travaux, de services ou de produits. Dans ce cadre, il faut vérifier si la mobilisation par une collectivité fédérée d'une clause humanitaire n'empiète pas sur les compétences d'une autre collectivité fédérée. C'était tout le problème posé par les *Burma Laws* adoptées par l'État du Massachusetts à l'encontre des entreprises qui traitaient avec la Birmanie. Ces lois entendaient boycotter les entreprises qui commerçaient avec la junte birmane en interdisant aux pouvoirs publics de conclure des marchés publics avec ces entreprises. Elles ont été invalidées par la Cour suprême des États-Unis, dans une décision rendue le 19 juin 2000, parce qu'elles empiétaient sur les pouvoirs du Congrès en matière de politique étrangère⁽⁴⁷⁾, et ce, alors même que les gouvernements locaux redéfinissaient leur rôle en matière d'actions éthiques et de politique étrangère⁽⁴⁸⁾.

De plus, comme nous le verrons, la distance que les clauses humanitaires créent avec les autres clauses éthiques, celles liées à l'objet du marché, est déterminante lors de l'examen de la compatibilité de la clause avec le droit de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) : moins la clause est spécifique à une prestation précise, plus l'O.M.C. aura tendance à la sanctionner⁽⁴⁹⁾.

Au-delà de ces accommodements juridiques nécessaires, il n'y a pas d'obstacle, en soi, à ce que les marchés publics comportent une obligation spécifique concernant les droits fondamentaux, même si elle n'est pas liée à l'objet principal du marché. La régulation sociale et la production juridique ne s'accommodent plus d'une vision décloisonnée des phénomènes sociaux, de telle sorte que le cours de certaines politiques peut être infléchi par des considérations qui n'y sont pas directement et immédiatement liées, telle la néces-

(46) P. ZUMBANSEN, «The Law on Society : Governance Through Contract», *Indiana Journal Global Legal Studies*, 2007, vol. 14, pp. 191-233.

(47) US Supreme Court, *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 US 363 (2000). Voy. J.-J. PASCOE, «Time for a New Approach? Federalism and Foreign Affairs After *Crosby v. National Foreign Trade Council*», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2002, vol. 35, pp. 291-320; R. STUMBERG et M.-C. PORTERFIELD, «Who Preempted the Massachusetts Burma Law? – Federalism and Political Accountability under Global Trade Rules», *Publius*, 2000-2001, vol. 31, pp. 173-204.

(48) T. GUAY, «Local Government and Global Politics : The Implications of 'Massachusetts's Burma Law'», *Political Science Quarterly*, 2000, vol. 115, pp. 353-376.

(49) Voy. S.-H. CLEVELAND, «Human Rights Sanctions and International Trade : A Theory of Compatibility», *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, pp. 133-189.

sité de veiller à la sauvegarde des droits les plus vitaux de la personne humaine. Ce découplage est devenu une nécessité en ce qui concerne les entreprises multinationales, qui ne font pas l'objet, en droit des sociétés, de règles unifiées et strictes quant à leur responsabilité dans le domaine des droits fondamentaux⁽⁵⁰⁾. Dès lors, la traduction de normes floues liées à la responsabilité sociale des entreprises en des règles effectives relatives aux clauses humanitaires dans les marchés publics est plus que bienvenue. Dans une certaine mesure, les clauses humanitaires favorisent une pénétration des droits fondamentaux dans un domaine où ils ne s'appliquent que trop peu.

B. Libéralisme économique et clauses éthiques

La légitimité des clauses éthiques, en ce compris les clauses humanitaires, dépend étroitement des obligations dérivées des droits fondamentaux. Au niveau international, les droits fondamentaux, qu'ils soient de la première ou de la deuxième génération, recouvrent une triple dimension, en ce qu'ils imposent à l'État trois séries d'obligations : des

obligations négatives qui astreignent l'État à ne pas s'ingérer dans l'exercice des droits, des obligations positives de réaliser les droits et des obligations positives tendant à protéger l'exercice des droits des immixtions extérieures. Il s'agit pour les autorités étatiques de respecter, de réaliser et de protéger. Initialement développée dans le contexte du droit à l'alimentation et du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels⁽⁵¹⁾, cette analyse en trypique des droits fondamentaux a été étendue à l'ensemble des droits, que ce soit dans l'ordre international ou dans l'ordre constitutionnel⁽⁵²⁾. Ainsi, les droits fondamentaux ne revêtent pas seulement une dimension subjective, de défense vis-à-vis de l'État, mais également une dimension objective, c'est-à-dire une dimension qui oblige l'État, non seulement à s'abstenir de toute ingérence illégitime dans l'exercice des droits fondamentaux, mais en outre à agir en faveur d'un exercice effectif de ces mêmes droits. Dans ce cadre, les droits fondamentaux «irradient» l'ordre juridique, selon l'expression bien connue de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. L'État doit promouvoir les droits fondamentaux car chaque droit exprime une valeur qui ne peut laisser les pouvoirs publics indifférents et qui doit être concrétisée⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ S. MACLEOD et D. LEWIS, «Transnational Corporations : Power, Influence and Responsibility», *Global Social Policy*, 2004, vol. 4, p. 89; D. WEISSBRODT et M. KRUGER, «Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights», *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, pp. 901-922. Pour un aperçu de ces normes au niveau de l'Organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.), voy. la déclaration et les décisions de l'O.C.D.E. sur l'investissement international et les entreprises multinationales, novembre 2000, p. 14 (<http://www.oecd.org/document>) et la décision du Conseil de l'O.C.D.E. sur les principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales, 982^e réunion, 26-27 juin 2000, C/M(2000)17/PROV (http://www.oecd.org/document/46/0,3343,fr_2649_34889_1933102_1_1_1_1,00.html). Au niveau de l'Organisation des Nations unies, voy. le projet *United Nation Global Compact* (http://www.unglobalcompact.org/Issues/human_rights/) et le projet de la sous-commission des droits de l'homme établissant des normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 55^e session de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (<http://ap.ohchr.org/documents>). Au niveau de l'Union européenne, c'est le Livre vert «Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility», 17 juillet 2001, COM(2001)366 final, qui reste le texte le plus abouti.

⁽⁵¹⁾ UN Publication (New York), «Right to Adequate Food as a Human Right», Study Series, 1989, n° 1; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, «Questions de fond au regard de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – Le droit à une nourriture suffisante», observation générale n° 12, 12 mai 1999.

⁽⁵²⁾ Voy. M.C.R. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 106-152; H. DUMONT et I. HACHEZ, «Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites?», in *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal?* (dir. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK), Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 52; M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, Intersentia, 2003, pp. 147-257; M. VERDUSSEN et N. BONBLED, «Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge», in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 43-44.

⁽⁵³⁾ M. VERDUSSEN, «Le droit à un environnement sain dans les Constitutions d'États européens», *Annuaire international des droits de l'homme*, 2006, vol. 1, p. 348.

À cet égard, la clause éthique apparaît comme une concrétisation éminente des valeurs enchâssées dans les droits fondamentaux les plus essentiels. Elle incarne l'obligation de protection qui impose à l'État de faire respecter ces droits par les acteurs privés⁽⁵⁴⁾. Elle permet ainsi de protéger les individus contre les violations de droits fondamentaux commises par les entreprises. De manière plus indirecte, elle participe également au respect par l'État des droits fondamentaux, en ce que la conclusion de marchés publics assortis d'une clause éthique garantit que l'État ne s'ingère pas dans ces droits. Elles favorisent également la réalisation des droits fondamentaux en créant un espace propice au développement des entreprises respectueuses de ces droits.

La clause éthique apparaît ainsi comme un mécanisme qui peut garantir le respect, la réalisation et la protection de nombreux droits fondamentaux, comme le droit à la vie, au travail décent, à l'environnement, à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, à l'interdiction de l'esclavage, à l'alimentation, ou encore à la liberté d'expression.

La clause éthique peut, au demeurant, être analysée comme un mécanisme permettant de rendre tout à fait effectives les règles du «droit mou» (*soft law*) dont l'objet est d'imposer le respect des droits fondamentaux aux entreprises⁽⁵⁵⁾. Ces droits comprennent, entre autres, au niveau onusien, les «Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises», adoptées le 26 août 2003⁽⁵⁶⁾ et, au niveau européen, le Livre vert «Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises», adopté le

18 juillet 2001 par la Commission européenne⁽⁵⁷⁾.

Si la clause éthique est parfaitement légitimée par l'esprit des droits fondamentaux, elle contredit d'autres impératifs, liés cette fois à la libéralisation des marchés. Parce que la logique des droits fondamentaux et celle du commerce international sont loin de se recouper, la clause éthique, validée par la première, apparaît en porte-à-faux avec la seconde, y compris au sein des États qui sont eux-mêmes tiraillés entre des exigences budgétaires et la poursuite de fins collectives.

Ce malaise est observable, par exemple, dans le modèle Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) pour les marchés publics, censé harmoniser les marchés publics dans le respect des dispositions internationales applicables et qui ne laisse pas beaucoup de place pour les clauses éthiques, et spécialement pour les clauses humanitaires⁽⁵⁸⁾.

Cette contradiction entre logiques juridiques pourrait n'être que bénigne. Toutefois, les principes fondateurs de la libéralisation des échanges sont traduits dans le droit de l'O.M.C. avec une effectivité souvent supérieure à celle des traités relatifs aux droits fondamentaux. Car «la logique du droit de l'O.M.C. ne semble guère apte à protéger des intérêts autres que commerciaux», cette organisation n'ayant «pas été conçue pour assurer la protection des droits de l'homme»⁽⁵⁹⁾. Ainsi, la clause éthique, en dépit de sa légitimité, est particulièrement menacée par les prescrits de l'O.M.C. Manifestement, l'Accord de l'O.M.C. sur les marchés publics (A.M.P.)⁽⁶⁰⁾, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, ne laisse pas beaucoup de place pour l'insertion dans les marchés publics de clauses

(54) M. SSENYONJO, «Non State Actors and Economic, Social and Cultural Rights», in *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (dir. M.-A. BALDERIN et R. Mc CORQUODALE), Oxford University Press, 2007, pp. 109-135.

(55) Sur ces normes, voy. E. DE CANNART D'HAMALE, «La responsabilité sociale des entreprises : *soft law* ou *hard law* ?», *J.T.*, 2007, pp. 413-421.

(56) E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Voy. D. KINLEY et R. CHAMBERS, «The UN Human Rights Norms for Corporations : The Private Implications of Public International Law», *Human Rights Law Review*, 2006, vol. 6, pp. 447-497.

(57) COM (2001), 366 (<http://www.comite21.org/docs/economie/axes-de-travail/achats/livre-vert-rse.pdf>).

(58) Voy. S. ARROWSMITH, «Public Procurement : An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard», *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, vol. 53, p. 44.

(59) B. KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 237.

(60) [Http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf).

éthiques. Cet accord, qui a été renégocié plusieurs fois et dont le champ d'application s'est considérablement étendu au fil des ans, vise en effet avant tout la libéralisation des marchés publics et leur régulation sur la seule base des performances économiques. Malgré ces objectifs, l'Accord A.M.P. comporte un article établissant des exceptions. L'article XXIII prévoit qu'«aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie quelconque de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale». Il ajoute que «sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle, ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons».

En plus de cette exception générale, plusieurs États ont assorti leur engagement d'exemptions destinées à protéger certaines politiques sociales et certains marchés publics locaux ou spécifiques. Ainsi, les États-Unis ont exclu une application de l'Accord A.M.P. aux «*set asides for small and minority businesses*»⁽⁶¹⁾. De plus, ils ont également ob-

tenu une exception pour les marchés concernant les personnes handicapées ou encore pour les marchés publics visant à revaloriser certaines minorités⁽⁶²⁾. Le Canada a fait de même pour les minorités⁽⁶³⁾. Les Communautés européennes ont, en réaction, également adopté des limitations à leur engagement dans l'Accord A.M.P.⁽⁶⁴⁾.

Cependant, la portée de ces exemptions et exceptions ne s'étend pas à l'ensemble des clauses éthiques, comme l'a prouvé le recours des Communautés européennes et du Japon à l'encontre des «lois birmanes» qu'avait adoptées le Massachusetts⁽⁶⁵⁾. C'est que, globalement, les acteurs du droit du commerce international ne veulent pas avoir à lier ce droit à des considérations qui leur sont étrangères⁽⁶⁶⁾. À nouveau, la mesure du lien entre la clause éthique et l'objet du marché est donc déterminante.

Lorsque les clauses éthiques sont établies en lien direct avec l'objet du marché, elles sont souvent tolérées. Ainsi, les clauses sociales, liées aux conditions de travail, sont généralement admises, comme en attestent les nombreuses exemptions et exceptions reconnues pour les réglementations sociales dans l'Accord A.M.P., notamment dans l'article XXIII précité. Quant aux clauses environnementales, elles sont également justifiées dans le cadre de cette disposition.

En revanche, lorsque les clauses éthiques sont sans lien avec l'objet du marché, la conformité avec le droit de l'O.M.C. est une question passablement plus épineuse. En l'absence d'une décision de l'O.M.C. sur les clauses humanitaires, on ne peut que présumer de l'issue de la confrontation entre logique humaniste et logique économique. Peut-on relier les clauses humanitaires à l'article XXIII de l'Accord A.M.P. en se basant sur l'intérêt commun des États au respect des droits fondamentaux à travers le monde? Peut-on imaginer une interprétation de l'Accord A.M.P. qui soit

⁽⁶¹⁾ Appendice 1, USA, General Notes, § 1^{er}.

⁽⁶²⁾ Appendice 1, USA, Annexe 2.

⁽⁶³⁾ Appendice 1, Canada, General Notes § 1-d.

⁽⁶⁴⁾ C.E., CPA/IC/10, 16 janvier 1996, p. 8.

⁽⁶⁵⁾ WT/DS88/1; GPA/D3/1 WT/DS88; demande identique du Japon DS95 (recours devenu caduc).

⁽⁶⁶⁾ C. McCrudden, «International Economic Law and the Pursuit of Human Rights : A Framework of the Legality of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement», *Journal of International Economic Law*, 1999, vol. 2, pp. 3-48.

conforme aux traités internationaux en matière de droits fondamentaux? Ces questions restent ouvertes. D'aucuns objecteront que l'admission des clauses humanitaires se heurte à l'article VIII (b) de l'Accord A.M.P., parce qu'elle impose des conditions qui ne sont pas essentielles pour garantir la capacité de l'entreprise à remplir le contrat. On dira aussi qu'elle viole l'article X de l'Accord A.M.P., parce que le critère de qualification est basé sur des motifs politiques et non économiques. Par ailleurs, la compatibilité de la clause humanitaire avec l'article XIII de l'Accord A.M.P. est également sujette à discussion puisque l'attribution du contrat, dans le cas d'une telle clause, se fonde sur des motifs politiques et non économiques⁽⁶⁷⁾. Enfin, globalement, la démonstration de la nécessité de cette clause, et notamment de son efficacité, est difficile à établir⁽⁶⁸⁾.

Les clauses éthiques, parfaitement légitimées par les droits fondamentaux, sont donc affaiblies par le droit de l'O.M.C. Et elles seront d'autant plus fragilisées que l'issue de ce conflit de normes sera tranché au sein des organes de l'O.M.C. sur la base du droit économique, malgré les appels incessants à insérer, dans l'appréciation des organes de l'O.M.C., les dimensions internationales et constitutionnelles des droits fondamentaux⁽⁶⁹⁾.

Face à ces impasses, plusieurs solutions ont été proposées pour concilier les deux logiques. D'abord, l'on pourrait opérer des réorientations dans l'interprétation du droit de l'O.M.C. afin de ne pas assimiler clauses humanitaires et traitement discriminatoire. Ensuite, une interprétation large de l'exception liée à la moralité publique ou à l'ordre public sur la base de l'article XXIII serait possible. De plus, le test de la nécessité de la mesure, qui comprend un test de l'effectivité de celle-ci, devrait être assoupli. Plus généralement,

une interprétation conforme et cohérente du droit international des droits fondamentaux au sein des organes de contrôle du droit de l'O.M.C. devrait être envisagée⁽⁷⁰⁾. Elle pourrait éventuellement être accompagnée d'une coopération entre ces instances, notamment par le biais de rapports d'experts⁽⁷¹⁾. Une réforme globale des exemptions et exceptions liées aux droits fondamentaux dans le droit de l'O.M.C. serait également la bienvenue. Cette réforme permettrait peut-être de dépasser le problème de l'absence de compétence de cet organe en matière de droits fondamentaux – qui n'est pas sans rappeler celle de l'Union européenne en la matière⁽⁷²⁾ – afin que l'O.M.C. puisse assumer et affronter, de manière appropriée, les liens qui s'établissent chaque jour, pour le meilleur et pour le pire, entre logique commerciale et logique des droits fondamentaux.

C. Quelle effectivité pour les clauses éthiques?

Même si une conciliation est possible entre logique commerciale et logique des droits fondamentaux, il reste à s'enquérir de l'effectivité des clauses éthiques. Cette question n'est pas sans lien avec la précédente puisque, comme nous l'avons souligné, l'effectivité de ces clauses conditionne pour une part leur légitimité.

S'agissant des clauses éthiques liées à l'objet du marché, le lien qui les unit au marché public assure en partie leur effectivité. Le contrôle de leur respect est favorisé par ce lien. Ainsi, les clauses sociales et environnementales ne posent pas réellement de problème.

S'agissant des clauses humanitaires, la réponse est loin d'être aussi simple.

⁽⁶⁷⁾ Voy. l'argumentaire développé par les Communautés européennes et le Japon dans l'affaire des lois birmanes du Massachusetts : WT/DS88/1; GPA/D3/1 WT/DS88.

⁽⁶⁸⁾ C. McCrudden, *op. cit.*, pp. 42-46.

⁽⁶⁹⁾ E.U. Petersmann, «Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'», *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, pp. 795-796.

⁽⁷⁰⁾ Voy. les propositions de S.H. Cleveland, *op. cit.*, pp. 188-189. Voy. égal. C. McCrudden, *op. cit.*, pp. 29-45; E.U. Petersmann, «Human Rights and International Economic Law in the 21st Century», *Journal of International Economic Law*, 2001, vol. 4, pp. 3-39.

⁽⁷¹⁾ S.H. Cleveland, *op. cit.*, p. 189.

⁽⁷²⁾ Voy. not. A. Iliopoulou, «Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne», *Cab. dr. eur.*, 2007, p. 426.

Une hypothèque semble peser sur l'efficacité de ces clauses. Philippe Van Parijs a bien montré que les tentatives d'infléchissement de l'économie vers des valeurs plus éthiques – au sens large du terme (justice sociale, préservation de l'environnement, respect de l'individu, etc.) – viennent butter contre le mécanisme du marché et s'anéantissent, car «en raison de l'avantage concurrentiel dont jouissent les entreprises qui ne s'imposent aucune autre contrainte éthique que celle que motive la crainte de sanctions légales», ce mécanisme induit «l'extermination systématique – éthique comprise – des entreprises qui tentent de se conformer, malgré leur coût, à des exigences éthiques plus fortes que le simple respect de la loi»⁽⁷³⁾. À cela s'ajoute le fait que, dans le contexte d'un marché – des produits, du capital et du travail – de plus en plus mondialisé, les États eux-mêmes sont pris dans une logique de compétitivité et de rentabilité comparable à celle des entreprises. En effet, la liberté croissante dont jouissent les consommateurs, les épargnants, les investisseurs et les travailleurs réduit d'autant la marge de manœuvre de l'État à celle d'une entreprise qui doit «mériter l'offre de ses facteurs de production et la demande pour ses produits au lieu de pouvoir, à la manière d'un grand ménage, en disposer souverainement»⁽⁷⁴⁾. De plus, les États sont désormais astreints à des impératifs budgétaires stricts qui ne leur laissent plus beaucoup de marge de manœuvre. Bref, pour reprendre l'expression du bâtonnier Jakhian, «au besoin exprimé d'un minimum d'éthique répond l'acceptation silencieuse de l'abjection»⁽⁷⁵⁾.

Plus pragmatiquement, deux ordres d'écueils se posent quant à la mise en œuvre des clauses humanitaires. Le premier a trait à l'applicabilité de cette clause, le deuxième est relatif à son impact réel sur les gouvernements que l'on veut sanctionner.

En ce qui concerne la praticabilité des clauses humanitaires, trois difficultés surgissent.

La première difficulté concerne l'identification des États avec lesquels les entreprises ne doivent pas maintenir de liens commerciaux. Si l'on s'en tient à l'expérience belge, ce sont les rapports de la Commission des Nations Unies, aujourd'hui remplacée par le Conseil des droits de l'homme, qui devraient permettre cette identification. Or, la Commission comme le Conseil, dans leurs rapports, ont établi à plusieurs reprises la responsabilité pour crimes contre l'humanité et pour violations de l'interdiction de l'esclavage ou de pratiques assimilées, non seulement de régimes dictatoriaux, mais également de nombreux gouvernements considérés comme démocratiques. Ainsi, récemment, le Conseil des droits de l'homme a accusé l'État d'Israël de crimes de guerre. Face à cette réalité, les exigences de la *real politik* et les rapports de force rattraperont vite les ambitions éthiques, en faisant ainsi écho aux difficultés qui ont entouré la loi sur la compétence universelle. Le risque est dès lors de réduire le champ d'application des clauses humanitaires aux seules dictatures notoires.

La deuxième difficulté concerne l'identification des entreprises concernées. D'abord, dans un contexte d'opacité économique, il est parfois difficile de relier l'activité de myriades de filiales à l'entreprise «mère» avec laquelle l'État belge traitera. De plus, si l'on parvient à établir le lien entre l'entreprise et l'État coupable de violations graves des droits fondamentaux, la mesure de ce lien sera immédiatement sujette à interprétation. Entre la vente de sodas par Coca-Cola sur le territoire birman et l'implication de Total dans ce pays, y a-t-il une différence? Cette différence doit-elle être traduite sur le plan des clauses humanitaires? Et si cette différence est établie, doit-elle être traduite dans l'application de ces clauses? Autant de questions qui risquent encore d'amenuiser leur champ d'application, en les limitant aux cas les plus flagrants de violation massive des droits fondamentaux.

⁽⁷³⁾ P. VAN PARIJS, «L'éthique à l'épreuve du marché mondial», in *Variations sur l'éthique – Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1994, p. 733. Voy. égal. B. VAN DEN VEN et R. JEURISSEN, «Competing responsibility», *Business Ethics Quarterly*, 2005, vol. 15, n° 2, pp. 299-317.

⁽⁷⁴⁾ P. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 735.

⁽⁷⁵⁾ E. JAKHIAN, «Libres variations sur deux thèmes actuels», in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 433.

La troisième difficulté a trait à la constatation des éventuelles violations. Rien n'est plus difficile, pour les pouvoirs publics, que de contrôler le respect des droits fondamentaux à l'étranger par les entreprises concernées.

Enfin, en ce qui concerne l'impact réel des clauses humanitaires sur le comportement des États que l'on veut sanctionner, force est de constater qu'il est incertain. Des études ont montré que, dans certains cas, cet impact est négatif. Les clauses humanitaires présenteraient ainsi, en partie, les mêmes déficiences que les sanctions économiques pour le respect des droits fondamentaux⁽⁷⁶⁾. D'autres études établissent au contraire l'impact positif de ces clauses et de mécanismes comparables sur le respect des droits fondamentaux dans les États visés⁽⁷⁷⁾. Ces mécanismes seraient même plus efficaces que les décisions des organes de protection des droits fondamentaux⁽⁷⁸⁾.

Conclusion

L'insertion de clauses éthiques pose de nombreuses difficultés, qui s'accroissent lorsque la clause n'entretient plus qu'un lien distant avec l'objet du marché. La qualification juridique de ces clauses reste sujette à discussion. Les débats sur leur légitimité cristallisent la nécessité d'intégrer des logiques qui ne se concilient pas aisément.

Faut-il pour autant baisser pavillon? L'État n'est pas une entreprise comme une autre. Sa vocation est ailleurs. Les missions qu'il doit assumer procèdent d'une rationalité spécifique et autonome, qui le distingue des autres groupes sociaux. C'est ainsi qu'on attend d'un État, entre autres tâches essentielles, qu'il mobilise une solidarité commune – un «patriotisme solidaire», selon l'expression de Philippe Van Parijs⁽⁷⁹⁾ – autour de projets de société, porteurs d'une vision prophétique de la société. Dans un avenir mondialisé, «la forme étatique, toute transformée, recomposée et complétée qu'elle puisse être, reste le lieu vital du consensus démocratique, seul susceptible de fonder légitimement une action collective non violente»⁽⁸⁰⁾.

En aucun cas, il ne s'agit de nier les principes propres au libéralisme économique. Bien au contraire, il s'agit, tout en les admettant «comme moteurs de la vie collective», de considérer que le rôle de l'État «est d'utiliser leurs forces (en les orientant, les stimulant ou les freinant) à l'amélioration de l'ordre existant»⁽⁸¹⁾. Son rôle est de les situer à l'horizon des valeurs les plus essentielles à la communauté. La protection des droits fondamentaux de l'être humain fait désormais partie intégrante de ces valeurs, même si la question reste posée de savoir quels droits fondamentaux «méritent», par leur statut éminent, d'être visés par les clauses éthiques⁽⁸²⁾.

C'est incontestablement un défi. Mais l'enjeu en est inestimable.

⁽⁷⁶⁾ D. PEKSEN, «Better or Worse? The Effect of Economic Sanctions on Human Rights», *Journal of Peace Research*, 2009, vol. 46, pp. 59-77.

⁽⁷⁷⁾ E.M. HAFNER-BURTON, «Trading Human Rights : How Preferential Trade Agreements Influence Government Repression», *International Organizations*, 2005, vol. 59, pp. 593-629.

⁽⁷⁸⁾ *Idem*.

⁽⁷⁹⁾ P. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 742.

⁽⁸⁰⁾ F. CREPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 7.

⁽⁸¹⁾ G. BURDEAU, *L'État*, Paris, Seuil, 1970, pp. 162-163.

⁽⁸²⁾ Voy. A. GOSSERIES, «Marchés publics, libre échange et clause éthique – À propos d'une initiative belge», *Éthique publique*, 2002, vol. 4, pp. 91-104.