

Charlotte Denizeau-Lahaye*

MARCHÉS PUBLICS ET DROITS DE L'HOMME

UDK / UDC: 35.072.53 : 342.7 (44)

DOI: 10.31141/zrpfjs.2025.62.156.301

Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper

Primljeno / Received: 14.2.2025.

Le lien entre les marchés publics et les droits de l'homme ne semble pas aller de soi. Les marchés publics répondent à une logique marchande. Il s'agit de marchés conclus par des personnes publiques, entités adjudicatrices, pour satisfaire des besoins en matière de travaux, de fourniture et de services¹ en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent². Les acheteurs publics doivent respecter certains principes au moment de la passation et de l'attribution du marché : égalité de traitement des candidats, liberté d'accès, transparence des procédures. Ces principes doivent permettre d'assurer l'efficacité de l'action administrative et la bonne utilisation des deniers publics³. Selon un critère bien établi, le marché est attribué à celui qui fait l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour cela, les acheteurs se fondent sur le prix du marché, sur des critères liés à l'objet du marché et ses conditions d'exécution, à la qualité (valeur technique), aux délais d'exécution de livraison, à l'organisation, aux qualifications, à l'expérience⁴. L'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui répond le mieux aux besoins et aux critères d'attribution définis par l'acheteur public, tout en présentant le meilleur rapport qualité-prix.

Dans ce contexte économique et contractuel, les droits de l'homme ne semblent pas trouver leur place, presque antinomiques avec l'efficacité de l'action administrative et la bonne utilisation des deniers publics. Certes les droits fondamentaux, protégés à un rang constitutionnel et conventionnel, s'imposent à toutes les autorités publiques

* Charlotte Denizeau-Lahaye, Maître de conférences Hors classe Université Paris Panthéon-Assas; Co-directrice du Master de Droit public comparé.

¹ L'article L2 du Code de la commande publique : « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières ».

² Article L1111-1 du Code de la commande publique : « Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

³ Article L3 du Code de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

⁴ Voir l'article R2152-7 du Code de la commande publique.

qu'elles soient législative, exécutive et judiciaire et donc aux entités adjudicatrices en tant que personnes ou émanations de la personne publique. Universels, ces droits apportent des garanties aux individus, protégés contre les éventuels dérives et abus liberticides de la puissance publique. Mais il ne semble pas qu'ils puissent intervenir dans les procédures de la commande publique que ce soit au moment de la mise en concurrence pour un marché public ou une concession, puis de leur attribution et enfin de leur exécution. Dans leur logique initiale, les finalités principales du droit des marchés publics étaient fondées sur une stratégie croissancielle⁵, visant à stimuler la concurrence, afin de développer le marché commun. Elles n'intégraient pas à de finalités subsidiaires qu'elles soient sociales ou environnementales.

Tel fut la situation pendant de nombreuses années: une indifférence assumée de part et d'autre et l'absence d'interactions entre marchés publics et droits de l'homme. Les impératifs économiques, liés à une bonne gestion publique dans l'intérêt général, primaient sur toute autre considération. On voyait mal comment les droits de l'homme auraient pu être intégrés au processus contractuel et à quel stade. Néanmoins dans un contexte mondial globalisé où les exigences en matière de droits environnementaux et sociaux n'ont fait que croître, une telle ignorance ne pouvait être pérenne.

Depuis le début des années 2000, les choses ont changé : un mouvement de rapprochement a été opéré avec l'insertion progressive, par la voie de la *soft law*, de clauses éthiques dans les marchés publics. Le processus s'est accéléré au cours de ces dernières années, et particulièrement durant l'été 2024 avec l'adoption d'une directive européenne qui concerne autant la France que la Croatie (comme les 27 Etats membres), toutes deux tenues de la transposer dans un délai de deux ans. Publiée au Journal officiel de l'Union européenne, le 5 juillet 2024, la directive du 13 juin 2024 n°2024/176 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité⁶, vise à faire respecter les droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement. Inspirée par le droit français, elle fixe de nouvelles obligations aux entreprises en matière de vigilance quant aux risques liés à leur activité sur l'environnement et sur les droits humains. Elle prévoit que leur respect pourra être pris en compte par les acheteurs publics dans la passation et dans l'exécution des marchés publics et des concessions.

L'un des principaux défis contemporains en matière de droits de l'homme est de mettre fin aux atteintes aux droits humains dans les chaînes d'approvisionnement

⁵ PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 février 2014 *sur la passation des marchés publics*

⁶ et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859 » entre en vigueur ce 25 juillet 2024

mondiales de produits⁷, tels que les chaînes de confection et de production de vêtements, les chaînes de production d'ordinateurs ou téléphones portables (de l'extraction de minerais à l'assemblage des outils informatiques), les chaînes de production meubles ou de fournitures... Dans ces chaînes, il est établi qu'il existe d'importantes et régulières violations des droits humains liées à l'exploitation des travailleurs, aux conditions de travail dangereuses, à l'emploi des enfants, au travail forcé maintenant les travailleurs dans des états proches de l'esclavage ou de la servitude. Cet ensemble de pratiques constitue des traitements inhumains et dégradants, contraires à de nombreuses conventions internationales en vigueur. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent fermer les yeux sur ces pratiques ; ils sont par ailleurs eux-mêmes liés par les textes conventionnels et constitutionnels qui les interdisent. C'est pourquoi les législateurs, nationaux comme européen, se sont emparés du sujet. Désormais l'on attend des pouvoirs adjudicateurs qu'en parallèle des objectifs économiques qui restent cruciaux, ils s'attachent à protéger des objectifs sociaux et environnementaux. Ce sont donc essentiellement les droits sociaux des travailleurs et aussi les droits relatifs au respect de l'intégrité physique qui sont en jeu. Quant aux objectifs environnementaux, il ne fait plus de doute qu'aujourd'hui le droit à un environnement sain est un droit fondamental. Qualifié de droit de la troisième, voire la quatrième génération, il est protégé à un rang constitutionnel en France dans la Charte de l'environnement de 2004 qui a été insérée dans la Constitution par une révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. A l'échelle européenne, la Cour européenne des droits de l'homme l'a consacré comme un droit fondamental par le truchement de l'article 8 relatif au respect de la vie privée et du domicile⁸ et l'article 1^{er} de son premier Protocole (protection de la propriété). La garantie est aussi assurée par la Charte des droits fondamentaux, dont le préambule prévoit que « la jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ». L'article 37 de la Charte prévoit ensuite qu'« un niveau élevé de protection de l'environnement et d'amélioration de sa qualité doivent être

⁷ F. Lindtich, « Comment veiller au respect des droits de l'homme au travail dans les chaînes d'approvisionnement », *Contrats et marchés publics*, n°10, octobre 2021, alerte 43.

Examen : www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/AR_guide_thematique_DH_VF.pdf

M. Kessous, « Droits de l'homme et chaîne d'approvisionnement : quelle vigilance de l'acheteur », *Revue internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, n°4, juillet 2021, comm. 166.

Nouveau guide : www.economie.gouv.fr/daj/guide-sur-les-aspects-sociaux-de-la-commande-publique; Commentaire F. Lindtich, « Nouvelle édition du guide sur les aspects sociaux de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, n°2, Février 2024, alerte 3.

⁸ CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, req. n° 16798/90. Elle énonce que l'intérêt économique ne saurait l'emporter sur le droit des personnes à jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé (CEDH, 30 mars 2010, *Bacila c/ Roumanie*, req. n°19234/04).

intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable »⁹.

Avant de présenter la directive européenne du 13 juin 2024 et ses implications pour les entités adjudicatrices (II), il convient de revenir sur l'évolution et la prise de conscience qui ont conduit le Parlement européen et le Conseil à adopter un tel dispositif (I). Seront ensuite soulevées quelques interrogations quant à la nature et l'étendue de la contrainte pesant sur les acheteurs publics dans le contrôle de la prise en compte du respect des droits de l'homme par les entreprises candidates (III).

Ces interrogations seront suivies de réflexions conclusives plus générales sur les nouvelles obligations en matière de droits de l'homme pesant sur les entités privées¹⁰ et venant ici se répercuter sur les personnes publiques, dans une sorte de mouvement circulaire.

1. LA PROGRESSIVE PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME DANS LES MARCHES PUBLICS

A compter du début des années 2000, fut introduite dans le débat public la question de l'insertion des clauses éthiques dans les marchés publics. Les préoccupations environnementales et sociales firent leur apparition. Dans un article précurseur sur la question, Marc Verdussen en 2004 s'interrogeait sur ce rapport entre marchés publics et droits de l'homme¹¹. La question suscitait alors un certain intérêt dans la doctrine belge, mais rien dans la doctrine, ni la pratique française.

En France, il faut attendre le début des années 2010 pour que les acheteurs publics commencent à se doter de chartes éthiques, appelées aussi Chartes déontologiques ou guides pratiques de déontologie de l'achat publics¹². Ces chartes ont un double objet dont un seul nous intéresse ici. Elles visent d'un côté à garantir l'intégrité, la probité et plus globalement la déontologie¹³ des agents en charge de l'achat. Et de l'autre, elles visent à renforcer leurs obligations éthiques par la prise en compte globale des dimensions environnementales et sociales dans les procédures de passation des marchés. Progressivement à la suite de ses chartes, instruments de droit mou (*soft*

⁹ En 2004, G. Braibant se montrait très critique sur cette occasion manquée pour les conventionnels par cette protection en demi-teinte : il soulignait qu'« en dépit de son importance dans le monde actuel et pour l'avenir de l'humanité, la protection de l'environnement est l'un "des parents pauvres" de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » G. Braibant, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, dossier : Constitution et environnement, n°15, janvier 2004.

¹⁰ *Puissances privées et droits de l'homme*, J. Andriantsimbazovina (dir.), Mare et Martin, 2024, 332 p.

¹¹ M. Verdussen, « Marchés publics et droits de l'homme », *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant : Bruxelles, 2004, p. 1139-1149.

¹² Lire V. Coq, « Commande publique. La Charte éthique dans les marchés publics », *Contrats et marchés publics*, n°4, avril 2019, étude 4.

¹³ Cette prise en compte n'est pas nouvelle (en témoigne la loi du 13 juillet 1983 relative au statut des fonctionnaires mais comme l'a exposé Didier Truchet, la déontologie a longtemps été reléguée au second plan. Lire D. TRUCHET, « Le besoin de déontologie », *AJDA*, 2010, p. 2129.

law), les législateurs ont décidé de réguler ces politiques en introduisant un devoir de vigilance dans le droit positif, devoir surveillé par les entités adjudicatrices lors de la passation et l'exécution des marchés.

Plusieurs États durant les dix dernières années ont introduit de tels dispositifs : les Pays-Bas, la Norvège, le Royaume-Uni. Pour un panorama exhaustif, il convient de lire l'étude récente du sénat consacré au sujet¹⁴. Tenons-nous-en ici au droit français et allemand.

Le droit français

En droit français, le devoir de vigilance a été instauré par la loi du 27 mars 2017, *relative à la responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. Le devoir de vigilance se définit comme l'obligation imposée aux grandes entreprises de détecter les risques et de prévenir les atteintes graves aux droits humains, à la santé, à la sécurité des travailleurs ainsi qu'à l'environnement, susceptibles de résulter de leurs activités, de celles de leurs filiales ou de leurs sous-traitants. Cette obligation s'apparente à l'idée anglo-saxonne de *due diligence*, qui désigne un ensemble de principes et de mécanismes que les entreprises sont encouragées à adopter dans leur organisation, afin d'anticiper, prévenir et corriger les effets négatifs que leurs activités, produits ou services peuvent avoir sur les droits de l'homme. L'expression peut également être traduite par l'expression anglaise *duty of care*, qui en *common law*, fait référence à l'obligation légale pour une personne de s'abstenir, par ses actes ou omissions, de causer un dommage à autrui. Cette notion constitue un élément essentiel dans l'établissement de la négligence en droit anglo-saxon.

La loi pose une obligation pour les entreprises d'établir un plan de vigilance comprenant une cartographie des risques en matière de droits humains, de libertés fondamentales, de santé, de sécurité des personnes et de l'environnement, ainsi une description des mesures visant à prévenir et atténuer ces risques. La loi s'applique aux entreprises de plus de cinq-mille salariés dont le siège social est établi en France et de plus de cent-milles salariés si leur siège est à l'étranger.

Ce devoir de vigilance incombe d'abord aux entreprises mais il se répercute sur les acheteurs publics. Créé par la loi du 22 août 2021¹⁵, le nouvel article L3-1 du code de la commande publique dispose que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code* ». Ce nouvel article, témoigne de ce que la commande publique est devenue aujourd'hui un instrument au service des politiques sociale et environnementale. Il est placé au même plan que les principes fondamentaux de la commande publique énoncés à

¹⁴ « Le devoir de vigilance des entreprises », Sénat, Etude de législation comparée, n°333, juin 2014. <https://www.senat.fr/notice-rapport/2023/lc333-notice.html>

¹⁵ Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

l'article L3¹⁶. L'évolution n'est pas seulement symbolique car cet article emporte des conséquences juridiques. Le droit de la commande publique s'engage ainsi dans la voie du «verdissement», afin de mieux prendre en compte les objectifs de développement durable, et du respect des droits sociaux des travailleurs.

La loi n°2021-1104 du 22 août 2021 et son décret d'application n°2022-767 du 2 mai 2022, ont introduit diverses dispositions significatives¹⁷ relatives aux spécifications techniques qui définissent le besoin¹⁸, aux critères de choix¹⁹ ou encore aux conditions d'exécution²⁰. La loi n°2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte a poursuivi dans cette voie: on relèvera l'extension du champ d'application de l'obligation d'adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et économiquement responsables²¹, des précisions sur les modalités de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse²², de nouveaux cas d'exclusion des procédures de passation des marchés et des concessions²³, des simplifications dans la passation des marchés par les entités adjudicatrices, qui jouent souvent un rôle important dans la transition énergétique²⁴.

Depuis la loi Climat et résilience de 2021, les entreprises qui n'auraient pas réalisé leur plan de vigilance peuvent se voir exclues des procédures d'attribution des marchés publics²⁵. Mais il faut souligner, comme nous le verrons *infra*, que ce motif d'exclusion est facultatif. Il reste à l'appréciation de l'acheteur public. Il n'y a pas de réelles contraintes pesant sur les entités adjudicatrices.

Le droit allemand

Il existe en Allemagne une clause de vigilance pouvant conduire, en cas de non-respect, à l'exclusion de l'attribution des marchés publics. La loi sur le devoir de vigilance des entreprises pour éviter les violations des droits de l'homme dans les chaînes d'approvisionnement – couramment appelée « *loi sur les chaînes d'approvisionnement* » (*Lieferkettengesetz*) – a été adoptée par le Bundestag le 16 juillet 2021. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2023. Elle prévoit deux types de sanctions administratives. D'un côté, des sanctions financières si les entreprises

¹⁶ H. Hoepffner, « Contrats / Commande publique - Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à "l'efficacité" ? » - La vision théorique », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 46, 21 novembre 2022, 2320.

¹⁷ avec une entrée en vigueur au plus tard le 22 août 2026.

¹⁸ Art. L. 2111-2 et L. 3111-2 du Code de la commande publique.

¹⁹ Art. L. 2152-7, L. 3124-5, R. 2152-7 et R. 3124-4 du Code de la commande publique.

²⁰ Art. L. 2112-2 et L. 3114-2 du Code de la commande publique.

²¹ Art. L. 2111-3 du Code de la commande publique.

²² Art. 2152-7 du Code de la commande publique.

²³ Art. L. 2147-2 et L. 3123-7-2 du Code de la commande publique.

²⁴ Art. L. 2113-11, L. 2151-1 et L. 2152-7 du Code de la commande publique.

²⁵ A. Messin-Roizard, J. Orier, Y. Bachene, « Nouveau motif d'exclusion de soumissionnaires introduit par la loi Climat et Résilience », *Revue Contrats publics*, n° 226, décembre 2021.

ne respectent pas leurs obligations²⁶, mais surtout, il est prévu que les entreprises qui ont enfreint la loi, se voient infliger une amende d'un certain montant et peuvent être exclues de l'attribution de marchés publics pendant une période maximale de trois ans.

La loi allemande couvre principalement les droits de l'homme, le droit du travail et, de façon plus marginale, la protection de l'environnement. L'article 2, paragraphe 1, de la loi précise que les droits protégés sont ceux découlant des conventions relatives à la protection des droits de l'homme énumérées en annexe, à savoir les principales conventions de l'Organisation internationale du travail et les deux pactes internationaux des Nations unies de 1966 (relatif aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels). Le risque en matière de droits de l'homme est une situation dans laquelle, sur la base de circonstances de fait, il existe un risque raisonnable de violation d'un certain nombre d'interdictions énumérées par la loi et non limitatives, parmi lesquelles l'interdiction du travail des enfants, du travail forcé, de l'esclavage, la méconnaissance des obligations de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, les violations de la liberté de négociation collective, l'interdiction des discriminations au travail et l'interdiction de privation d'une rémunération adéquate.

Mais aujourd'hui ces dispositifs ne peuvent plus être régulés au seul plan national : la volonté de responsabiliser les entreprises multinationales, dont les activités se déploient dans une économie mondiale globalisée, nécessite un traitement à plus grande échelle. Le droit de l'Union européenne s'est emparé du sujet produisant une directive qui devra être transposée dans les deux ans à venir.

2. L'EUROPEANISATION DE LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME DANS LES MARCHES PUBLICS : LA DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE

Le devoir de vigilance est désormais inscrit dans le droit de l'Union européenne. Inspiré de la loi française de 2017, précurseur en la matière²⁷, la directive du 13 juin 2024, appelée directive CSDD (pour *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*)²⁸, est entrée en vigueur le 26 juillet 2024. Comme le rappelle l'avant-propos de la directive, un niveau élevé de protection de l'environnement et

²⁶ Si les entreprises ne respectent pas leurs obligations en matière d'analyse des risques, de mise en place d'une procédure de plainte, de mesures de prévention et de correction efficace des violations connues des droits de l'homme ou de l'environnement, elles s'exposent à des amendes pouvant aller jusqu'à 8 millions d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires annuel. Les amendes liées au chiffre d'affaires ne s'appliquent qu'aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 400 millions d'euros.

²⁷ B. Cazeneuve et P. Sellal, « Projet de directive concernant un devoir de vigilance européen : quels défis pour les entreprises assujetties ? », *Dalloz actualité*, 2 Juin 2022.

²⁸ Directive 2024/1760 UE 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 » entre en vigueur ce 25 juillet 2024.

d'amélioration de sa qualité, ainsi que la promotion des valeurs fondamentales européennes font partie des priorités de l'Union²⁹. Ces objectifs supposent la participation, non seulement des autorités publiques, mais aussi des acteurs privés, en particulier des entreprises.

Dans une communication du 14 janvier 2020 *sur une Europe sociale forte pour des transitions justes*, la Commission s'était engagée à moderniser l'économie sociale de marché de l'Europe pour réussir une transition juste vers la durabilité, en veillant à ce que personne ne soit laissé pour compte. La directive du 13 juin 2024 contribue à l'élaboration du socle européen des droits sociaux, qui fait la promotion des droits garantissant des conditions de travail équitables. Elle fait partie des politiques et stratégies de l'Union relatives à la promotion du travail décent dans le monde, y compris dans les chaînes de valeur mondiales, comme l'a à nouveau rappelé la Commission dans sa communication du 23 février 2022 sur le travail décent dans le monde.

Dans ce contexte, la directive fixe de nouvelles obligations aux entreprises en matière de vigilance concernant les risques et les incidences négatives (synonymes d'atteintes graves) liés leur activité sur leur environnement³⁰ et les droits de l'homme, « *qu'elles soient réelles ou potentielles, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations réalisées par leurs partenaires commerciaux dans les chaînes d'activités de ces entreprises* ». Les obligations s'appliqueront, à terme, à toutes les entreprises de mille salariés et réalisant un chiffre d'affaires net de plus de 450 millions d'euros, ainsi qu'aux sociétés mères des groupes ayant atteint ces seuils. Des cas d'exemptions sont prévus.

Obligations

Les entreprises devront élaborer une politique en matière de vigilance, construite sur trois actions : une description de l'approche de l'entreprise sur ces thématiques, l'adoption d'un code de conduite pour l'entreprise, ses filiales et ses partenaires commerciaux directs et indirects et enfin une description des procédures mises en place pour appliquer cette politique. L'entreprise doit prévoir une cartographie et une évaluation des incidences négatives de ses différentes entités.

En transposant la directive, les États membres doivent veiller à ce que les entreprises intègrent le devoir de vigilance dans toutes leurs politiques et tous leurs systèmes de gestion des risques pertinents et mettent en place une politique en matière de devoir de vigilance qui garantisse un devoir de vigilance fondé sur les risques après concertation avec les salariés de l'entreprise et leurs représentants, qui contienne plusieurs éléments suivants: une description de l'approche de l'entreprise, y compris à long terme, en matière de devoir de vigilance; un code de conduite décrivant les règles et principes à suivre dans l'ensemble de l'entreprise et de ses filiales, et par ses partenaires commerciaux directs ou indirects ; une description des

²⁹ Article 191 du TFUE.

³⁰ La directive s'inscrit dans le Pacte vert pour l'Europe visant la neutralité Carbone de l'Union européenne d'ici 2050, laquelle prévoit aussi l'obligation pour les entreprises de prévoir un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique.

procédures mises en place pour intégrer le devoir de vigilance dans les politiques pertinentes de l'entreprise et mettre en œuvre le devoir de vigilance, y compris les mesures prises pour vérifier le respect du code de conduite.

Les États doivent veiller à ce que les entreprises prennent des mesures appropriées pour recenser et évaluer les incidences négatives réelles et potentielles découlant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes d'activités, de celles de leurs partenaires commerciaux et prennent les mesures pour cartographier leurs propres activités³¹, afin de recenser les domaines généraux dans lesquels les incidences négatives sont les plus susceptibles de se produire et d'être les plus graves.

Ensuite l'entreprise devra définir les actions permettant de prévenir, atténuer, réduire *a minima* voire supprimer les incidences négatives. La transposition de la directive devra garantir que les entreprises prennent les mesures appropriées pour prévenir ou, lorsque la prévention n'est pas possible ou pas possible dans l'immédiat, pour atténuer de manière adéquate les incidences négatives potentielles qui ont été ou auraient dû être recensées ou pour mettre un terme aux incidences négatives réelles qui ont été ou auraient dû être recensées et enfin pour réparer une incidence négative.

Les États devront s'assurer que les entreprises permettent aux personnes physiques ou morales³² de déposer des plaintes auprès d'elles en cas de préoccupations légitimes sur l'environnement fait l'objet de la plainte.

Les entreprises devront procéder à des évaluations périodiques de leurs propres activités, de celles de leurs filiales, de leurs partenaires commerciaux. Ces évaluations devront être fondées sur des indicateurs qualitatifs et quantitatifs. Sur leur site, les entreprises devront publier une déclaration annuelle.

Des mesures d'accompagnement doivent être mises en place par les États membres notamment afin d'informer les PME qui pourraient être présentes dans la chaîne d'activité d'une entreprise concernée.

Sanctions

Des sanctions financières sont prévues en cas de manquement. Elles seront mises en recouvrement par les États qui instaureront des autorités de contrôle chargées de veiller au respect de leurs obligations. Ce dispositif, qui n'avait pas été prévu par la loi française, était attendu pour garantir l'efficacité de la loi. Chaque État membre déterminera le régime des sanctions, y compris pécuniaires, applicables aux violations des dispositions nationales de transposition. Ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre de ces sanctions. Lorsque des sanctions pécuniaires sont imposées, elles seront fondées sur le chiffre d'affaires net

³¹ Mais aussi celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes d'activités, celles de leurs partenaires commerciaux

³² les personnes physiques ou morales qui sont touchées ou ont des motifs raisonnables de croire qu'elles pourraient être touchées par une incidence négative, et les représentants légitimes de ces personnes agissant en leur nom, tels que les organisations de la société civile et les défenseurs des droits de l'homme; mais aussi syndicats et organisations de la société civile.

au niveau mondial de l'entreprise. Le plafond maximal des sanctions pécuniaires est de 5 % au moins du chiffre d'affaires net mondial réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédant la décision d'infliger une amende. En outre, basée sur la pratique du « *name and shame* », la directive énonce que des déclarations publiques pourront être faites pour dénoncer publiquement les entreprises qui se soustrairaient au paiement de l'amende infligée.

Devoir de vigilance et marchés publics

A quel endroit la directive vient-elle interagir avec le droit de marchés publics ? Ce sera à deux stades : au moment de la passation puis de l'exécution des marchés.

- Dans le cadre de l'attribution des marchés publics, les États disposent d'un outil fort pour contraindre les entreprises à respecter leurs obligations.

La directive prévoit que le respect des obligations pourra être pris en compte par les acheteurs publics dans la passation et l'exécution des marchés publics et des concessions. Les obligations pourront « être considérées comme un aspect environnemental ou social que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en compte en tant que critères d'attribution des marchés publics et des contrats de concession ».

- La directive prévoit aussi que ces obligations puissent constituer des conditions d'exécution environnementales ou sociales des contrats de la commande publique.

Point 92.

« Les États membres devraient veiller à ce que le respect des obligations découlant des dispositions du droit national transposant la présente directive ou leur mise en œuvre volontaire puissent être considérés comme un aspect ou un élément environnemental et/ou social que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément aux directives 2014/23/UE, 2014/24/UE, et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, prendre en compte en tant que critères d'attribution des marchés publics et des contrats de concession ou fixer pour l'exécution de ces marchés ou contrats. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché, y compris une procédure d'attribution de concession, le cas échéant, s'ils peuvent démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur a manqué à ses obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, y compris celles découlant de certains accords internationaux ratifiés par tous les États membres et énumérés dans ces directives, ou que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité. Afin de garantir la cohérence de la législation de l'Union et de soutenir sa mise en œuvre, la Commission devrait évaluer s'il est opportun de mettre à jour l'une de ces directives, en particulier en ce qui concerne les exigences et les mesures que les États membres doivent adopter pour garantir le respect des

obligations en matière de durabilité et de vigilance tout au long des procédures de passation de marchés et de concession ».

L'article 31 de la directive intitulé *Aide publique, marchés publics et concessions publiques* stipule que :

« les États membres veillent à ce que le respect des obligations découlant des dispositions du droit national transposant la présente directive ou leur mise en œuvre volontaire puissent être considérés comme un aspect environnemental ou social que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément aux directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, prendre en compte en tant que critères d'attribution des marchés publics et des contrats de concession, et comme une condition environnementale ou sociale que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, conformément auxdites directives, fixer pour l'exécution des marchés publics et des contrats de concession ».

3. L'EFFECTIVITE DU DISPOSITIF EUROPEEN POUR PROTEGER LES DROITS DE L'HOMME DANS LES MARCHES PUBLICS

La lecture de la directive suscite quelques réflexions.

Il apparaît que le devoir de vigilance est bien exposé et détaillé concernant les entreprises et leurs filiales. Les États en transposant la directive devront prévoir tous les outils juridiques (notamment la mise en place des autorités de contrôle) pour s'assurer que les entreprises respectent leurs différentes obligations, lesquelles sont particulièrement détaillées, largement inspirées du dispositif français. De ce point de vue-là, la directive remplit son office conformément aux différents engagements pris depuis 2020 par la Commission européenne, afin que les objectifs de développement durable et de respect des droits humains et environnementaux soient garantis.

S'agissant de l'articulation avec les marchés publics, le texte est plutôt décevant. Pour l'heure il n'y a aucune obligation pour les entités adjudicatrices. Les États peuvent, au moment de la transposition, décider que les aspects sociaux et environnementaux soient pris en compte pour l'attribution puis l'exécution du marché. L'usage du verbe « pouvoir » indique précisément que les États n'y sont pas tenus. Or il s'agit ici d'une directive européenne et non d'un règlement. Elle doit être transposée, laissant toute latitude aux États quant au choix des moyens dès lors qu'ils respectent le but poursuivi par la directive. Mais ici la directive n'est pas spécialement claire puisqu'elle laisse une option, une possibilité aux États. Il n'y a ici aucune obligation de résultat en la matière. Toutefois l'exposé des motifs de la directive laisse entendre que l'Union européenne pourrait légiférer sur cette question. Il est en effet indiqué que la Commission devrait évaluer s'il est opportun de mettre à jour les directives de 2014, en particulier en ce qui concerne les exigences et les mesures que les États membres doivent adopter pour garantir le respect des

obligations en matière de durabilité et de vigilance tout au long des procédures de passation de marchés et de concession. Dès lors il n'est pas exclu qu'un texte soit prochainement proposé par la Commission pour renforcer le dispositif.

Il est certain que s'il n'y pas d'obligations contraignantes pour les entités adjudicatrices, les finalités économiques risquent de toujours primer sur les préoccupations environnementales et sociales. Ces dernières se heurteront systématiquement aux réalités des pratiques d'achat³³.

Est-ce pour autant un retour au point de départ ou un coup d'épée dans l'eau ? Assurément non. Le processus enclenché se réalisera par étape. La première est la mise en place du devoir de vigilance pour les entreprises. Ce changement de paradigme est lourd et implique tout autant des actions juridiques concrètes qu'un changement profond des mentalités. La seconde étape pour les marchés publics se réalisera lorsque la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales sera obligatoire pour les entités adjudicatrices, au moment de la sélection des entreprises et sera une condition de réalisation du marché. Il ne fait guère de doute que cette étape interviendra à court ou moyen terme³⁴.

Avant les textes législatifs nationaux et européens, la voie de la *soft law* a été longtemps privilégiée comme vecteur d'éthique dans les marchés publics³⁵. Aujourd'hui les pouvoirs publics se sont engagés pour inscrire ces obligations dans le droit dur. L'adoption d'une directive européenne était donc nécessaire « afin de créer un *level playing field* »³⁶.

Il reste que les entités adjudicatrices peuvent déjà dans leur cahier des charges introduire des critères sociaux et environnementaux, en particulier en France depuis la loi de 2021. Le code de la commande publique prévoit déjà un certain nombre de

³³ B. Verbrugge, « Les droits de l'homme dans les marchés publics : les opportunités règlementaires se heurtent aux réalités des pratiques d'achat », *Research institute for work and society*, 2021. Voir aussi « *Publics procurement and human rights, opportunities, obstacles and policy pathways*, B. Verbrugge et D. Gillis, 2021, 34 p. <https://hiva.kuleuven.be/en/research/theme/globaldevelopment/p/publications/PPandHR>

Toutefois, il faut souligner le risque de détérioration de l'image publique pour un pouvoir adjudicateur qui travaillerait avec un fournisseur ne respectant pas le devoir de vigilance. La SNCF par exemple, en tant qu'entité adjudicatrice, assortit déjà systématiquement ses marchés publics de clauses sur ces sujets. Elle joue le jeu de la *soft law* en adoptant « une raison d'être », se qualifiant d'« entreprise à mission ». Dès lors même sans contrainte législative et réglementaire, elle ne peut prendre le risque, comme de nombreuses autres entreprises, d'écorner son image avec un fournisseur inquiet pour manquement au devoir de vigilance concernant les droits sociaux et environnementaux.

³⁴ A l'heure des réseaux sociaux, il faut souligner l'obsession des entreprises de l'image qu'elles donnent. Les services communication sont en train de supplanter les services juridiques.

³⁵ « Depuis quelques années, les considérations éthiques ont été pleinement intégrées dans le droit positif des marchés publics. Face à des problématiques persistantes, le recours au droit souple apparaît de plus en plus privilégié, en complément du droit dur. Si la finalité est la même, la progression du droit souple comme vecteur d'éthique dans les marchés publics doit tout de même être interrogée du point de vue de son efficacité ». Ch. Testard, « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », *Ethique publique*, 2021, vol. 23 n°1.

³⁶ B. Cazeneuve, A. Mennucci, « Le devoir de vigilance européen : instrument de promotion d'un modèle de gouvernance vertueux », *Groupe d'études géopolitiques*, Juin 2023, <https://geopolitique.eu/articles/le-devoir-de-vigilance-europeen-instrument-de-promotion-dun-modele-de-gouvernance-vertueux/>

dispositifs. La démarche n'est pas obligatoire mais les entités adjudicatrices ont tout intérêt à se montrer vertueuses et pro-actives en la matière. On ne peut d'un côté exiger des entreprises privées qu'elles fassent des efforts pour prendre en compte le devoir éthique de protéger les droits humains et l'environnement et de l'autre tolérer que les acheteurs publics n'y participent pas. L'effort et la démarche ne peuvent qu'être communs.

L'introduction du devoir de vigilance et la possibilité laissée aux entités adjudicatrices d'en faire un critère d'exclusion/ d'attribution, et aussi d'exécution du marchés s'inscrivent dans un cadre plus global.

On observe l'émergence d'un nouveau phénomène : l'obligation pour les entités privées de veiller au respect des droits et libertés fondamentales. Alors que les libertés ont historiquement, politiquement et philosophiquement été inscrites dans les textes fondamentaux pour protéger les individus contre les abus de l'État et ses démembrements, aujourd'hui ce sont les entités privées qui se voient grevées par telles limites. Les multinationales sont devenues tellement puissantes, d'un point de vue économique et financier, qu'elles constituent de véritables « puissances privées », interagissant dans la vie quotidienne des citoyens³⁷. Rappelons que quelques-unes d'entre elles ont des chiffres d'affaires supérieurs au Produit national brut de certains États. Un nombre toujours plus restreint de sociétés domine de larges pans de l'économie mondiale dans un mouvement de concentration croissante, dangereux pour les individus. Les risques sont grands et multiples : dépendance à l'égard des chaînes d'approvisionnement mondiales, accroissement des inégalités sociales, asymétrie des rapports de force entre les firmes et les travailleurs / les syndicats...

Ce mouvement de privatisation des droits de l'homme est particulièrement notable s'agissant des multinationales des technologies de l'information et de la communication (encore appelées GAFAM même si l'acronyme ne désigne plus la totalité de ces entreprises). Ces firmes, aux pouvoirs tentaculaires, deviennent des censeurs de la liberté d'expression, tout autant qu'elles en sont les protecteurs, comme elles doivent veiller au respect du droit à la vie privée, à la réputation, au droit à l'image, à la non-diffusion de contenus attentatoires à la dignité de la personne humaine... A cette fin, Meta a même créé sa propre Cour Suprême - *l'Oversight Board* qui, en réalité, est un Conseil de surveillance composé de membres éminents, la plupart d'anciens magistrats ou des personnalités politiques de premier plan - chargés de résoudre les litiges entre les utilisateurs et les modérateurs³⁸. Dans ce cadre, les firmes doivent veiller au respect de la liberté d'expression et prennent des décisions, en faisant l'économie de la consultation d'un juge national. Ils deviennent de fait les premiers acteurs pour assurer la protection de la liberté d'expression dans le respect de leurs propres règles de régulation, mais aussi désormais des règles

³⁷ *Puissances privées et droits de l'homme*, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), Mare et Martin, 2024, 332 p.

³⁸ C. Denizeau-Lahaye, « La privatisation de la justice à l'ère du numérique, un instrument de désresponsabilisation ? Le cas de l'*Oversight Board* de Meta », in *Réseaux sociaux et droits de l'homme*, 2025, éd. PEDONE, p. 49-72.

européennes. Le *Digital Services Act*³⁹, du 19 octobre 2022, en vigueur depuis le 25 mars 2024 et applicable à toutes les entreprises du numérique depuis février 2024, s'adresse aux « fournisseurs de services intermédiaires en ligne » autrement dit les hébergeurs, les réseaux sociaux, les moteurs de recherche, les plateformes de voyage et d'hébergement ou les sites marchands. Il fixe un certain nombre d'obligations que ces entreprises doivent respecter⁴⁰ parmi lesquelles celles prendre des mesures appropriées et proportionnées, afin de garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de la sûreté et de la sécurité des mineurs (en particulier en luttant contre la pédo-pornographie). Il vise également à préserver le respect des droits fondamentaux garantis par Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; la liberté d'expression et d'information, le principe de non-discrimination, le respect du niveau élevé de protection des consommateurs, etc...

Concernant le devoir de vigilance, la même logique préside désormais. Les entreprises sont identifiées comme les premières concernées de la chaîne de responsabilité en matière de protection des droits humains et de l'environnement.

L'évolution du droit européen apporte aux entreprises un cadre, les conduisant à exercer leurs activités, en vertu de principes éthiques contraignants. Dans le même temps, elle répond à la demande clairement revendiquée par les citoyens, de voir les droits humains et environnementaux mieux pris en compte par les grands groupes économiques et leurs principaux partenaires⁴¹, et partant par les acheteurs publics. De fait, par un effet boomerang, dans une dynamique vertueuse, poussée par la *soft law* et inscrite dans le droit positif, les acheteurs publics sont à leur tour des acteurs impliqués dans le respect du devoir de vigilance concernant les droits environnementaux et humains.

³⁹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE. Appelé en France le RSN : règlement sur les services numériques.

⁴⁰ Les petites entreprises bénéficient d'exemptions sur certains points.

⁴¹ P.-H. Conac, « La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes ? », *RED* 2022/1 (n°4), p. 129 et s.