RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 53.307/VR
53.308/VR

van 13 juni 2013

over

- een voorstel van ordonnantie ‘betreffende de opname van milieu- en ethische clausules in de overheidsopdrachten’ (*Parl.St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-362/1) (53.307/VR)

- een voorstel van ordonnantie ‘betreffende de invoeging van sociale clausules in de overheidsopdrachten’ (*Parl.St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-363/1) (53.308/VR)

CONSEIL D’ÉTAT

section de législation

avis 53.307/VR
53.308/VR

du 13 juin 2013

sur

- une proposition d’ordonnance ‘relative à l’inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics’ (*Doc. Parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2012-13, n° A-362/1) (53.307/VR)

- une proposition d’ordonnance ‘relative à l’inclusion de clauses sociales dans les marchés publics’ (*Doc. Parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2012-13, n° A-363/1) (53.308/VR)

Op 3 mei 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over

- een voorstel van ordonnantie 'betreffende de opname van milieu- en ethische clausules in de overheidsopdrachten' (*Parl.St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-362/1) (53.307/VR);
- een voorstel van ordonnantie 'betreffende de invoeging van sociale clausules in de overheidsopdrachten' (*Parl.St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-363/1) (53.308/VR).

De voorstellen zijn door de verenigde kamers onderzocht op 4 juni 2013. De verenigde kamers waren samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Marc RIGAUX en Yves DE CORDT, assessoren, en Bernadette VIGNERON en Wim GEURTS, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Patrick RONVAUX en Pierrot T'KINDT, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 juni 2013.

*

Le 3 mai 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur

- une proposition d'ordonnance 'relative à l'inclusion de clauses environnementales et éthiques dans les marchés publics' (*Doc. Parl*., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2012-13, n° A-362/1) (53.307/VR),
- une proposition d'ordonnance 'relative à l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics' (*Doc. Parl*., Parl. Rég. Brux.-Cap., 2012-13, n° A-363/1) (53.308/VR).

Les propositions ont été examinées par les chambres réunies le 4 juin 2013. Les chambres réunies étaient composées de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET, Wilfried VAN VAERENBERGH, et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Yves DE CORDT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON en Wim GEURTS, greffiers.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX en Pierrot T'KINDT, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 juin 2013.

*

STREKKING VAN DE VOORSTELLEN VAN ORDONNANTIE

1. In het voorstel van ordonnantie 53.307/VR worden de aanbestedende overheden, zoals omschreven in artikel 2, 1°, ertoe verplicht om in de bijzondere bestekken van de in het voorstel bedoelde overheidsopdrachten bepaalde milieu- en ethische clausules op te nemen (artikelen 4 tot 6 van het voorstel).[1] De aanbestedende overheden dienen daarbij de doelstellingen te halen die in artikel 7 van het voorstel van ordonnantie worden omschreven, rekening houdend met de ecologische en ethische aspecten en de levenscycluskost van de overheidsopdrachten. De aldus door de ordonnantiegever vastgestelde doelstellingen gelden voor de periode 2014-2016 en zullen voor de daarna volgende driejaarlijkse periodes voor de Brusselse Hoofdstedelijke Regering als model gelden wanneer die strengere doelstellingen vastlegt.[2]

In de artikelen 8 en volgende van het voorstel van ordonnantie worden diverse middelen ingeschreven om het de aanbestedende overheden mogelijk te maken om de doelstellingen die samenhangen met de milieu- en ethische clausules te realiseren. Die middelen hebben betrekking op de aanwijzing van een resource persoon bij elke aanbestedende overheid, maar ook op de verplichte vermelding van de voornoemde clausules bij de bekendmaking van de opdracht en op het gebruik van een boordtabel waarin, per kalenderjaar, door de aanbestedende overheid de gegevens met betrekking tot de uitgeschreven opdrachten, de opdrachten die aan de gang zijn of de tijdens dat jaar afgehandelde opdrachten moeten worden vermeld.

Voorts wordt bepaald dat, ingeval de betrekkingen tussen het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en de aanbestedende overheid in een beheersovereenkomst worden geregeld, bij elke vernieuwing van die overeenkomst daarin door de voornoemde Regering een strategie wordt vastgesteld op het vlak van de milieu- en ethische clausules en de ermee na te streven doeleinden. Tevens kan in de beheersovereenkomst een financiële stimulans worden ingeschreven waarvan het bedrag afhangt van de mate van realisering van de vooropgezette doelstellingen (artikel 14).

Gelet op de specifieke invulling van de overheidsopdracht waartoe het gebruik van milieu- en ethische clausules kan nopen, kunnen aanbestedende overheden voor bepaalde aspecten van de opdracht een beroep doen op gewestelijke diensten of instellingen die meer gespecialiseerd zijn, wat die aspecten van de overheidsopdracht betreft, en die op dat vlak over een grotere expertise beschikken. De aldus door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aan te duiden diensten of instellingen stellen alsdan een "opdrachtencentrale" ter beschikking van de aanbestedende overheid, in de zin van de wetgeving op de overheidsopdrachten, en treden dan op

[1] Onder een milieuclausule dient luidens artikel 2, 3°, van het voorstel te worden verstaan een "bepaling met als doelstelling het milieu te vrijwaren door optimalisatie van de milieu-impact van de uitvoering van de overheidsopdracht". In artikel 2, 5°, van het voorstel wordt een ethische clausule omschreven als een "bepaling met als doelstelling de grondrechten te respecteren van de personen, inzake maatschappelijke billijkheid en in het bijzonder inzake eerlijke handel". Zowel een milieu- als een ethische clausule hebben blijkens de voornoemde bepalingen van het voorstel "betrekking op het voorwerp van de opdracht, de technische specificaties, de kwalitatieve selectie, de toewijzing van de opdracht of de uitvoering van het contract".

[2] In de commentaar die in de toelichting bij het voorstel van ordonnantie wordt gegeven bij artikel 7 ervan wordt verduidelijkt dat de doelstelling na elke driejaarlijkse periode zal worden verstrengd, "zodat de aanbestedende overheden zich geleidelijk aan de nieuwe vereisten kunnen aanpassen".

in de plaats van deze laatste bij het gunnen van het betrokken aspect van de overheidsopdracht (artikel 15).

De Brusselse Hoofdstedelijke Regering dient een of meer gewestelijke diensten of instellingen aan te wijzen die zijn belast met de algemene coördinatie van de voorgestelde regeling en met de uitvoering van een aantal specifieke taken (artikel 16). Tevens wordt in het voorstel een regeling opgenomen betreffende een driejaarlijkse evaluatie van de toepassing van de voorgestelde ordonnantie aan de hand van de boordtabellen die de aanbestedende overheden moeten bijhouden (artikel 17). In de artikelen 18 tot 20 van het voorstel wordt het toezicht op de naleving van de voorgestelde ordonnantie geregeld, alsmede de sancties waartoe in geval van niet-naleving kan worden besloten.

2. In het voorstel van ordonnantie 53.308/VR worden de aanbestedende overheden, zoals omschreven in artikel 2, 2°, ertoe verplicht om in de bijzondere bestekken van de in het voorstel bedoelde overheidsopdrachten bepaalde sociale clausules op te nemen.[3] Die clausules worden door de aanbestedende overheden aan de inschrijvers opgelegd in de vorm van selectiecriteria, gunningscriteria of uitvoeringsvoorwaarden.

Die clausules "maken het mogelijk om rekening te houden met sociale doelstellingen en bevorderen de inschakeling en opleiding van de werkzoekenden, in voorkomend geval, door het sluiten van partnerschapsovereenkomsten met door Actiris erkende partners en van overeenkomsten inzake onderaanbesteding of reservatie van overheidsopdrachten" (artikel 5, § 1, van het voorstel). Blijkens dezelfde bepaling van het voorstel van ordonnantie kunnen, afhankelijk van de keuze van de inschrijver, de sociale clausules de vorm aannemen van een inschakelingsclausule, een clausule die het mogelijk maakt om de overheidsopdracht geheel of gedeeltelijk uit te besteden aan een sociale-inschakelingsonderneming, een sociale opleidingsclausule, of een clausule tot reservatie van de opdracht overeenkomstig de wet betreffende de overheidsopdrachten.

Behoudens wat de omschrijving van de in te schrijven clausules en de eraan ten grondslag liggende doelstellingen betreft, is de regeling die is opgenomen in het voorstel van ordonnantie 53.308/VR in zeer ruime mate gelijklopend met die welke is vervat in het voorstel van ordonnantie 53.307/VR.[4] Wat de beschrijving van de strekking daarvan betreft, kan dan ook worden volstaan met een verwijzing naar de beschrijving sub 1.

---

[3] De aanbestedende overheid kan, uitzonderlijk en mits passende motivering, afzien van sociale clausules om de redenen die worden opgesomd in artikel 5, § 3, van het voorstel van ordonnantie.

[4] Een bepaling in de zin van artikel 4 van het voorstel 53.308/VR, waarin wordt bevestigd dat de aanbestedende overheden erop dienen toe te zien dat de door hen gestelde toegangsvoorwaarden de gelijke toegang van de bedrijven tot de in het voorstel bedoelde overheidsopdrachten niet belemmeren, is er niet in het voorstel van ordonnantie 53.307/VR. Een bepaling betreffende de opdrachtencentrales, in de zin van het voorstel 53.307/VR, is er dan weer niet in het voorstel van ordonnantie 53.308/VR. De taken inzake gewestelijk coördinatie en evaluatie worden in artikel 12 van het voorstel 53.308/VR opgedragen aan Actiris. In de artikelen 16 en 17 van het voorstel van ordonnantie 53.307/VR worden de gewestelijke coördinatie en een aantal andere taken, waaronder de evaluatie, opgedragen aan een of meer diensten of instellingen die daartoe door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering worden aangewezen (wat evenwel de evaluatie betreft, zal ook het Brussels Instituut voor Statistiek en Analyse van het Ministerie van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest een deel van de betrokken taak op zich nemen).

BEVOEGDHEID

3. Uit de beschrijving van de strekking van de voorstellen van ordonnantie, zoals weergegeven sub 1 en 2, valt af te leiden dat het zwaartepunt van de erin opgenomen regeling betrekking heeft op de materie van de overheidsopdrachten.[5]

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft zich in het verleden al meermaals uitgesproken over de bevoegdheidsverdeling inzake overheidsopdrachten. Zo werd onder meer in advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006,[6] in dat verband het volgende vermeld:

> "Volgens artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen behoort het vaststellen van de algemene regels inzake de overheidsopdrachten tot de bevoegdheid van de federale overheid.
>
> Zoals het Arbitragehof heeft benadrukt, is de federale bevoegdheid in een dubbel opzicht beperkt: ze slaat enkel op het vaststellen van de algemene regels, en ze mag slechts worden uitgeoefend met het enkele doel de beginselen opgesomd in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet (vrij verkeer van goederen en diensten, enzovoorts) te waarborgen.[7] Wat de 'algemene regels' betreft, blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de genoemde bijzondere wet dat daaronder op dat ogenblik o.m. dienden te worden verstaan de beginselen vervat of uitgewerkt in de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en in de besluiten genomen ter uitvoering van die wet.[8] De desbetreffende beginselen zijn thans terug te vinden in de wet van 24 december 1993 en in de uitvoeringsbesluiten daarvan. Ook de bepalingen van het voorliggende ontwerp kunnen geacht worden 'algemene regels' te bevatten, en behoren aldus tot de bevoegdheid van de federale overheid.
>
> De bevoegdheid van de federale overheid om de 'algemene regels' vast te stellen moet begrepen worden in samenhang met de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om aanvullende regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen, binnen de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren. Die aanvullende regels mogen echter

---

[5] De in de voorstellen van ordonnantie vervatte regeling vertoont raakvlakken met sommige andere aangelegenheden zoals bijvoorbeeld die met betrekking tot het tewerkstellingsbeleid of de bescherming van het leefmilieu, waarvoor de gewesten bevoegd zijn. Die aangelegenheden maken evenwel niet het zwaartepunt uit van de voorgestelde regelingen. Dat zwaartepunt situeert zich integendeel op het vlak van de materie van de overheidsopdrachten. De bevoegdheidsvraag dient in casu derhalve op deze materie te worden toegespitst (voor de toepassing van het criterium van het zwaartepunt bij het onderzoek van bevoegdheidsvragen, zie ook GwH 11 december 2002, nr. 184/2002, B.7).

[6] *Parl.St.* Kamer, 2005-2006, nr. 2237/001, 132-147.

[7] Voetnoot 2 in het aangehaalde advies: Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.2; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.2; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.2.

[8] Voetnoot 3 in het aangehaalde advies: Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet, voor de institutionele hervormingen en voor de regeling van conflicten, *Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, pp. 126-127. Zie eveneens Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.3; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.3.a; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw. B.2.3. Zie ook J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving, Antwerpen, 1999, pp. 763-764, nrs. 45-48.

niet afwijken van de algemene regels[9], tenzij daarvoor een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet.[10]"

4. Het sub 3 weergegeven standpunt van de Raad van State, afdeling Wetgeving, vindt bevestiging in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zo wordt in het arrest nr. 9/2011 van 27 januari 2011[11] vermeld wat volgt:

"B.3.3. Artikel 6, § 1, VI, derde en vierde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, zoals gewijzigd bij de bijzondere wet van 8 augustus 1988, bepaalt :

'In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen.

De federale overheid is met dit doel bevoegd om algemene regels vast te stellen inzake :

1° de overheidsopdrachten;

[…]'.

B.3.4. In tegenstelling tot datgene wat van toepassing is op de aangelegenheden die verder in het vijfde lid van artikel 6, § 1, VI, van de voormelde bijzondere wet worden opgesomd, en waarvoor de federale overheid over een exclusieve bevoegdheid beschikt, is haar bevoegdheid inzake overheidsopdrachten beperkt tot het vaststellen van algemene regels met het enkele doel de in het derde lid van dat artikel opgesomde beginselen te waarborgen.

Zoals uit de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 blijkt, wordt onder de 'algemene regels inzake overheidsopdrachten' verstaan de beginselen die zijn vervat of geconcretiseerd in:

- de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

---

[9] Voetnoot 4 in het aangehaalde advies: Memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 8 augustus 1988, *Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 10. Zie Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.4; 23 december 1992, nr. 79/92, overw. B.3.c. Zie J. Velaers, o.c., p. 763, nr. 45.

[10] Voetnoot 5 in het aangehaalde advies: Arbitragehof, 23 april 1992, nr. 32/92, overw. B.3.6; 18 januari 1996, nr. 6/96, overw; B.2.5.2 en B.2.6. Zie J. Velaers, o.c., p. 764, nrs. 50-52.

[11] Zie voordien ook onder meer Arbitragehof 23 april 1992, nr. 32/92, B.3.2; 23 december 1992, nr. 79/92, B.2; 18 januari 1996, nr. 6/96, B.2.2.

- het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

- het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten;

- de reglementering inzake erkenning van de aannemers (*Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, pp. 126-127).

In dezelfde parlementaire voorbereiding wordt aangegeven dat de gewesten die beginselen kunnen vervolledigen, ook via normatieve weg, « teneinde een beleid te voeren aangepast aan hun behoeften voor zover ze niet strijdig zijn met het normatief kader bepaald door de nationale overheid » (*Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 10).

De algemene regels inzake overheidsopdrachten zijn thans vervat in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, alsook in de uitvoeringsbesluiten ervan."

5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de bevoegdheidsverdeling inzake overheidsopdrachten kan worden omschreven als volgt.

De federale overheid is bevoegd voor het vaststellen van "algemene regels [...] inzake de overheidsopdrachten". Die bevoegdheid is evenwel vanuit een tweeledig oogpunt beperkt: zij slaat enkel op het vaststellen van "algemene regels", en zij mag slechts worden uitgeoefend met inachtneming van de in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgesomde "beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsmede met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen". De voornoemde "algemene regels" zijn thans terug te vinden in de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' en in de uitvoeringsbesluiten daarvan.[12]

De gewesten zijn uitsluitend bevoegd om aanvullende regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen, binnen de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren. Die aanvullende regels kunnen de door de federale overheid vastgestelde algemene regels vervolledigen met het oog op het voeren van een beleid dat is aangepast aan de behoeften van het betrokken gewest, maar mogen niet afwijken van de op het federale niveau vastgestelde algemene regels, tenzij daarvoor een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse instellingen'.

[12] Het is de bedoeling dat de wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006 in de plaats komt van de wet van 24 december 1993. De algemene regels inzake overheidsopdrachten moeten dan worden geacht in de eerstgenoemde wet en de uitvoeringsbesluiten daarvan te zijn vervat (zie in dat verband het koninklijk besluit van 2 juni 2013 "tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan", dat in de principiële inwerkingtreding van de wet van 15 juni 2006 voorziet op 1 juli 2013).

6. Past men de sub 5 samengevatte bevoegdheidsverdeling toe op de voorstellen van ordonnantie 53.307/VR en 53.308/VR, dan moet vooreerst worden opgemerkt dat de erin verplicht gestelde opname van milieu- en ethische clausules, respectievelijk sociale clausules inzake overheidsopdrachten, geenszins kan worden beschouwd als betrekking hebbende op aanvullende regels die strekken tot vervollediging van de door de federale overheid vastgestelde algemene regels en die het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest zou kunnen tot stand brengen op grond van de eigen bevoegdheid inzake overheidsopdrachten. De regeling die in de beide voorstellen van ordonnantie wordt uitgewerkt op het vlak van de voornoemde clausules is immers dermate algemeen, wat de beoogde overheidsopdrachten en de met de clausules na te streven doelstellingen betreft, dat deze niet kan worden beschouwd als louter een "aanvullende regeling" die – gelet op de specifieke behoeften van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest – strekt tot vervollediging van de algemene regeling, zoals die door of krachtens de federale wetgeving is uitgewerkt. De in de beide voorstellen van ordonnantie vervatte regels komen integendeel neer op een regeling met betrekking tot het gebruik van milieu-, ethische of sociale clausules, waarvan de draagwijdte te vergelijken valt met de regels en de doelstellingen zoals vastgesteld door of krachtens de wet van 24 december 1993,[13] zij het dat daarbij op diverse punten van die algemene federale regeling wordt afgeweken.[14]

7. Tot slot rest de vraag of met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gelezen in samenhang met artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989, geen beroep kan worden gedaan op de theorie van de impliciete bevoegdheden om ermee de beide voorstellen van ordonnantie bevoegdheidsrechtelijk te verantwoorden. In dat verband kan eraan worden herinnerd dat voor de toepassing van die theorie is vereist dat de voorgestelde regelingen noodzakelijk moeten zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de betrokken aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betreffende bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.[15]

---

[13] In diverse bepalingen van de wet van 24 december 1993 en van de uitvoeringsbesluiten ervan wordt, mede in het licht van de Europese regelgeving ter zake, uitdrukkelijk gerefereerd aan het realiseren van doelstellingen door middel van het gebruik van clausules, zoals bedoeld in de twee voorstellen van ordonnantie. Zo kan, wat de overheidsopdrachten in de zogeheten klassieke sectoren betreft, worden gewezen op onder meer artikel 18*bis* van de wet waarin, op het niveau van de uitvoering van de opdracht, een regeling is uitgewerkt voor het realiseren van sociale en ethische doelstellingen, en op artikel 16 van dezelfde wet waarin, op het niveau van de gunning van de opdracht, uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan "milieukenmerken" en "sociale en ethische overwegingen". Ook de reeds genoemde wet van 15 juni 2006 bevat vergelijkbare bepalingen.

[14] Zo gaat alleen al de algemene omschrijving van de clausules en de eraan ten grondslag liggende doelstellingen in de beide voorstellen van ordonnantie voorbij aan het gegeven dat de federale algemene regeling impliceert dat rekening wordt gehouden met de specifieke aard van de concrete overheidsopdrachten, zodat van de desbetreffende clausules slechts in bepaalde gevallen, voor bepaalde aspecten van de overheidsopdracht en ter verwezenlijking van bepaalde milieu-, ethische en sociale doelstellingen, toepassing kan worden gemaakt. Dergelijk vereiste van specificiteit sluit aan bij de Europese regelgeving (zie onder meer, wat de overheidsopdrachten in de zogeheten klassieke sectoren betreft, de artikelen 23, lid 6, eerste streepje, 48, lid 2, f), en 53, lid 1, a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 'houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten') en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie HvJ 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus v. Finland, paragrafen 64 en 69: "dat wanneer de aanbestedende dienst […] besluit een opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding, hij rekening mag houden met criteria met betrekking tot milieubescherming voorzover deze criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht"; zie in dezelfde zin: HvJ 4 december 2003, C-448/01, EVN AG en Wienstrom v. Oostenrijk, paragraaf 34).

[15] Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie bij wege van voorbeeld, GwH 12 juli 2012, nr. 89/2012, B.6.1.

Wat het noodzakelijkheidsvereiste betreft, moet worden vastgesteld dat geen van de voorstellen van ordonnantie ervan doet blijken dat er met betrekking tot het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest een specifieke regeling op het vlak van het gebruik van milieu-, ethische of sociale clausules in de overheidsopdrachtenmaterie nodig is en dat de federale regeling die op dat vlak is tot stand gebracht niet zou volstaan.

Er is evenmin voldaan aan het vereiste volgens hetwelk de desbetreffende aangelegenheid zich moet lenen tot een gedifferentieerde regeling. Er werd immers sub 5 reeds gewezen op artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waarin wordt bepaald dat de gewesten hun bevoegdheden in economische aangelegenheden uitoefenen "met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsmede met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen". Hiermee is niet in overeenstemming een regeling waarbij een bepaald gewest ten aanzien van aanbestedende overheden algemene verplichtingen oplegt op het vlak van het inschrijven van milieu-, ethische of sociale clausules inzake overheidsopdrachten. Op die wijze wordt immers een differentiatie in de hand gewerkt die ingaat tegen het algemeen normatief kader zoals dat door de bijzondere wetgever in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 is geconcipieerd als uitzondering op de bevoegdheid van de gewesten in economische aangelegenheden.

Rekening houdend met de algemene draagwijdte van de in de voorstellen van ordonnantie vervatte regeling inzake milieu-, ethische of sociale clausulering op het vlak van overheidsopdrachten, kan evenmin worden aangenomen dat de voorgestelde regelingen slechts een marginale weerslag zouden hebben op de federale bevoegdheid om algemene regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen. De voorstellen van ordonnantie hebben integendeel een dermate verstrekkende draagwijdte en opzet dat zij, wat het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest betreft, het gebruik van milieu-, ethische of sociale clausules bij overheidsopdrachten op een substantiële wijze regelen naast en in afwijking van de ter zake door de federale overheid tot stand gebrachte regeling.

8. Uit wat voorafgaat volgt dat, enerzijds, de in de voorstellen van ordonnantie 53.307/VR en 53.308/VR vervatte regeling niet beperkt blijft tot uitsluitend het vaststellen van een "aanvullende regeling" inzake overheidsopdrachten en dat, anderzijds, het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest bij het uitwerken van geen van beide voorstellen van ordonnantie nuttig beroep kan doen op de theorie van de impliciete bevoegdheden.

Het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest kan om die redenen niet bevoegd worden geacht om de regeling die is opgenomen in de twee voorstellen van ordonnantie tot stand te brengen. Deze conclusie geldt ten aanzien van de bepalingen van de beide voorstellen die betrekking hebben op het verplichte gebruik van milieu-, ethische of sociale clausules bij de overheidsopdrachten, maar ook voor alle andere bepalingen van de voorstellen die betrekking hebben op onder meer de middelen, de gewestelijke coördinatie, de evaluatie, de controle en de sancties. Zoals blijkt uit de beschrijving van de strekking van de voorstellen van ordonnantie,

sub 1 en 2, moet immers deze laatste categorie bepalingen[16] uitsluitend worden gelezen in samenhang met en in functie van de in de voorstellen vervatte regels inzake het gebruik van de betrokken milieu-, ethische en sociale clausules.

*

[16] Bedoeld worden de artikelen 8 en volgende in het voorstel van ordonnantie 53.307/VR, en de artikelen 6 en volgende in het voorstel van ordonnantie 53.308/VR.

PORTÉE DES PROPOSITIONS D'ORDONNANCE

1. Dans la proposition d'ordonnance 53.307/VR, les pouvoirs adjudicateurs, tels qu'ils sont définis à l'article 2, 1°, sont obligés d'inclure certaines clauses environnementales et éthiques dans les cahiers spéciaux des charges des marchés publics visés dans la proposition (articles 4 à 6 de la proposition) [1]. Les pouvoirs adjudicateurs doivent atteindre à cet égard les objectifs définis à l'article 7 de la proposition d'ordonnance, en tenant compte des préoccupations écologiques et éthiques et du coût du cycle de vie des marchés publics. Les objectifs ainsi fixés par le législateur régional bruxellois s'appliquent pour la période 2014-2016 et serviront de modèle au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale pour les triennats qui suivent lorsque celui-ci fixera des objectifs plus sévères [2].

Les articles 8 et suivants de la proposition d'ordonnance comportent divers moyens permettant aux pouvoirs adjudicateurs de réaliser les objectifs en rapport avec les clauses environnementales et éthiques. Ces moyens portent sur la désignation d'une personne-ressource au sein de chaque pouvoir adjudicateur, mais également sur la mention obligatoire des clauses précitées dans l'avis de marché et sur l'utilisation d'un tableau de bord dans lequel le pouvoir adjudicateur, par année civile, est tenu de mentionner les données relatives aux marchés lancés, en cours ou achevés cette année-là.

En outre, au cas où les relations entre la Région de Bruxelles-Capitale et le pouvoir adjudicateur seraient régies par un contrat de gestion, il est prévu que lors de chaque renouvellement de ce contrat, le Gouvernement précité y définit une stratégie sur le plan des clauses environnementales et éthiques et des objectifs que celle-ci doit poursuivre. Par ailleurs, le contrat de gestion peut prévoir un incitant financier, dont le montant est fonction du degré de réalisation des objectifs fixés (article 14).

Eu égard au contenu spécifique du marché public pouvant résulter de l'utilisation de clauses environnementales et éthiques, les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire appel, pour certains aspects du marché, à des services ou organismes régionaux qui sont davantage spécialisés dans ces aspects du marché public, et qui possèdent une plus grande expertise dans ce domaine. Les services ou organismes à désigner ainsi par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale mettront alors à la disposition du pouvoir adjudicateur une « centrale de marchés » au sens de la législation sur les marchés publics, et agiront dès lors à la place de ce dernier lors de la passation de l'aspect concerné du marché public (article 15).

---

[1] Selon l'article 2, 3°, de la proposition, il convient d'entendre par clause environnementale une « stipulation poursuivant un objectif de préservation de l'environnement par l'optimisation de l'impact environnemental de l'exécution du marché public ». L'article 2, 5°, de la proposition définit une clause éthique comme une « stipulation poursuivant un objectif de respect des droits fondamentaux des personnes, d'équité sociale et, notamment, d'équité dans le commerce ». Selon les dispositions précitées de la proposition, tant une clause environnementale qu'une clause éthique ont « trait à l'objet du marché, aux spécifications techniques, à la sélection qualitative, à l'attribution du marché ou à l'exécution du contrat ».

[2] Le commentaire que les développements de la proposition d'ordonnance donnent à propos de l'article 7 de celle-ci précise que l'objectif ira croissant de triennat en triennat, « de manière à permettre aux pouvoirs adjudicateurs de s'adapter progressivement aux nouvelles exigences ».

Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est tenu de désigner un ou plusieurs services ou organismes régionaux chargés de la coordination générale du dispositif proposé et de l'exécution d'un certain nombre de missions spécifiques (article 16). Par ailleurs, la proposition contient un dispositif d'évaluation triennale de l'application de l'ordonnance proposée sur la base des tableaux de bord que les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir à jour (article 17). Les articles 18 à 20 de la proposition règlent le contrôle du respect de l'ordonnance proposée, ainsi que les sanctions qui peuvent être décidées en cas de non-respect de celle-ci.

2. Dans la proposition d'ordonnance 53.308/VR, les pouvoirs adjudicateurs, tels qu'ils sont définis à l'article 2, 2°, sont obligés d'inclure certaines clauses sociales dans les cahiers spéciaux des charges des marchés publics visés dans la proposition [3]. Ces clauses sont imposées aux soumissionnaires par les pouvoirs adjudicateurs sous la forme de critères de sélection, d'attribution ou de conditions d'exécution.

Ces clauses « permettent de tenir compte d'objectifs sociaux et favorisent l'insertion et la formation des demandeurs d'emploi, le cas échéant, par la conclusion de conventions de partenariats avec des partenaires reconnus par Actiris, de sous-traitance ou la réservation de marchés » (article 5, § 1er, de la proposition). Selon la même disposition de la proposition d'ordonnance, les clauses sociales peuvent, au choix du soumissionnaire, prendre la forme d'une clause d'insertion, d'une clause permettant de sous-traiter tout ou partie du marché à une entreprise d'économie sociale d'insertion, d'une clause sociale de formation ou d'une clause de réservation du marché conformément à la loi sur les marchés publics.

Sauf en ce qui concerne la définition des clauses à insérer et des objectifs qui en constituent le fondement, le dispositif inscrit dans la proposition d'ordonnance 53.308/VR est, dans une très large mesure, similaire à celui qui est contenu dans la proposition d'ordonnance 53.307/VR [4]. S'agissant de la description de sa portée, une référence à la description donnée au point 1 peut dès lors suffire.

[3] À titre exceptionnel, le pouvoir adjudicateur, moyennant motivation adéquate, peut ne pas imposer de clauses sociales pour les raisons énumérées à l'article 5, § 3, de la proposition d'ordonnance.

[4] Une disposition au sens de l'article 4 de la proposition 53.308/VR, qui confirme que les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à ce que les conditions d'accès qu'ils fixent permettent l'accès égal des entreprises aux marchés publics visés dans la proposition, ne figure pas dans la proposition d'ordonnance 53.307/VR. Par ailleurs, une disposition relative aux centrales de marchés, au sens de la proposition 53.307/VR, ne se retrouve pas dans la proposition d'ordonnance 53.308/VR. L'article 12 de la proposition 53.308/VR charge Actiris des missions de coordination et d'évaluation en matière régionale. Les articles 16 et 17 de la proposition d'ordonnance 53.307/VR attribuent la coordination régionale et un certain nombre d'autres missions, dont l'évaluation, à un ou plusieurs services ou organismes désignés à cet effet par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale (toutefois, en ce qui concerne l'évaluation, l'Institut bruxellois de statistique et d'analyse du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale assumera également une partie de la mission concernée).

COMPÉTENCE

3. Il se déduit de la description de la portée des propositions d'ordonnance, telle qu'elle est reproduite aux points 1 et 2, que l'élément prépondérant du dispositif qui y est inséré porte sur la matière des marchés publics [5].

Le Conseil d'État, section de législation, s'est déjà prononcé à plusieurs reprises par le passé sur la répartition des compétences en matière de marchés publics. Ainsi, notamment l'avis 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' [6] mentionne à cet égard ce qui suit:

> « Selon l'article 6, § 1er, VI, alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière de marchés publics.
>
> Comme l'a souligné la Cour d'arbitrage, la compétence fédérale est restreinte à deux égards: elle concerne uniquement la fixation de règles générales, et elle ne peut être exercée que dans le seul objectif de garantir les principes énumérés à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale (libre circulation des biens et des services, etc.) [7]. En ce qui concerne les 'règles générales', il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale susmentionnée qu'elles devaient alors comprendre notamment les principes figurant ou mis au point dans la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans les arrêtés pris en exécution de cette loi [8]. Les principes concernés se retrouvent actuellement dans la loi du 24 décembre 1993 et dans ses arrêtés d'exécution. Les dispositions du présent projet peuvent également être réputées comprendre des 'règles générales' et relèvent donc de la compétence de l'autorité fédérale.
>
> La compétence de l'autorité fédérale pour fixer les 'règles générales' doit être comprise en combinaison avec la compétence des communautés et des régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence. Ces règles complémentaires ne

[5] Le régime contenu dans les propositions d'ordonnance présente des points communs avec quelques autres matières, comme par exemple celles relatives à la politique de l'emploi ou à la protection de l'environnement, qui relèvent de la compétence des régions. Toutefois, ces matières ne constituent pas l'élément prépondérant des dispositifs proposés. Au contraire, cet élément prépondérant est situé dans le domaine des marchés publics. Par conséquent, la question des compétences doit être axée en l'occurrence sur cette matière (pour l'application du critère de l'élément prépondérant lors de l'examen de la question des compétences, voir également C.C., 11 décembre 2002, n° 184/2002, B.7).

[6] *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2237/001, 132-147.

[7] Note 2 de l'avis cité : Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.2; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.2; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.2.

[8] Note 3 de l'avis cité : Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, pp. 126-127. Voir également Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.3; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.3.a; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.3. Voir aussi J. Velaers, De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving, Anvers, 1999, pp. 763-764, nos 45-48.

peuvent toutefois pas déroger aux règles générales [9], sauf s'il peut être recouru aux pouvoirs implicites visés à l'article 10 de la loi spéciale [10] ».

4. La position du Conseil d'État, section de législation, reproduite au point 3, trouve confirmation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ainsi, l'arrêt n° 9/2011 du 27 janvier 2011 [11] mentionne ce qui suit:

« B.3.3. L'article 6, § 1er, VI, alinéas 3 et 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, tel qu'il a été modifié par la loi spéciale du 8 août 1988, dispose:

'En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.

A cette fin, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière :

1° de marchés publics;

[…]'.

B.3.4. En matière de marchés publics, contrairement à ce qui s'applique aux matières énumérées à l'alinéa 5 de l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale précitée, pour lesquelles l'autorité fédérale a une compétence exclusive, sa compétence est limitée à la fixation de règles générales, avec comme seul objectif de garantir les principes énumérés à l'alinéa 3 de cet article.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1988 modifiant la loi spéciale du 8 août 1980, par 'règles générales en matière de marchés publics', on entend les principes qui sont contenus ou concrétisés dans:

- la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

- l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

- l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

- la réglementation en matière d'agréation des entrepreneurs (Doc. parl., Chambre, S.E., 1988, n° 516/6, pp. 126-127).

Les mêmes travaux préparatoires indiquent que les régions peuvent compléter ces principes, y compris par voie normative, « afin de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale » (Doc. parl., Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 10).

---

[9] Note 4 de l'avis cité: Exposé des motifs du projet qui a donné lieu à la loi spéciale du 8 août 1988, *Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1988, n° 516/1, p. 10. Voir Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.4; 23 décembre 1992, n° 79/92, cons. B.3.c. Voir J. Velaers, o.c., p. 763, n° 45.

[10] Note 5 de l'avis cité: Cour d'arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, cons. B.3.6; 18 janvier 1996, n° 6/96, cons. B.2.5.2 et B.2.6. Voir J. Velaers, o.c., p. 764, nos 50-52.

[11] Voir précédemment aussi, notamment, Cour d'Arbitrage, 23 avril 1992, n° 32/92, B.3.2; 23 décembre 1992, n° 79/92, B.2; 18 janvier 1996, n° 6/96, B.2.2.

Les règles générales en matière de marchés publics sont actuellement contenues dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que dans ses arrêtés d'exécution ».

5. Il résulte de ce qui précède que la répartition des compétences en matière de marchés publics peut être définie comme suit.

L'autorité fédérale est compétente pour fixer des « règles générales [...] en matière des marchés publics ». Toutefois, cette compétence est restreinte à deux égards : elle ne porte que sur la fixation de « règles générales » et elle ne peut être exercée que dans le respect des « principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux », énumérés à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980. Les « règles générales » précitées se retrouvent actuellement dans la loi du 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services' et dans ses arrêtés d'exécution [12].

Les régions sont exclusivement compétentes pour fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence. Ces règles complémentaires peuvent compléter les règles générales fixées par l'autorité fédérale afin que la région concernée puisse mener une politique adaptée à ses besoins, mais elles ne peuvent pas déroger aux règles générales fixées au niveau fédéral, sauf si l'on peut recourir à ce effet aux pouvoirs implicites, visés à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, combiné avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises'.

6. Si l'on applique la répartition des compétences, résumée au point 5, aux propositions d'ordonnance 53.307/VR et 53.308/VR, il convient tout d'abord d'observer que l'intégration, respectivement de clauses environnementales et éthiques et de clauses sociales en matière de marchés publics, qu'elles imposent, ne peut nullement être considérée comme ayant trait à des règles complémentaires visant à compléter les règles générales fixées par l'autorité fédérale et que la Région de Bruxelles-Capitale pourrait mettre en place sur la base de sa compétence propre en matière de marchés publics. En effet, le dispositif relatif aux clauses précitées, élaboré dans les deux propositions d'ordonnance, est à ce point général, en ce qui concerne les marchés publics visés et les objectifs que poursuivent ces clauses, que celui-ci ne peut pas être considéré comme un simple « dispositif complémentaire » qui – eu égard aux besoins spécifiques de la Région de Bruxelles-Capitale – vise à compléter le régime général, tel qu'il est élaboré par ou en vertu de la législation fédérale. Les règles contenues dans les deux propositions d'ordonnance s'analysent au contraire comme un dispositif relatif à

[12] L'intention est que la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' se substitue à la loi du 24 décembre 1993. Les règles générales en matière de marchés publics doivent alors être réputées contenues dans la première loi citée et dans ses arrêtés d'exécution (voir à cet égard l'arrêté royal du 2 juin 2013 « fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution », qui prévoit l'entrée en vigueur de principe de la loi du 15 juin 2006 le 1er juillet 2013).

l'utilisation de clauses environnementales, éthiques ou sociales, dont la portée est comparable aux règles et objectifs fixés par ou en vertu de la loi du 24 décembre 1993 [13], même si, à cet égard, il est dérogé sur divers points à ce régime fédéral général [14].

7. Enfin, il reste à se demander si, en application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, combiné avec l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989, on ne peut pas recourir à la théorie des pouvoirs implicites pour justifier les deux propositions d'ordonnance sur le plan de la répartition des compétences. À cet égard, on rappellera que l'application de cette théorie requiert que les régimes proposés soient nécessaires à l'exercice des compétences de la région, que la matière concernée se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur cette matière ne soit que marginale [15].

En ce qui concerne l'exigence de nécessité, force est de constater qu'il ne résulte d'aucune des deux propositions d'ordonnance qu'un dispositif spécifique en matière de recours à des clauses environnementales, éthiques ou sociales dans le domaine des marchés publics est nécessaire en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, et que le régime fédéral adopté en la matière ne pourrait pas suffire.

L'exigence selon laquelle la matière concernée doit se prêter à un régime différencié n'est pas davantage remplie. En effet, il a déjà été observé au point 5 que l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980, dispose qu'en matière économique, les régions exercent leurs compétences « dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux ». Un régime dans lequel une région déterminée impose aux pouvoirs adjudicateurs des obligations générales dans le domaine de la soumission de clauses environnementales, éthiques ou sociales en matière de

[13] Diverses dispositions de la loi du 24 décembre 1993 et de ses arrêtés d'exécution, compte tenu notamment de la réglementation européenne en la matière, font expressément référence à la réalisation d'objectifs en recourant à des clauses au sens des deux propositions d'ordonnance. Ainsi, en ce qui concerne les marchés publics dans les secteurs dits classiques, on peut citer notamment l'article 18*bis* de la loi, qui, au niveau de l'exécution du marché, élabore un régime pour la réalisation d'objectifs sociaux et éthiques, et l'article 16 de la même loi qui, au niveau de l'attribution du marché, fait expressément référence aux « caractéristiques environnementales » et aux « considérations d'ordre social et éthique ». La loi précitée du 15 juin 2006 contient également des dispositions comparables.

[14] Ainsi, la définition générale des clauses et des objectifs qui les sous-tendent inscrite dans les deux propositions d'ordonnance méconnaît, déjà à elle seule, le fait que le régime général fédéral implique qu'il est tenu compte de la nature spécifique des marchés publics concrets, de sorte que les clauses concernées ne peuvent être appliquées que dans certains cas, pour des aspects déterminés du marché public et en vue de la réalisation de certains objectifs environnementaux, éthiques et sociaux. Pareille exigence de spécificité est conforme à la réglementation européenne (voir notamment, en ce qui concerne les marchés publics dans les secteurs dits classiques, les articles 23, paragraphe 6, premier tiret, 48, paragraphe 2, f), et 53, paragraphe 1, a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services') et à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (voir C.J.U.E., 17 septembre 2002, C-513/99, Concordia Bus c. Finlande, paragraphes 64 et 69: « […] que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, […], il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, […] »; voir dans le même sens: C.J.U.E., 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom c. Autriche, paragraphe 34).

[15] Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle: voir à titre d'exemple, C.C., 12 juillet 2012, n° 89/2012, B.6.1.

marchés publics n'est pas conforme à cette disposition. En effet, cette façon de procéder favorise une différentiation qui se heurte au cadre normatif général, tel qu'il est conçu par le législateur spécial à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 en tant qu'exception à la compétence des régions en matière économique.

Compte tenu de la portée générale du dispositif des clauses environnementales, éthiques ou sociales en matière de marchés publics, contenu dans les propositions d'ordonnance, on ne peut pas davantage admettre que les dispositifs proposés n'auraient qu'une incidence marginale sur la compétence fédérale de fixer des règles générales en matière de marchés publics. Au contraire, la portée et l'objectif des propositions d'ordonnance sont à ce point importants qu'elles règlent de manière substantielle, en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, l'utilisation de clauses environnementales, éthiques ou sociales en matière de marchés publics, parallèlement et par dérogation au régime élaboré en la matière par l'autorité fédérale.

8. Il résulte de ce qui précède que, d'une part, le dispositif contenu dans les propositions d'ordonnance 53.307/VR et 53.308/VR ne se limite pas exclusivement à la fixation d'un « dispositif complémentaire » en matière de marchés publics et que, d'autre part, pour aucune des deux propositions d'ordonnance, la Région de Bruxelles-Capitale ne peut recourir utilement à la théorie des pouvoirs implicites.

Pour ces motifs, la Région de Bruxelles-Capitale ne peut pas être réputée compétente pour adopter le dispositif inscrit dans les deux propositions d'ordonnance. Cette conclusion s'applique non seulement à l'égard des dispositions des deux propositions qui portent sur le recours obligatoire à des clauses environnementales, éthiques ou sociales en matière de marchés publics, mais également à toutes les autres dispositions des propositions ayant trait notamment aux moyens, à la coordination régionale, à l'évaluation, au contrôle et aux sanctions. En effet, ainsi qu'il ressort de la description de la portée des propositions d'ordonnance, figurant aux points 1 et 2, cette dernière catégorie de dispositions [16] doit exclusivement être lue en combinaison avec les règles en matière d'utilisation des clauses environnementales, éthiques ou sociales concernées, contenues dans les propositions, et en fonction de celles-ci.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[16] Sont visés les articles 8 et suivants dans la proposition d'ordonnance 53.307/VR et les articles 6 et suivants dans la proposition d'ordonnance 53.308/VR.