



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 64.700/4
du 12 décembre 2018

advies 64.700/4
van 12 december 2018

sur

over

un projet d'arrêté du
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale 'imposant
des clauses sociales lors de la
passation de marchés publics
dans le cadre de la réalisation
d'investissements d'intérêt
public'

een ontwerp van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke
Regering 'houdende oplegging
van sociale clausules bij de
toewijzing van
overheidsopdrachten in het
raam van de uitvoering van
investerings van openbaar
nut'

Le 14 novembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Pouvoirs locaux, du Développement territorial, de la Politique de la Ville, des Monuments et Sites, des Affaires étudiantes, du Tourisme et du Port de Bruxelles à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 12 décembre 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Wanda VOGEL.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 décembre 2018.

*

Op 14 november 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, bevoegd voor Plaatselijke Besturen, Territoriale Ontwikkeling, Stedelijk Beleid, Monumenten en Landschappen, Studentenaangelegenheden, Toerisme en Haven van Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'houdende oplegging van sociale clausules bij de toewijzing van overheidsopdrachten in het raam van de uitvoering van investeringen van openbaar nut'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 12 december 2018. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Christian BEHRENDT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wanda VOGEL.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 december 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen à la compétence de l'auteur de l'acte, à son fondement juridique ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des mêmes lois coordonnées.

Sur ces trois points, le projet appelle l'observation suivante.

FONDEMENT JURIDIQUE

1. Pris en exécution de l'ordonnance du 16 juillet 1998 'relative à l'octroi de subsides destinés à encourager la réalisation d'investissements d'intérêt public', le projet d'arrêté a pour objet d'imposer, au titre de condition de recevabilité d'une demande d'octroi de subsides fondée sur cette ordonnance, des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements d'intérêt public.

En son article 1^{er}, il règle les différents types de clauses couvertes par la notion de « clause sociale » ainsi qu'en son article 3, les conditions auxquelles « la clause sociale relative à chaque marché public de travaux » rédigée par le pouvoir adjudicateur doit satisfaire. Le Gouvernement est habilité, par l'article 4, à prévoir des dérogations dans un cadre précisé par la disposition.

En son article 2, alinéa 1^{er}, le projet d'arrêté énonce le montant minimum au-delà duquel le marché de travaux doit comporter une « clause sociale » lorsqu'une demande de subsides destinés à encourager la réalisation d'investissements d'intérêt public est concernée sans exclusion, à l'alinéa 2 de l'article 2, la possibilité pour le bénéficiaire de la subvention de prévoir de telles clauses, sur une base volontaire, pour des marchés subventionnés de moindre importance.

Enfin, l'article 5 prévoit les sanctions applicables en cas d'inexécution totale ou partielle de la clause sociale.

2.1. Comme le relève la note au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, l'auteur entend fonder le projet à l'examen sur l'article 21, § 3, 2^o, de l'ordonnance du 16 juillet 1998¹ qui précise :

« Le Gouvernement peut arrêter des conditions supplémentaires de recevabilité pour les projets, liées à :

[...]

¹ Cette précision aurait à tout le moins dû figurer à l'alinéa 1^{er} du préambule. En tout état de cause, l'alinéa 2 du préambule, référant à l'article 87 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', doit être omis, cet article ne conférant à la Région de Bruxelles-Capitale aucune habilitation pour prendre l'arrêté en projet, comme l'a rappelé la section de législation dans l'avis n° 64.298/4 donné le 15 octobre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale 'imposant des clauses sociales lors de la passation de marchés publics dans le cadre de la réalisation d'investissements en infrastructures sportives communales'.

2° l'introduction, dans le cadre de la mise en concurrence des travaux, de clauses obligeant le soumissionnaires à assurer la prise en charge de stagiaires ou la mise au travail de chômeurs dans le cadre de l'exécution du marché ;

[...] ».

2.2. L'article 21, § 3, 2°, de l'ordonnance du 16 juillet 1998 permet uniquement au Gouvernement de prévoir, au titre de conditions supplémentaires de recevabilité des projets, l'introduction, dans le cadre de la procédure de mise en concurrence des travaux, de clauses obligatoires portant sur « la prise en charge de stagiaires ou la mise au travail de chômeurs dans le cadre de l'exécution du marché ».

Il n'habilite en revanche pas le Gouvernement à adopter un arrêté qui, comme l'indique la note aux membres du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, met en place un « cadre général relatif à l'obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux subsidiés dans le cadre de l'ordonnance du 16 juillet 1998 ». Ce faisant, en effet, l'auteur du projet s'arrogerait des compétences qui sont celles de l'autorité fédérale en matière de réglementation des marchés publics.

3.1. L'article 21, § 3, 2°, de l'ordonnance du 16 juillet 1998 permet au Gouvernement de consacrer l'obligation d'introduire, dans les marchés publics de travaux subsidiés, une clause qui vise la prise en charge de « stagiaires » et la mise au travail de chômeurs.

Rien ne s'oppose à ce qu'au titre de cette habilitation, le Gouvernement précise – outre les catégories de destinataires de la clause ainsi prévue – le montant à partir duquel le marché public de travaux subsidiés doit comporter une telle clause ainsi que les sanctions en cas d'inexécution de la clause, le règlement de ces questions pouvant être considéré comme l'accessoire de l'habilitation dont le Gouvernement est investi.

N'entre toutefois pas dans l'habilitation l'article 1^{er} du projet en tant qu'il concerne la clause d'insertion « classique » et la clause flexible dès lors qu'il est question dans ces clauses de « chercheurs d'emploi », et non des chômeurs considérés sous l'angle de leur mise au travail, ainsi que de la fixation d'un pourcentage « du montant total d'attribution hors TVA du marché à des entreprises d'économie sociale d'insertion ». De même, la clause de réservation ne s'inscrit pas dans les limites de l'habilitation octroyée au Gouvernement en ce qu'elle a trait à l'insertion sociale et professionnelle – en soi – de personnes handicapées ou défavorisées sans avoir égard au fait que ces personnes sont des « stagiaires » ou des chômeurs « mis au travail ».

L'article 3, 3), du projet pose également problème en qualifiant d' « irrégularité substantielle » du marché « [t]oute absence d'engagement à exécuter la clause sociale dans son intégr[al]ité, tout[e] réserve partielle ou totale à exécuter cette clause » et en prévoyant qu' « [e]n outre dans le cadre des procédures de passation autorisant la négociation, une clause sociale doit toujours être définie comme une exigence minimale ». En effet, de la sorte, le projet ne règle pas des conditions de recevabilité d'une demande de subsides mais la matière des marchés publics comme telle.

Ainsi aussi, si l'article 3, 6), du projet peut prévoir que « [l]e pouvoir adjudicateur se fera assister par un organisme d'encadrement », celui-ci étant, aux termes de l'article 3, 8), l'Office Régional Bruxellois de l'Emploi, il n'est par contre pas admissible, au titre du fondement juridique invoqué par l'auteur, que celui-ci règle les missions de cet « organisme d'encadrement », comme y procède l'article 3, 7), 9) et 10) du projet d'arrêté.

3.2. Il appartient en conséquence à l'auteur du projet de revoir tant la structure du projet que son articulation interne : l'article 2 du projet qui se place dans la logique des conditions de l'octroi de subsides au pouvoir adjudicataire doit constituer le cœur de l'arrêté en projet et les dispositions qu'il prévoit par ailleurs doivent être rédigées, dans les limites de l'habilitation accordée au Gouvernement, comme des conditions de l'octroi de ces subsides et non, comme c'est le cas dans le projet soumis pour avis, en tant qu'éléments du régime juridique de « clauses sociales ».

Dans cette logique, il n'appartient par ailleurs pas à l'auteur du projet de prévoir, comme il le fait à l'article 2, alinéa 2, que

« [r]ien ne s'oppose à ce que des clauses sociales soient prévues pour des marchés subventionnés de moindre importance si le bénéficiaire de la subvention le désire ».

Une disposition de cet ordre n'est pas une condition de l'octroi de subsides par l'autorité qui les accorde.

4. En conclusion, le dispositif du projet doit être revu pour se situer précisément dans le cadre de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 21, § 3, 2°, de l'ordonnance du 16 juillet 1998. Dans cette optique, il y aura lieu de conférer à l'article 2, alinéa 1^{er}, du projet une position centrale, les autres dispositions du projet s'articulant de manière à former le cadre conditionnel de l'octroi des subsides et à régler les modalités de contrôle de celui-ci. Il résultera par ailleurs clairement du projet d'arrêté que les clauses imposées au titre de conditions supplémentaires de recevabilité pour les projets subsidiables visent exclusivement à assurer la prise en charge de stagiaires ou la mise au travail de chômeurs dans le cadre de l'exécution du marché.

Le projet doit donc être fondamentalement revu, tant sur le plan de sa structure que quant au fond, et ne sera dès lors pas examiné plus avant.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de bevoegdheid van de steller van de handeling, de rechtsgrond van het ontwerp en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerking.

RECHTSGROND

1. Het ontwerpbesluit, vastgesteld met toepassing van de ordonnantie van 16 juli 1998 ‘betreffende de toekenning van subsidies om investeringen van openbaar nut aan te moedigen’, strekt ertoe bij de toewijzing van overheidsopdrachten in het raam van de uitvoering van investeringen van openbaar nut sociale clausules in te voeren, die als voorwaarde gelden voor de ontvankelijkheid van een aanvraag tot toekenning van subsidies die op die ordonnantie steunt.

Artikel 1 van het ontwerpbesluit regelt de verschillende soorten clausules die onder het begrip “sociale clausule” vallen, en artikel 3 ervan bepaalt aan welke voorwaarden “de sociale clausule (...) voor elk van die opdrachten van werken”, opgesteld door de aanbestedende overheid, moet voldoen. Artikel 4 stelt een kader vast waarbinnen de regering gemachtigd wordt in afwijkingen te voorzien.

Artikel 2, eerste lid, van het ontwerpbesluit stelt het minimumbedrag vast waarboven de opdracht voor werken een “sociale clausule” moet bevatten, als er een aanvraag om subsidies wordt bedoeld die bestemd is om investeringen van openbaar nut aan te moedigen, zonder dat wordt uitgesloten dat de begunstigde van de subsidie vrijwillig in dergelijke clausules kan voorzien voor gesubsidieerde opdrachten van een geringere omvang, zoals uit het tweede lid van artikel 2 blijkt.

Artikel 5, ten slotte, voorziet in de sancties die gelden ingeval de sociale clausule geheel of gedeeltelijk niet wordt uitgevoerd.

2.1. Uit de nota aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering blijkt dat de steller het voorliggende ontwerp wenst te gronden op artikel 21, § 3, 2°, van de ordonnantie van 16 juli 1998.¹ Die bepaling luidt als volgt:

“De Regering kan voor de projecten bijkomende ontvankelijkheidsvoorwaarden bepalen, die verband houden met:

(...)

¹ Die precisering had op zijn minst in het eerste lid van de aanhef moeten staan. Hoe dan ook moet het tweede lid van de aanhef, waarin wordt verwezen naar artikel 87 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, worden weggelaten omdat dat artikel het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet machtigt om het ontworpen besluit vast te stellen, zoals de afdeling Wetgeving heeft opgemerkt in advies 64.298/4, op 15 oktober 2018 gegeven over een ontwerp van besluit van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ‘houdende oplegging van sociale clausules bij de toekenning van overheidsopdrachten in het kader van de uitvoering van investeringen in gemeentelijke sportinfrastructuren’.

2° de invoering, in het kader van de uitbestedingsprocedure voor de werken, van clausules die de inschrijvers verplichten stagiairs ten laste te nemen of werklozen tewerk te stellen bij de uitvoering van de opdracht;

(...)”.

2.2. Artikel 21, § 3, 2°, van de ordonnantie van 16 juli 1998 staat de regering enkel toe om, als extra voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het project, clausules in de aanbestedingsprocedure voor de werken op te nemen die de verplichting inhouden “stagiairs ten laste te nemen of werklozen tewerk te stellen bij de uitvoering van de opdracht”.

Die bepaling machtigt de regering daarentegen niet om een besluit vast te stellen waarin, zoals de nota aan de leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aangeeft, een “algemeen kader” wordt vastgesteld “voor de verplichte toevoeging van sociale bepalingen in overheidsopdrachten voor werken gesubsidieerd op grond van de ordonnantie van 16 juli 1998”. Op die manier zou de steller van het ontwerp zich immers bevoegdheden toe-eigenen die inzake regelgeving van overheidsopdrachten aan de federale overheid toekomen.

3.1. Volgens artikel 21, § 3, 2°, van de ordonnantie van 16 juli 1998 kan de regering de verplichting opleggen om in overheidsopdrachten van gesubsidieerde werken een clause in te voeren die ertoe strekt “stagiairs” ten laste te nemen en werklozen tewerk te stellen.

Niets verhindert dat de regering ter uitvoering van die machtiging niet alleen de categorieën van adressaten van de aldus bepaalde clause vaststelt, maar ook bepaalt vanaf welk bedrag de overheidsopdracht van gesubsidieerde werken een dergelijke clause moet bevatten, alsook de sancties vaststelt die gelden wanneer de clause niet wordt uitgevoerd. Het regelen van die kwesties kan namelijk worden beschouwd als het accessorium van de machtiging die aan de regering is verleend.

Artikel 1 van het ontwerp valt echter niet onder die machtiging voor zover het betrekking heeft op de “klassieke” inschakelingsclause en de flexibele clause. In die clausules is immers sprake van “werkzoekenden”, en niet van werklozen die worden beschouwd vanuit het oogpunt van hun tewerkstelling, en is ook sprake van de vaststelling van een percentage “van het totale gunningsbedrag, excl. BTW, van de opdracht uit te besteden aan ondernemingen uit de sociale inschakelingseconomie”. Ook de voorbehoudsclause past niet binnen de machtiging die aan de regering is verleend, aangezien ze betrekking heeft op de sociale en professionele inschakeling – op zichzelf beschouwd – van personen met een handicap en kansarmen, ongeacht of die personen “stagiairs” of “tewerkgestelde” werklozen zijn.

Artikel 3, 3), van het ontwerp is eveneens problematisch doordat het “[e]lk gebrek aan verbintenis om de sociale clause in haar geheel tot uitvoering te brengen en elk gedeeltelijk of volledig voorbehoud bij de uitvoering van de clause” bestempelt als een “wezenlijke onregelmatigheid” van de opdracht en doordat het bepaalt dat “[b]ehoudens bij gunningsprocedures die onderhandelingen toestaan, (...) een sociale clause steeds omschreven [dient] te zijn als minimale vereiste”. Op die manier regelt het ontwerp immers niet de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een aanvraag om subsidies, maar de aangelegenheid van de overheidsopdrachten als dusdanig.

Zo ook kan artikel 3, 6), van het ontwerp weliswaar bepalen dat “de aanbestedende overheid zich [laat] bijstaan door een begeleidingsinstelling”, die volgens artikel 3, 8), de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling is, maar is het in het licht van de aangevoerde rechtsgrond niet aanvaardbaar dat de steller de opdrachten van die “begeleidingsinstelling” regelt, zoals hij in artikel 3, 7), 9) en 10), van het ontwerpbesluit doet.

3.2. Dienovereenkomstig dient de steller van het ontwerp zowel de structuur als de interne samenhang van het ontwerp te herzien: artikel 2 van het ontwerp, dat aansluit bij de voorwaarden voor de toekenning van subsidies aan de aanbestedende overheid, moet de kernbepaling van het ontworpen besluit zijn, en de overige bepalingen ervan moeten, binnen de perken van de machtiging die aan de regering wordt verleend, worden geredigeerd als voorwaarden voor de toekenning van die subsidies in plaats van, zoals in het om advies voorgelegde ontwerp, als onderdelen van de juridische regeling van “sociale clausules”.

Volgens die redenering staat het trouwens niet aan de steller van het ontwerp om te bepalen, zoals hij in artikel 2, tweede lid, doet, dat

“[n]iets belet dat voor gesubsidieerde opdrachten van een geringere omvang in sociale clausules wordt voorzien, voor zover de subsidiebegunstigde daartoe de wens heeft geuit”.

Een dergelijke bepaling vormt geen voorwaarde voor de toekenning van subsidies door de overheid die ze verleent.

4. De conclusie is dat het dispositief van het ontwerp moet worden herzien zodat het precies past in het kader van de machtiging die bij artikel 21, § 3, 2°, van de ordonnantie van 16 juli 1998 aan de regering is verleend. In die optiek dient artikel 2, eerste lid, van het ontwerp centraal te worden geplaatst en dienen de andere bepalingen van het ontwerp zo te worden gegroepeerd dat ze de voorwaarden voor de toekenning van de subsidies afbakenen en de regels betreffende de controle daarop vaststellen. Uit het ontwerpbesluit moet trouwens duidelijk blijken dat de opgelegde clausules inzake extra voorwaarden voor de ontvankelijkheid van subsidieerbare projecten, er uitsluitend toe strekken stagiairs ten laste te nemen of werklozen tewerk te stellen bij de uitvoering van de opdracht.

Het ontwerp moet dus grondig worden herzien, zowel wat de structuur betreft als inhoudelijk, en wordt bijgevolg niet verder onderzocht.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET