

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 250.897 du 15 juin 2021

A. 222.113/VI-21.018

En cause : **la commune de Farciennes**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la Société wallonne du logement (SWL),
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 mai 2017, la commune de Farciennes demande l'annulation de :

- « la décision de la Société wallonne de Logement prise le 25 février 2017, en exécution de l'article 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable, annulant les décisions prises par le conseil d'administration de la SLSP SAMBRE & BIESME le 9 février 2017 de conclure une convention cadre de marchés conjoints avec la Commune de FARCIENNES et de ne pas mettre en concurrence un marché de services d'inventaire amiante en raison de la relation *in house* l'unissant à l'intercommunale IGRETEC et déclarant, par conséquent, le recours introduit par le Commissaire de la SWL contre les deux décisions susmentionnées, fondé ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 9 février 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 mars 2021.

Par des courriels du 23 mars 2021, l'affaire a été remise *sine die*.

Par une ordonnance du 1^{er} avril 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 avril 2021.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Nathalie Fortemps, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marie Vastmans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur, a été entendue en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits utiles

1. Dans le courant de l'année 2015, la Société de logement de service public « Sambre & Biesme » SCRL (ci-après : « SLSP “Sambre & Biesme” ») et la commune de Farciennes décident d'unir leurs moyens pour créer un écoquartier à Farciennes regroupant environ 150 logements, tant publics que privés. Elles souhaitent faire appel aux services de l'intercommunale IGRETEC pour suivre la mise en œuvre de leur projet, cette société assurant déjà cette mission dans le cadre du périmètre de rénovation urbaine (PRU) de Farciennes au bénéfice de la commune.

L'intercommunale IGRETEC est une société coopérative à responsabilité limitée. Conformément aux articles L-1512-3 et L-1512-6, § 1^{er}, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, elle est une association formée par plusieurs communes et a des objets déterminés d'intérêt communal. Elle exerce des missions de service public et est, à ce titre, une personne morale de droit public, qui n'a pas de caractère commercial.

L'activité de l'intercommunale IGRETEC se déploie dans plusieurs domaines. Son objet social est décrit, dans ses statuts, de la manière suivante (version applicable au litige) :

«

Article 2 - Objet

L'Intercommunale a pour objet :

2.1. Secteur 1 : BUREAU D'ETUDES ET DE GESTION ET CENTRALE D'ACHAT.

2.1.1. BUREAU D'ETUDES ET DE GESTION

- 2.1.1.1. étudier en commun ou éventuellement avec le concours des sociétés privées ou publiques intéressées, toutes questions relatives :
- à la production, au transport et à la distribution du gaz et de l'électricité ;
 - à la fourniture de l'eau aux règles communales ou intercommunales et l'organisation de transports en commun ;
 - à la signalisation routière ;
 - à la radio-distribution ;
 - à la collecte et à la destruction des immondices et à tous autres services analogues ;
 - à la production, distribution, collecte et épuration de l'eau dans la perspective d'une gestion intégrée de l'eau, de l'optimisation et de l'harmonisation des activités du secteur de l'eau ; la coordination de l'égouttage avec le secteur de l'épuration ;
 - au démergement.
- 2.1.1.2. assumer la gestion journalière de tout organisme à caractère industriel, commercial ou de services, d'aider ou de contrôler cette gestion ; assumer la ~~gestion de stations d'épuration et de démergement~~ **d'ouvrages d'assainissement et de démergement** sur le territoire défini par les textes de loi et/ou réglementaires. **Conformément au Code de l'Eau, l'organisme d'assainissement agréé assure les missions de gestion publique de l'assainissement autonome déléguées par la S.P.G.E.**
- 2.1.1.3. prêter des services techniques de tous genres, soit directement, soit avec le concours d'organismes publics ou privés, de bureaux, de techniciens ou d'experts spécialisés.

- 2.1.1.4. organiser l'assistance et la représentation éventuelle des associés ou de tiers dans leurs négociations avec les concessionnaires des services publics et défendre, à leur demande, leurs intérêts en toutes matières relatives au contrôle, à l'interprétation ou à l'exécution de contrats.
- 2.1.1.5. organiser un service d'étude, d'information et de documentation technique et juridique permanent à la disposition de tous.
- 2.1.1.6. aider les communes, les associés ou les tiers à résoudre les problèmes à caractère technique ou industriel auxquels ils sont confrontés.
L'Intercommunale peut faire toutes opérations se rattachant directement ou indirectement à l'un ou l'autre des objets mentionnés ci-dessus, notamment par la constitution d'associations de communes dont I.G.R.E.T.E.C. peut être membre, par la réalisation des ouvrages d'art, usines et bâtiments et/ou par l'acquisition ou la gestion de ceux-ci.

2.1.2. CENTRALE D'ACHAT

Igretec-Centrale d'achat répondant au prescrit de l'article 2.4° de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a pour objet :

- a) d'acquérir des fournitures ou des services en vue de les céder à ses associés ;
- b) de signer et notifier des marchés publics de fournitures ou de services dont ses associés prennent en charge l'exécution ;

2.2. Secteur 2 : DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, SOCIAL ET TOURISTIQUE DE LA REGION DE CHARLEROI ET DU SUD DU HAINAUT

L'intercommunale a pour objet l'aménagement du territoire ainsi que le développement économique, social et touristique dans la région de Charleroi et du Sud du Hainaut ou dans toute autre région qui serait désignée par le Conseil d'administration à la demande de futures affiliées.

Sont notamment compris dans cette partie de l'objet social :

1. l'établissement de plans d'aménagements régionaux, sectoriels, généraux et particuliers au sens du Code Wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme, du Patrimoine et de l'Energie, en abrégé CWATUPE.
2. la création et la gestion d'infrastructures utiles au développement économique, industriel, commercial, touristique, culturel et social ;
3. l'acquisition, l'affectation, l'aménagement et l'équipement, la vente, la concession ou la location de biens immeubles, terrains et/ou bâtiments, à des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, avec charge de les utiliser aux fins auxquelles elles ont été destinées, celles-ci pouvant être notamment industrielle, commerciale, artisanale, touristique, de services, agricole, sylvicole, horticole ou d'élevage ;

4. la politique du logement, en ce compris la construction, le financement et l'utilisation d'unités de voisinages, de centres commerciaux, touristiques et culturels ;
5. l'établissement de complexes sportifs, touristiques et de loisirs comme de zones vertes et agricoles ou tout autre équipement d'hygiène, de salubrité ou

d'assainissement et/ou de valorisation en matière de tourisme ;

6. toute valorisation du sol ou du sous-sol et, spécialement, toutes interventions généralement quelconques en matière d'assainissement du territoire et de ses sites industriels, de démergement et d'épuration des eaux usées ;
7. l'assistance et l'aide à l'application, pour ses secteurs affiliés, de toutes mesures législatives ou réglementaires visant au développement économique, en ce compris les interventions généralement quelconques auprès des instances internationales, nationales, communautaires, régionales, provinciales et communales.
8. l'animation économique et technologique en vue du développement endogène du tissu économique de la zone d'activités.

Pour cette partie de l'objet social, les associés doivent cependant prendre une délibération spéciale en vue de leur affiliation.

L'Intercommunale peut faire toutes opérations se rattachant directement ou indirectement à l'un ou l'autre des objets mentionnés ci-dessus.

2.3. Secteur 3 : PARTICIPATIONS

L'intercommunale a pour objet :

- la prise de participations dans toutes sociétés publiques ou privées exerçant des activités dans le secteur énergétique;
- le financement de la participation publique dans toutes associations, entreprises publiques ou privées, ayant pour objet la production, le transport, la commercialisation ou la distribution de l'énergie ou toute activité de gestion ou de conseil financier, comptable, juridique ou autre à des personnes actives dans le secteur de l'énergie ;
- la prise de participations dans des projets de production d'énergie renouvelable ou de promotion de cette dernière qui seraient initiés sur le territoire des villes et communes associées au secteur ;
- le financement d'unité de production d'énergie ;
- d'organiser et d'assurer la représentation des communes associées à ce secteur dans les associations ou entreprises publiques ou privées, d'assurer et coordonner la défense de leurs intérêts au sein de ces dernières ;
- d'étudier, de préparer, de financer et de gérer l'exploitation de tous régimes de production ou de distribution d'énergie sur le territoire des communes associées à ce secteur et sur le territoire des parcs d'activités économiques développés par l'intercommunale ;
- le financement et l'étude de projets d'efficacité énergétique du patrimoine immobilier des associés.

L'Intercommunale peut faire toutes opérations se rattachant directement ou indirectement à l'un ou l'autre des objets mentionnés ci-dessus.

2.4. Secteur 4 : DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DES ACTIONS IMMOBILIERES LIEES AUX ACTIVITES AEROPORTUAIRES DE L'AEROPORT DE CHARLEROI

L'Intercommunale a pour objet la gestion et le développement des actions immobilières liées aux activités aéroportuaires de l'aéroport de Charleroi, en fonction de ses spécificités, en vue d'une gestion durable de la zone aéroportuaire et des zones environnantes.

L'Intercommunale pourra effectuer tout acte de conservation et/ou de disposition nécessaire à la réalisation de son objet social et entreprendre toute action concrète susceptible de promouvoir les investissements nécessaires.

L'Intercommunale peut faire toute opération se rattachant directement ou indirectement à l'objet ci-dessus.

Elle peut notamment réaliser celui-ci en direct ou en coopérant avec toute autorité ou organisme public ou privé, en concluant toute convention utile et sous-traitant à des organismes d'intérêt public ou sociétés privées.

».

L'intercommunale IGRETEC est composée exclusivement de personnes morales de droit public. Il ressort des documents transmis au Conseil d'État que le 20 décembre 2016 (liste des associés annexée aux statuts coordonnés à cette date), l'intercommunale compte, parmi ses associés, plus de septante communes, dont la commune de Farciennes, et plus de cinquante « autres pouvoirs publics ». Au 31 décembre 2015 (annexe aux comptes annuels), les communes disposaient ensemble de 5.054.351 parts sociales donnant droit au vote en assemblée générale et les « autres pouvoirs publics » de 17.126 parts sociales donnant droit au même vote.

Quant aux modalités de fonctionnement de l'intercommunale, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit, dans sa version applicable au litige, notamment que les lois relatives aux sociétés commerciales sont applicables aux intercommunales pour autant que les statuts n'y dérogent pas en raison de la nature spéciale de l'association (article L-1523-1), que les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence dans les différents organes de gestion de l'intercommunale (article L-1523-8), que les décisions de tous les organes de l'intercommunale ne sont prises valablement que si elles ont obtenu, outre la majorité des voix exprimées, la majorité des voix des associés communaux présents ou représentés au sein de ces organes, les statuts pouvant cependant prévoir des dispositions qui assurent la protection des intérêts des associés minoritaires (article L-1523-9), que les délégués des communes associées à l'assemblée générale sont désignés par le conseil communal de chaque commune

parmi les membres des conseils et collèges communaux (article L-1523-11), qu'aux fonctions d'administrateur qui sont réservées aux communes ne peuvent être nommés que des membres des conseils ou collèges communaux (article 1523-15, § 3), que le nombre de membres du conseil d'administration ne peut être inférieur à dix unités ni supérieur à trente unités, en fonction du nombre d'habitants de l'ensemble des communes associées de l'intercommunale (article 1523-15, § 5) et que le conseil d'administration peut déléguer, sous sa responsabilité, une partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs organes restreints de gestion, qui sont des émanations du conseil d'administration, notamment pour gérer un secteur d'activité particulier de l'intercommunale (article 1523-18).

Dans leur version applicable au présent litige, les dispositions des statuts de l'intercommunale IGRETEC prévoient notamment ce qui suit :

- quant au capital social, aux catégories de parts sociales et à la valeur de ces parts,
 - il y a cinq catégories de parts sociales, dont les parts A attribuées aux communes et les parts C attribuées aux « autres affiliées de droit public » (outre encore des parts D, E et P attribuées également aux communes ou aux autres affiliés de droit public, visant d'autres hypothèses);
 - les parts sociales sont affectées d'un indice 1 lorsque l'associé est affilié au secteur 1 « services publics » et d'un indice 2 lorsque l'associé est affilié au secteur 2 « développements économique, social et touristique de la région de Charleroi et du Sud du Hainaut » (outre les indices 3, 4, I, E, F et L, visant d'autres hypothèses);
 - Sauf les parts D et E, toutes les parts donnent droit au vote en assemblée générale, mais la création de nouvelles parts ne peut avoir aucune incidence sur la majorité dévolue aux détenteurs de parts A, à savoir les communes;
 - la valeur des parts A1, A2, C1 et C2 est fixée à 6,20 euros;
- quant au conseil d'administration,
 - l'intercommunale est administrée par un conseil composé de quinze administrateurs au moins et de trente au plus, nommés par l'assemblée générale;
 - aux fonctions d'administrateur réservées aux titulaires de parts A (les communes) ne peuvent être nommés que des membres des conseils communaux ou collèges communaux;

- au sein du conseil d'administration, les communes disposent toujours de la majorité des voix ainsi que de la présidence;
- chacune des catégories d'associés se réunit séparément pour désigner un nombre de candidats administrateurs; à cette fin, une liste de candidats est établie par les catégories d'associés au sein de celles-ci; chaque associé dispose d'autant de voix qu'il a de parts sociales; les candidatures ainsi présentées sont soumises pour vote à l'assemblée générale;
- une décision au sein du conseil d'administration n'est acquise que si elle recueille, outre la majorité des voix des administrateurs présents ou représentés, la majorité des voix des administrateurs issus des communes associées;
- les délibérations concernant les modifications à apporter au régime de cotisations sociales, l'émission d'obligations ou d'emprunts en général, l'établissement de l'inventaire, du bilan et du compte de résultat ne sont acquises que si elles recueillent, outre la majorité des deux tiers des voix des administrateurs présents ou représentés, la majorité des deux tiers des voix des administrateurs issus des communes associées;
- sous réserve des pouvoirs attribués à l'assemblée générale, aux commissions permanentes et au comité de gestion, le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour l'administration et la gestion de la société ainsi que pour les actes de disposition;

➤ quant aux commissions permanentes

- le conseil d'administration crée quatre commissions permanentes respectivement pour les secteurs 1, 2, 3 et 4; la « commission permanente du bureau d'études et de gestion » établie pour le secteur 1 est uniquement ouverte aux administrateurs issus des parts A1 et C1 tandis que la « commission permanente de développement économique social et touristique de la région de Charleroi et du Sud du Hainaut » établie pour le secteur 2 est uniquement ouverte aux administrateurs issus des parts A2 et C2; ces commissions sont composées de membres désignés par le conseil d'administration en son sein;
- la commission d'un secteur a tous les pouvoirs pour l'administration et la direction de ce secteur, son fonctionnement et la promotion de ses activités, y compris les investissements qu'elle juge nécessaires, mais qui doivent être accompagnés d'un plan de financement et validés par le conseil d'administration;
- les commissions sont présidées par le président du conseil d'administration; elles délibèrent suivant les règles prescrites pour le conseil d'administration;

➤ quant aux assemblées générales,

- les associés possèdent autant de voix que de parts sociales (sauf les parts D et E); nul associé ne peut cependant voter pour un nombre de voix dépassant le cinquième des parts émises ou les deux cinquièmes des parts représentées en assemblée;
- les délégués de chaque commune, de chaque province et de chaque CPAS rapportent à l'assemblée générale, la proportion des votes intervenus au sein de leur conseil;
- sauf les exceptions prévues par la loi et les statuts, une décision n'est acquise que si elle recueille, outre la majorité des voix des associés présents ou représentés, la majorité des voix des associés représentant les communes associées; aucune résolution n'est adoptée que si elle réunit, outre les deux-tiers des voix des associés présents ou représentés, les deux tiers des voix représentant les communes associées.

2. le 29 octobre 2015, la SLSP « Sambre & Biesme » décide d'acheter une part C1 dans cette intercommunale, en motivant cette décision comme il suit :

« Monsieur [M.] a reçu l'IGRETEC qui est d'accord de travailler avec nous notamment sur les HI15 et le PPP sur Aiseau-Presles. Toutefois pour bénéficier de leurs services la société doit acquérir une part d'un montant de 6,20 €.

Une demande d'autorisation pour l'acquisition d'une part devra être introduite à la SWL.

Le Conseil d'administration, à l'unanimité des membres présents, décide d'acquérir une part au sein d'IGRETEC et d'introduire une demande d'autorisation auprès de l'autorité de tutelle ».

3. Le 23 mars 2016, la commune de Farciennes conclut avec l'intercommunale IGRETEC un contrat d'assistance à maître d'ouvrage et d'assistance juridique ainsi qu'un contrat de faisabilité en architecture, stabilité, technique spéciale, voirie, environnement et urbanisme. Dans le cadre de ces missions, IGRETEC propose trois variantes d'aménagements qui intègrent le projet de la SLSP « Sambre & Biesme » et suggère de conclure une convention de marché conjoint entre la SLSP et la commune de Farciennes.

4. Lors de sa séance du 19 janvier 2017, le conseil d'administration de la SLSP « Sambre & Biesme » marque son accord, d'une part, « sur le projet de convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes » et, d'autre part, « sur le cahier spécial des charges concernant la désignation d'un bureau

d'expert pour réaliser l'inventaire et le programme de gestion dans la problématique de l'amiante ». Ce cahier des charges est établi par l'intercommunale IGRETEC. Il est décrit comme la première étape de mise en œuvre du projet d'écoquartier à Farciennes.

5. Le 26 janvier 2017, le conseil communal de la commune de Farciennes décide d'« approuver la convention cadre de marchés conjoints de services, de travaux et de promotion de travaux » à conclure avec la SLSP « Sambre & Biesme ».

Cette convention a pour objet de déterminer les droits et obligations respectifs de la commune de Farciennes et de la SLSP « Sambre & Biesme » pour la conception et la réalisation des travaux de création de l'écoquartier à Farciennes.

Il y est notamment prévu de passer des marchés publics conjoints de services, de travaux et de promotion de travaux et de désigner la commune de Farciennes pour agir en qualité de pouvoir adjudicateur en leur nom collectif et prendre seule toute décision relative à la passation et à l'attribution des marchés (article 1^{er}), étant entendu qu'avant toute décision prise en exécution de la convention, les parties se concertent au sein d'un comité de pilotage, composé de représentants de chaque partie (article 2). La commune de Farciennes s'engage notamment à introduire les demandes de permis pour les voiries et les logements de la SLSP « Sambre & Biesme » et à assurer, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, la gestion administrative des documents de projet et des adjudications (mise en concurrence des marchés éventuels, sélection qualitative, analyse des offres, attribution des marchés, délivrance des ordres d'exécution des marchés, gestion des litiges éventuels, organisation des procédures de réception des biens construits) ainsi que la direction d'ensemble des travaux, leur coordination et leur bonne exécution (vérification de l'état d'avancement, organisation des réunions de chantier, contrôle du planning des travaux, *etc.*). La commune de Farciennes procède ou fait procéder au paiement des états d'avancement établis par les adjudicataires et autres propositions de paiement, chaque partie payant sa quote-part de services, travaux et promotion de travaux sur la base d'une facturation séparée. Elle établit les décomptes et avenants et organise les opérations de réception et de contrôle des ouvrages du projet (article 3). Pour le reste, les deux parties prennent les délibérations nécessaires à l'exécution de la présente convention, inscrivent à leurs budgets les dépenses destinées au financement du projet, sollicitent les subventions pour la part du projet qui les concerne et paient dans les délais prescrits aux

adjudicataires les montants de leur quote-part dans les coûts du projet (article 4).

L'article 5 de la convention cadre de marchés conjoints, intitulé « choix de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour la mise en œuvre de marchés de services, de travaux et de promotion de travaux et pour la réalisation du dossier de revitalisation urbaine », dispose que « les parties conviennent que la commune de Farciennes conclut avec IGRETEC [...] une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement, et ce dans le cadre de la relation “*in house*” qui unit chacune des parties à ladite intercommunale ».

L'article 6 de la convention, intitulé « paiement des factures », prévoit notamment que « dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage comme mentionné dans l'article 5 de cette convention, les paiements des prestations, tant des acomptes mensuels que du solde des deux premiers thèmes, sont répartis à parts égales entre la commune de Farciennes et Sambre et Biesme » et que « [q]uant à la phase de mise en œuvre des travaux, les paiements des prestations, tant des acomptes mensuels que du solde, sont effectués directement par chaque partie, au *prorata* de sa quote-part dans le projet », cette quote-part devant être définie lors d'une réunion du comité de pilotage.

L'annexe 1 à la convention, intitulée « règlement d'ordre intérieur du comité de pilotage », indique que ce comité est constitué de quatre représentants de la commune de Farciennes, de deux représentants de la SLSP « Sambre & Biesme », de deux représentants de la SWL et de deux représentants d'IGRETEC, que les convocations sont assurées à l'initiative d'IGRETEC, que les décisions du comité sont prises par consensus pourvu qu'au moins un représentant de chaque partie, signataire à la convention de marchés conjoints, soit présent, qu'IGRETEC dresse le procès-verbal des réunions du comité et l'adresse pour accord aux membres du comité de pilotage, qu'en cas d'aléas en cours de chantier (litige ayant pour conséquence possible un dépassement de l'enveloppe budgétaire ou une modification des éléments du marché), IGRETEC rédige, en sa qualité de secrétaire du comité de pilotage, une proposition d'avenant et une note explicative qu'elle adresse à chacun des membres du comité de pilotage et fixe une réunion à ce sujet, que le comité de pilotage se prononce sur la base des documents et des explications fournis par IGRETEC qui soumet ensuite un projet de délibération à l'organe compétent de chaque partie, en vue de l'adoption de l'avenant précité, la preuve de cette adoption devant ensuite être transmise à IGRETEC pour exécution.

6. Le 9 février 2017, le conseil d'administration de la SLSP « Sambre & Biesme » décide, d'une part, « d'approuver la conclusion d'une convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes » et, d'autre part, « de ne pas mettre en concurrence le marché public de services d'inventaire amiante » pour lequel il avait précédemment approuvé le cahier spécial des charges « vu la relation *in house* entre la société et IGRETEC ».

7. Le 10 février 2017, le commissaire de la SWL, affecté à la SLSP « Sambre & Biesme », introduit, à l'encontre des deux décisions du 9 février 2017 précitées, un recours auprès de la SWL, en application de l'article 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable.

Ce recours se fonde sur une décision « de principe » du 20 juin 2016 aux termes de laquelle le conseil d'administration de la SWL « décide de considérer que les conditions de l'exception "*in house*" ne sont actuellement pas remplies dans les relations entre les SLSP et IGRETEC et par conséquent, refuse, à défaut de modification substantielle des statuts d'IGRETEC, de donner l'autorisation aux SLSP de leur passer commande sans respecter la loi sur les marchés publics ». Il est précisé, dans le recours, qu'aucun « contrôle analogue » n'est exercé par la SLSP « Sambre & Biesme » sur l'intercommunale IGRETEC « dans le capital de laquelle elle ne dispose que d'une part sociale », en sorte qu'« aucune relation "*in house*" n'unit la société de logement "Sambre & Biesme" à l'intercommunale IGRETEC ».

8. Le 15 février 2017, la SLSP « Sambre & Biesme » fait valoir ses observations. Elle conteste notamment l'affirmation selon laquelle elle n'exercerait aucun « contrôle analogue » sur l'intercommunale IGRETEC, alors qu'elle a fait l'acquisition d'une part sociale dans cette société, que cette dernière « a modifié ses statuts en conséquence » et que cette décision n'a fait l'objet d'aucune réaction de la part de la SWL qui, au contraire, a soutenu le projet jusque-là.

9. Le 25 février 2017, la SWL annule les décisions du conseil d'administration de la SLSP « Sambre & Biesme » du 9 février 2017 d'approuver la convention cadre de marchés conjoints passée avec la commune de Farciennes et de refuser la mise en concurrence d'un marché de services d'inventaire amiante en raison d'une prétendue relation *in house* l'unissant à l'intercommunale IGRETEC.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est motivé comme il suit :

« 1. Examen de la recevabilité :

[...]

Le présent recours est recevable.

2. Sur le fond

a) Décisions faisant l'objet du recours

Considérant que le recours est dirigé contre deux décisions prises par le Conseil d'administration de la SLSP SAMBRE & BIESME en date du 9 février 2017, d'approuver la conclusion d'une convention cadre de marchés conjoints avec la Commune de FARCIENNES et de refuser de mettre en concurrence un marché de services d'inventaire amiante en raison d'une relation *in house* liant la société de logement à l'intercommunale IGRETEC;
[...]

b) Législation applicable dans le cadre du présent recours

Considérant que les décisions contestées sont relatives à la passation et à l'attribution de marchés par la SLSP SAMBRE & BIESME;

Qu'il y a lieu de faire application des dispositions légales suivantes :

- Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services notamment les articles suivants : art. 5, 9 et 38;
- Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 4;

c) Examen de l'existence d'une relation *in house* entre la SLSP SAMBRE & BIESME et l'intercommunale IGRETEC

Considérant qu'il ressort, tant du recours introduit par le Commissaire que des observations de la SLSP SAMBRE & BIESME, que la question de l'existence d'une relation *in house* entre la SLSP et l'intercommunale IGRETEC est au cœur des deux décisions contestées;

Considérant que d'après ses observations, la SLSP SAMBRE & BIESME détient une seule part sociale dans l'Intercommunale IGRETEC; c'est également ce qu'affirme le Commissaire dans son recours;

Qu'il faut dès lors déterminer si la détention d'une seule part sociale par la SLSP SAMBRE & BIESME dans le capital d'IGRETEC lui permet de bénéficier des services de cette intercommunale dans le cadre d'une relation *in house*, et donc en dehors de toute mise en concurrence;

Qu'en effet, la notion d'exception *in house* permet, dans certaines conditions, à un pouvoir adjudicateur d'échapper à l'application de la loi sur les marchés publics;

Que pour rentrer dans les conditions légales pour pouvoir bénéficier de cette exception jurisprudentielle au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), il faut que :

- Le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue sur le cocontractant et,
- Le contractant exerce l'essentiel de son activité pour le compte du pouvoir adjudicateur;

Que si ces deux critères, lesquels sont cumulatifs, sont satisfaits, on peut considérer qu'il n'y a pas de contrat entre deux personnes distinctes au sens des Directives européennes et donc qu'il n'y a pas lieu de faire application de la réglementation sur les marchés publics;

Considérant que l'analyse de ces critères appliqués à la relation entre IGRETEC et une société de logement de service public détenant une seule part sociale dans le capital de ladite intercommunale, comme c'est le cas pour SAMBRE & BIESME, emporte les constats suivants :

- Sur la première condition : le contrôle analogue

Le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur, au sens de la jurisprudence de la C.J.U.E. doit lui permettre d'influencer les décisions de l'entité qui se voit attribuer le marché. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions les plus importantes (arrêt TECKAL, C.J.U.E., arrêt du 18 novembre 1999, C-107/98, TECKAL).

Le fait que SAMBRE & BIESME détienne une participation infime dans le capital d'IGRETEC n'a pas pour conséquence d'exclure en soi que cette participation minoritaire permette néanmoins un contrôle suffisant. Dans l'affaire SEA, la CJUE a estimé que le critère analysé est rempli même si le pouvoir adjudicateur ne détient que 0,25 % du capital de l'entreprise adjudicataire.

Cependant, les statuts d'IGRETEC confèrent une importance plus grande à ses associés communaux (catégorie "A") au détriment des autres entités publiques (catégorie "C"). Les associés de la catégorie "C" — dont fait partie SAMBRE & BIESME — ne sont pas assurés d'être représentés par leurs propres membres au conseil d'administration et disposent d'autant de voix qu'ils ont de parts sociales. Ainsi, l'influence — qui doit être dominante pour répondre aux exigences de la jurisprudence européenne — d'une société de logement de service public est proportionnelle au nombre de parts en sa possession, une détention infime du capital social d'IGRETEC menant, par conséquent, à une faible influence.

En outre, seules les communes associées disposent, à l'assemblée générale, de la possibilité de bloquer les décisions.

Au vu de ce qui précède, on peut raisonnablement douter du fait que SAMBRE & BIESME dispose des pouvoirs exorbitants justifiant une influence déterminante et ce, plus particulièrement, en ce qu'elle ne possède qu'une seule part dans le capital social d'IGRETEC. A contrario, les statuts d'IGRETEC octroient manifestement aux communes (catégorie A) des pouvoirs de contrôle substantiels.

Le juge belge doit, en effet, pouvoir vérifier que le contrôle sur IGRETEC est exercé de manière réelle, par l'ensemble de ses associés publics (E. GILLET et C. DUBOIS, p. 13).

En l'espèce, les statuts d'IGRETEC confèrent actuellement une prédominance aux communes, de sorte que SAMBRE & BIESME n'est pas en mesure de prouver que les autres associés publics disposent, eux aussi, d'une influence réelle et déterminante.

D'après les informations dont dispose la SWL, et contrairement à ce qu'affirme la SLSP dans ses observations, les statuts IGRETEC n'ont pas été modifiés de manière substantielle à cet égard, bien que la question ait été envisagée;

- Sur la deuxième condition : l'essentiel des activités exercées au profit des pouvoirs adjudicateurs

Pour mémoire, la CJUE a considéré qu'une entité qui exerce 90 % de ses activités au profit d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exerce en réalité "l'essentiel de ses activités" au profit de celui/ceux-ci (C.J.U.E., arrêt du 19 avril 2007, c-

295/05, ASEMFO). Cette deuxième condition semble bien remplie dans le chef d'IGRETEC, dans la mesure où 90 % de son chiffre d'affaires est réalisé de par ses activités au profit des associés publics.

[...]

Bien que le deuxième critère soit satisfait, la condition relative au contrôle analogue n'est quant à elle pas rencontrée en l'état actuel des statuts d'IGRETEC. [...], l'exception de la relation *in house* ne pourra être appliquée;

d) Décision prise par la SLSP SAMBRE & BIESME de conclure une convention cadre de marchés conjoints avec la Commune de FARCIENNES

Que la conclusion d'une telle convention cadre trouve sa base légale et est régie par l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, lequel dispose que:

“ Art. 38. En cas de marché conjoint pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents et, le cas échéant, de personnes de droit privé, les personnes intéressées désignent l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, en qualité de pouvoir adjudicateur. Les conditions du marché peuvent prévoir un paiement séparé pour chacune de ces personnes.”;

Qu'en l'espèce, et conformément aux termes de l'article 1 de la Convention cadre de marchés conjoints, c'est la commune de FARCIENNES qui a été désignée comme pouvoir adjudicateur « pilote » pour la passation et l'attribution des marchés;

[...]

Considérant que la conclusion d'une convention cadre de marchés conjoints par la SLSP SAMBRE & BIESME avec un autre pouvoir adjudicateur est autorisée dans son principe par la réglementation relative aux marchés publics et n'est pas problématique en soi; que la désignation de la commune de FARCIENNES comme pouvoir adjudicateur est également autorisée;

Que cependant, en l'espèce, (...), les articles 5 et 6 de la Convention cadre posent problème; Que ces articles stipulent que:

“ Article 5: Choix de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour la mise en œuvre de marchés de services, de travaux et de promotion de travaux et pour la réalisation du dossier de revalorisation urbaine :

Les parties conviennent que la commune de FARCIENNES conclut avec IGRETEC, sise Boulevard Mayence n°1 à 6000 Charleroi, une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement et ce, dans le cadre de la relation *in house* qui unit chacune des parties à ladite intercommunale.

Article 6 : Paiement de factures

Dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage comme mentionné dans l'article 5 de cette convention, les paiements des prestations, tant des acomptes mensuels que du solde, sont répartis à parts égales entre la COMMUNE DE FARCIENNES et SAMBRE ET BIESME.”;

- Analyse de l'article 5 de la Convention cadre

Considérant tout d'abord que c'est de manière erronée que l'article 5 de la Convention cadre de marchés conjoints fait référence à une relation *in house* qui unirait chacune des parties à IGRETEC, puisqu'il n'est pas démontré que les conditions de l'exception *in house* sont remplies entre la SLSP SAMBRE & BIESME et IGRETEC;

[...]

Que l'attribution de ce marché, par le biais de l'article 5 de la Convention cadre, ne rencontre donc pas, dans le chef de la SLSP SAMBRE & BIESME, l'exigence

de motivation des décisions posée par l'article 4, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fourniture et de services, dans la mesure où cette motivation est erronée;

Qu'en effet, seule la Commune de FARCIENNES peut se prévaloir d'une relation *in house* avec 1GRETEC;

Considérant que la désignation de la Commune de FARCIENNES comme pouvoir adjudicateur pilote à l'article 1 de la Convention cadre des marchés conjoints n'est par ailleurs pas suffisante pour justifier l'attribution directe du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement à l'intercommunale IGRETEC, au nom des différentes parties à la Convention cadre, même si la Commune de FARCIENNES bénéficie individuellement de l'exception *in house* dans ses relations avec IGRETEC;

Qu'en effet, l'exception *in house*, comme son nom l'indique constitue une exception à l'application des marchés publics et doit rester de stricte interprétation;

[...]

Qu'ainsi, dans le cadre d'un marché conjoint, les différents partenaires se regroupent au niveau de la conception de la commande, mais les procédures habituelles de marché doivent être respectées;

Que sur base de l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, un marché conjoint est d'ailleurs possible entre un pouvoir adjudicateur et une personne de droit privé;

Que si la personne de droit privé n'était pas obligée de respecter, dans le cadre d'un marché conjoint, les règles qui s'imposent au pouvoir adjudicateur partenaire du marché conjoint, il suffirait de désigner cette personne de droit privé comme pouvoir adjudicateur pilote pour pouvoir contourner assez aisément l'application de la loi sur les marchés publics;

Qu'une telle interprétation de l'article 38 précité aurait pour conséquence de vider la réglementation de sa substance dans le cadre des marchés conjoints;

[...]

Qu'en conséquence, même si le pouvoir adjudicateur pilote bénéficie d'une relation *in house* avec une entité attributaire, il devra quand même mettre le marché en concurrence dans l'hypothèse où ses partenaires dans le marché conjoint ne peuvent se prévaloir également de l'exception *in house*;

Que cette interprétation stricte de la loi applicable en matière de marchés publics est en outre confortée par la jurisprudence ECONORD de la CJUE (Cf. Arrêt de la Cour du 29 novembre 2012 dans les affaires jointes C-182/11 et C-183/11. Cf. Points 9 à 13 et 30 à 33.);

Que cet arrêt a été rendu sur question préjudicielle par la Cour de Justice de l'Union européenne dans une affaire où les circonstances de fait étaient fort similaires à la situation faisant l'objet du présent recours;

[...]

Considérant qu'au vu de ce qui précède, l'article 5 de la Convention cadre de marchés conjoints n'est pas conforme à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment aux articles 5 (respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les entreprises et de mise en concurrence) et 9 (interdiction des conventions de nature à fausser les conditions normales de la concurrence);

- Analyse de l'article 6 de la Convention cadre

Qu'il est bien entendu possible, sur base de l'article 38 de la Loi du 15 juin 2006, de prévoir un paiement séparé pour chacun des partenaires au marché conjoint,

mais cette répartition doit correspondre à la répartition des prestations réellement effectuées en faveur des uns et des autres;

Que la SLSP SAMBRE & BIESME, entité publique bénéficiant de subsides régionaux, ne doit en aucun cas absorber une partie des dépenses qui seraient faites au profit de la Commune de FARCIENNES dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage,

Que la Convention cadre ne peut dès lors prévoir à l'avance que les paiements de prestations effectuées dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage seront répartis à parts égales;

Qu'en cela, l'article 6 de la Convention cadre est illicite et contraire à l'intérêt général et au principe de bonne administration;

e) Décision prise par la SLSP SAMBRE & BIESME de ne pas mettre en concurrence un marché de services d'inventaire amiante en raison de la relation *in house* l'unissant à l'intercommunale IGRETEC

Considérant que c'est également de manière erronée que cette décision de la SLSP SAMBRE & BIESME fait référence à une relation *in house* qui l'unirait à l'intercommunale IGRETEC, puisqu'il n'est pas démontré que les conditions de l'exception *in house* sont remplies entre la SLSP SAMBRE & BIESME et IGRETEC (cf. supra, point c).

Que l'attribution directe de ce marché d'inventaire amiante ne rencontre donc pas, dans le chef de la SLSP SAMBRE & BIESME l'exigence de motivation des décisions posée par l'article 4, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans la mesure où cette motivation est erronée;

Qu'en outre, cette décision n'est pas conforme à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment l'article 5 (respect du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination entre les entreprises et principe de mise en concurrence);

Qu'enfin, au vu des considérations qui ont été développées ci-dessus concernant la Convention cadre de marchés conjoints avec la Commune de FARCIENNES (cf. supra, point d), la SLSP SAMBRE & BIESME ne pourrait pas plus fonder son refus de mettre le marché d'inventaire amiante en concurrence sur base de cette convention;

Que, partant, le recours est déclaré fondé; les deux décisions querellées sont annulées;

Considérant qu'en réponse aux arguments soulevés par la SLSP SAMBRE & BIESME, dans ses observations, quant au timing de la réaction de la SWL, qui serait trop tardive selon cette dernière, il faut ici rappeler que le Commissaire ne peut introduire son recours qu'une fois les décisions prises par les organes de gestion de la société de logement de service public, et ce dans les quatre jours (art. 168 CWLHD);

Que le Commissaire ne pouvait dès lors introduire un quelconque recours à caractère préventif, avant que le Conseil d'administration de la SLSP SAMBRE & BIESME ne prenne officiellement la décision d'approuver la conclusion de la Convention cadre de marchés conjoints avec la Commune de FARCIENNES;

Qu'en outre, s'il est parfaitement exact que la SWL soutient l'ambitieux projet porté par la SLSP SAMBRE & BIESME et la Commune de FARCIENNES de réaliser un nouvel écoquartier, les représentants de l'administration de la SWL ont toujours souligné que les marchés passés dans le cadre de ce projet devraient en toute hypothèse respecter les règles applicables en matière de marchés publics et être soumis pour approbation à la tutelle;

Que Monsieur [D.] (pour la Direction territoriale du Hainaut) et Madame [D.]

(pour la Direction des marchés publics) adressaient déjà des courriers électroniques en ce sens au Directeur-gérant de la SLSP en date du 19 octobre et du 20 octobre 2016;

Que les considérations émises par la SLSP SAMBRE & BIESME dans le cadre de ses observations ne sont donc pas de nature à remettre en cause les développements juridiques qui précèdent [...] ».

Par un pli recommandé du 28 février 2017, réceptionné le 1^{er} mars 2017, cette décision est notifiée à la SLSP « Sambre & Biesme » qui introduit, à son encounter, un recours en annulation enrôlé sous le numéro A. 222.093/VI-21.017. La SLSP transmet la décision attaquée à la commune de Farciennes qui déclare l'avoir reçue le 6 mars 2017 et introduit, contre celle-ci, le présent recours.

IV. Recevabilité du recours

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

Quant à l'intérêt à agir, la requérante soutient que si elle n'est pas le destinataire de l'acte attaqué, celui-ci lui cause grief et son annulation lui procurera un avantage. Elle expose que l'acte attaqué empêche la conclusion avec la SLSP « Sambre & Biesme » de la convention cadre de marchés conjoints pour la création d'un nouvel écoquartier à Farciennes, ce qui revient à lui interdire de conclure cette convention et donc de mettre en œuvre ce projet qu'elles ont en commun.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la requérante n'établit pas qu'elle dispose d'un intérêt personnel et direct au recours, dès lors qu'elle ne démontre pas en quoi l'acte attaqué porterait atteinte à l'intérêt communal et, plus précisément, à la réalisation des missions qui sont confiées à la requérante par la loi. Elle ajoute que l'acte attaqué n'empêche pas la commune de Farciennes de mettre en œuvre le projet d'écoquartier, mais lui impose uniquement de se conformer à la réglementation relative aux marchés publics de sorte que la commune pourrait prendre, sans attendre l'arrêt à intervenir, des dispositions à cet effet. Elle en déduit que la requérante est à l'origine de la situation dans laquelle elle se trouve actuellement et qu'elle n'établit pas que l'acte attaqué lui ferait grief, en modifiant l'ordonnancement juridique d'une manière qui lui serait personnellement préjudiciable. Elle ajoute que la requérante ne démontre pas en quoi l'annulation de

l'acte attaqué lui procurerait un avantage d'ordre matériel ou moral tangible.

3. Mémoire en réplique

La commune de Farciennes réplique que la convention cadre de marchés conjoints qui a pour objet le nouvel écoquartier relève bien de ses missions d'intérêt communal, que cet écoquartier s'inscrit dans la mise en œuvre du périmètre de rénovation urbaine approuvé par le Gouvernement wallon par un arrêté du 20 novembre 2014, que ce projet tend à créer des logements, une nouvelle voirie et un parc équipé en bord de Sambre avec une liaison avec l'écopôle, qu'il est complémentaire à la création de logements par la SLSP « Sambre & Biesme » et que ce projet s'implantera évidemment sur son territoire.

Elle rappelle qu'en vertu du Code wallon du logement et de l'habitat durable, la commune doit assurer une offre de logements cohérente et coordonnée sur son territoire pour tous ses habitants et que d'ici l'an 2030, tenant compte de l'évolution démographique en Wallonie, 12.000 nouveaux logements devront être créés. Elle indique qu'elle a créé la SLSP « Sambre & Biesme » notamment pour assurer cette mission et considère que l'acte attaqué entrave cette mission d'intérêt communal.

Elle ajoute que l'acte attaqué modifie bien l'ordonnancement juridique dès lors qu'il s'agit d'un acte de tutelle annulant une décision prise par le conseil d'administration de la SLSP « Sambre & Biesme » de conclure avec elle une convention cadre de marchés conjoints. Elle fait valoir qu'à suivre la thèse de la partie adverse, fondée sur le présupposé que l'autorité de tutelle ne ferait nécessairement que rappeler le droit applicable, aucun recours ne serait possible à l'encontre d'une décision d'une autorité de tutelle puisqu'il appartiendrait à quiconque de s'y conformer. Elle soutient que, comme le dénoncent les moyens, la conclusion par la SLSP « Sambre & Biesme » de marchés conjoints avec la commune de Farciennes et l'intercommunale IGRETEC n'est cependant pas soumise à la législation relative aux marchés publics.

Elle souligne, pour le surplus, que la mise en œuvre du projet suppose bien plusieurs marchés publics pour lesquels l'assistance à la maîtrise d'ouvrage a été confiée à IGRETEC et qu'en menant un projet unique commune/S.L.S.P., les deux entités entendent non seulement agir en bonne gouvernance, mais aussi maîtriser les coûts, raison pour laquelle elles sont membres d'IGRETEC. Elle

considère que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse est d'autant plus absurde que la SWL a été informée du projet ainsi qu'en attestent les procès-verbaux de réunions.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante indique ne pas avoir d'observations complémentaires à faire valoir.

5. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse répète les arguments de son mémoire en réplique en précisant que la décision attaquée, qui n'empêche aucunement la commune de Farciennes de mettre en œuvre le projet en cause, n'entrave pas sa mission d'intérêt public, contrairement à ce que celle-ci semble soutenir.

6. Débats oraux à l'audience

Les parties ne reviennent pas sur la question de la recevabilité du recours à l'audience.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte de tutelle attaqué annule notamment la décision prise par la SLSP « Sambre & Biesme » d'approuver la conclusion d'une convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes. Un tel acte constitue une décision qui modifie l'ordonnancement juridique dans le cadre d'un projet particulier. Elle empêche, par ailleurs, la conclusion de la convention entre la commune requérante et la SLSP, puisque, en application de l'article 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable, l'acte par lequel la SLSP a donné son consentement à la convention a été suspendu à la suite du recours introduit par le commissaire de la SWL, puis annulé par l'acte attaqué.

Les communes sont chargées d'une manière générale de tout ce qui est d'intérêt communal et sont recevables à agir pour la sauvegarde de cet intérêt. Comme l'expose la commune de Farciennes, la convention cadre de marchés conjoints à conclure avec la SLSP « Sambre & Biesme » a pour objet la réalisation du nouvel écoquartier qui doit s'implanter sur son territoire et qui s'inscrit dans la

mise en œuvre du périmètre de rénovation urbaine (PRU) de la commune. Ce projet vise à créer des logements mixtes (publics et privés), une nouvelle voirie et un parc équipé en bord de Sambre avec une liaison avec l'écopôle. La réalisation de ce projet relève bien de l'intérêt communal. Certes, l'acte de tutelle attaqué n'interdit pas, en tant que tel, la réalisation d'un projet d'écoquartier. Il entrave cependant la mise en œuvre de ce projet – tel que la commune l'a conçu – en vue de remplir sa mission d'intérêt communal.

Si la commune requérante n'est pas le destinataire de l'acte de tutelle attaqué, celui-ci empêche toutefois la conclusion de la convention cadre de marchés conjoints projetée par la commune et la SLSP « Sambre & Biesme », dont chaque partie affirme qu'elle devait tirer un bénéfice.

La commune requérante peut donc se prévaloir d'un intérêt à agir suffisamment direct et individualisé. En tant qu'il la prive de la possibilité de conclure, avec la SLSP, la convention cadre, l'acte attaqué cause bien grief à la commune requérante.

L'exception d'irrecevabilité du recours soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen du défaut de motivation, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir.

La requérante fait tout d'abord observer que la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE devait être transposée au plus tard pour le 18 avril 2016 et que le législateur belge a transposé cette directive par une loi du 17 juin 2016 qui, au moment de l'introduction de la présente requête, n'est toujours

pas entrée en vigueur. Elle rappelle que les dispositions inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive se voient accorder un effet direct si elles n'ont pas été transposées dans les délais imposés.

La requérante fait valoir que, contrairement à ce qui est allégué dans l'acte attaqué, les conditions d'application de l'exception *in house* sont bien remplies en l'espèce, tant dans les relations entre la requérante et IGRETEC qu'entre la SLSP « Sambre & Biesme » et cette intercommunale, et que la partie adverse a méconnu le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Quant aux conditions de l'exception *in house*, elle renvoie à l'arrêt *Econord* rendu le 29 novembre 2012 par la Cour de justice de l'Union européenne (C-182/11 et C-183/11). Elle souligne que, dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général a notamment indiqué que la condition du contrôle analogue est remplie à condition que les entités adjudicatrices disposent d'une position statutaire leur permettant d'influencer conjointement l'adoption des décisions importantes et les objectifs stratégiques de la société adjudicataire et qu'en tout état de cause, la société ne peut pas être exclusivement contrôlée par l'entité publique qui détient une participation majoritaire dans son capital.

Elle souligne que, dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008 (C-324/07), la Cour a considéré que, s'agissant d'une intercommunale pure, la condition du contrôle analogue était satisfaite en cas de contrôle exercé, au travers des organes statutaires, par les autorités publiques affiliées à la société coopérative intercommunale, que ce contrôle peut être exercé conjointement par les autorités publiques affiliées à la société coopérative intercommunale statuant, le cas échéant, à la majorité et que si le contrôle devait être effectif, il n'était pas indispensable qu'il soit individuel.

Elle indique que la SLSP « Sambre & Biesme » dispose d'une part sociale dans le capital de l'association intercommunale IGRETEC, que cette participation n'est pas purement formelle ou symbolique, qu'elle n'a pas été acquise pour « échapper aux règles des marchés publics » et qu'elle n'empêche pas de satisfaire à la condition dite du contrôle analogue.

Se référant toujours à l'arrêt *Coditel Brabant* précité, elle estime que le nombre de parts dans le capital de la société ou encore le pourcentage que représente

la participation de tel pouvoir public n'est pas le critère déterminant, dès lors que la Cour a déjà admis que, dans certaines circonstances, la condition relative au contrôle exercé par l'autorité publique pouvait être remplie dans le cas où une telle autorité ne détenait que 0,25 % du capital d'une entreprise publique. Elle fait valoir qu'il n'est pas non plus exigé que la SLSP dispose « de pouvoirs exorbitants justifiant une influence déterminante », que ce n'est pas la proportion dans le capital qui est déterminante, mais qu'il faut avoir égard, pour apprécier le critère du contrôle analogue, à l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes de l'espèce.

Elle explique que, par l'acquisition de cette part unique, la SLSP « Sambre & Biesme » est devenue un associé à part entière de l'intercommunale pure IGRETEC, que, ce faisant, elle s'est associée avec les autres communes et « autres pouvoirs publics » déjà membres de l'intercommunale pour que celle-ci réalise, dans le cadre de cette coopération publique, les missions en vue desquelles elle a été constituée. Elle ajoute qu'une part suffit et qu'il ne s'agit pas pour la SLSP de prendre une participation dans une optique d'investissement et donc d'un résultat financier lié à un nombre de parts et que la SLSP n'a pas non plus intérêt à acquérir davantage de parts sociales d'IGRETEC, étant donné qu'elle n'est pas spécialement intéressée par les autres pôles d'activités de cette intercommunale.

Elle fait valoir que la coopération publique se justifiait par le projet conjoint mené par la commune et la SLSP pour la création d'un nouvel écoquartier à Farciennes, projet pour lequel la commune avait déjà recouru à la coopération d'IGRETEC, cette coopération s'inscrivant aussi dans les missions d'intérêt général confiées à l'intercommunale au bénéfice de ses membres (spécialement le développement économique et social de la Région de Charleroi et du Sud du Hainaut qui comporte la politique du logement).

Elle souligne que la SLSP « Sambre & Biesme » a comme actionnaires principaux la commune de Farciennes et la commune d'Aiseau-Presles, de sorte qu'elle en est l'émanation dans les missions que les communes doivent assurer en termes de logements publics.

Elle fait valoir qu'un contrôle analogue est bien exercé conjointement par tous les pouvoirs publics sur les organes de l'intercommunale et que la « prépondérance communale », prévue dans le respect du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, n'emporte pas que les communes disposent, seules,

du pouvoir de contrôle de l'intercommunale, ce qui exclurait qu'il puisse être satisfait à la condition dite du contrôle analogue. Elle précise en quoi les statuts d'IGRETEC attestent bien que les associés publics autres que les communes peuvent influencer de manière déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'intercommunale (les parts C attribuées aux affiliés autres que les communes donnent droit au vote en assemblée générale, chacune des catégories d'associés se réunit séparément pour désigner un nombre de candidats administrateurs correspondant au nombre de mandats à conférer sur sa proposition, le candidat désigné doit réunir la majorité simple au sein de l'assemblée générale et, en cas de parité des voix à l'assemblée générale, la proposition est rejetée). Elle en conclut que la prépondérance donnée aux communes dans les statuts de l'intercommunale ne saurait dénier l'existence du critère du contrôle analogue et que retenir pareille position reviendrait à exclure la relation *in house* dans le cadre d'une coopération entre pouvoirs publics autres que les communes au sein d'une structure intercommunale.

Elle relève que, tout comme dans l'affaire *Coditel Brabant*, cette prédominance communale n'implique pas que l'intercommunale aurait, ce faisant, une « marge d'autonomie » excluant l'exercice par la SLSP d'un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, la Cour de justice ayant alors souligné que l'intercommunale BRUTÉLÉ était constituée sous la forme d'une société coopérative intercommunale (ce qui est également le cas d'IGRETEC), qu'elle était dépourvue de caractère commercial et que ses statuts tenaient à la réalisation de missions d'intérêt communal sans que soient poursuivis des intérêts distincts de celui des autorités publiques qui lui étaient affiliées. La Cour a également précisé qu'il ne pouvait être exigé que le contrôle exercé par une autorité publique soit individuel, ce qui aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques telles une société coopérative intercommunale, et qu'un tel résultat ne serait pas conforme au système des règles communautaires en matière de marchés publics et de concessions, car il est admis qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ces mêmes services et que cette possibilité pour les autorités publiques de recourir à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public peut être exercée en collaboration avec d'autres autorités publiques.

Elle fait valoir que les règles communautaires en matière de marchés publics n'empêchent pas qu'une SLSP puisse collaborer avec d'autres pouvoirs publics communaux, au travers d'une association intercommunale, pour accomplir des tâches d'intérêt public commun. Elle indique que la relation *in house* entre la SLSP et l'intercommunale ne vise pas à échapper aux règles relatives aux marchés publics puisque l'objet même de la convention est de décider de passer des marchés publics conjoints dans le cadre de la conception et de la réalisation des travaux de création de l'écoquartier à Farciennes, que la collaboration avec IGRETEC vise spécialement à permettre une assistance à la maîtrise d'ouvrage pour la mise en œuvre de ces marchés publics tenant compte des missions de l'intercommunale et que rien ne justifie que la SLSP soit contrainte de « s'ouvrir au marché » pour s'assurer une telle collaboration qu'elle a voulue purement publique.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse expose, à titre d'observation liminaire, que la décision du 29 octobre 2015 du conseil d'administration de la SLSP « Sambre & Biesme » d'acquérir une part au sein d'IGRETEC pour un montant de 6,20 euros avait bien pour seul but d'échapper à l'application de la réglementation relative aux marchés publics en invoquant l'exception *in house* pour recourir directement aux services d'IGRETEC. Elle indique que cette manœuvre ne permet cependant pas de faire appel à cette exception et qu'elle ne l'a, du reste, jamais acceptée. La partie adverse fait valoir que, si elle ne s'est pas opposée à l'acquisition, par la SLSP « Sambre & Biesme », d'une part du capital d'IGRETEC, cela ne signifie pas qu'elle avait connaissance de l'intention de cette société de logement d'échapper à l'application de la réglementation relative aux marchés publics ni *a fortiori* qu'elle approuverait un éventuel recours à l'exception *in house* à la suite de cette acquisition. Elle souligne que l'intercommunale IGRETEC a été informée, par un courrier du 6 juillet 2016, de la décision de son conseil d'administration du 20 juin 2016 de refuser de considérer que les conditions de l'exception *in house* étaient actuellement remplies dans les relations entre les SLSP et IGRETEC.

Elle rappelle ensuite que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la relation contractuelle qui se noue entre deux personnes juridiquement distinctes peut être qualifiée de *in house* et, partant, échapper à la réglementation relative aux marchés publics lorsque celle qui commande exerce, sur celle qui fournit un produit, preste un service ou réalise des travaux, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (1^{ère} condition) et que cette

personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les autorités publiques qui la constituent (2^{ème} condition). Elle indique que ces deux conditions sont cumulatives, la Cour de justice de l'Union européenne précisant également que s'agissant d'« une exception aux règles générales du droit communautaire, [ces conditions] doivent dès lors faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement » (arrêt *ANAV* du 6 avril 2006, C-410/04).

Elle expose que l'entité qui commande doit être un pouvoir adjudicateur et disposer d'un pouvoir de contrôle de nature à « influencer les décisions de ladite entité [et qu'il] doit s'agir d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » (arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, C-324/07), de sorte que le contrôle analogue implique plus qu'une simple influence dominante puisqu'il suppose un contrôle sur l'entité qui couvre tant les choix stratégiques que les décisions individuelles de gestion. Elle ajoute que l'intensité du contrôle exercé doit être appréciée globalement, au regard de l'ensemble de la gestion et des structures de l'entité concernée, et non par rapport à son comportement particulier dans une procédure de marché public (arrêt *Commission c. Italie* du 17 juillet 2008, C-371/05).

Elle relève que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, s'il n'est plus exigé que chaque entité dispose individuellement, à l'égard de l'entité contrôlée, de la même influence déterminante que si elle avait organisé l'activité de manière autonome et interne, ni que l'entité publique dispose d'une participation majoritaire, en sorte que le contrôle peut être exercé conjointement, c'est à la condition notamment qu'il n'existe aucune divergence d'intérêts dans la gestion courante des missions de service public concédées à l'entité contrôlée, que ladite entité ne soit pas susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires et qu'elle n'ait, par voie de conséquence, pas une vocation de marché. Elle souligne que, plus récemment, dans l'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012 (C-182/11 et C-183/11), la Cour a affiné les conditions du contrôle analogue en cas de « *in house* conjoint » en précisant que chacune des autorités adjudicatrices doit participer tant au capital qu'aux organes de direction de l'entité adjudicataire, que le contrôle sur cette dernière ne peut reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique qui détient une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée, dans la mesure où « la position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas

la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait la voie au contournement de l'application du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice d'un contrôle analogue sur cette entité » (pt. 31). Elle relève que, dans cette affaire, la Cour a invité le Conseil d'État italien à déterminer si le pacte d'actionnaires conclu par les pouvoirs adjudicateurs est de nature à permettre à ceux-ci de contribuer effectivement au contrôle de l'entité adjudicataire (point 32) dans la mesure où ils ne disposaient chacun que d'une action dans la société adjudicataire. La partie adverse expose que, ce décidant, la Cour veut éviter le risque de contournement de la réglementation relative aux marchés publics par le biais d'une affiliation purement formelle à une entité commune et confirme sa jurisprudence antérieure qui exige un pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel effectif sur la société adjudicataire, malgré une détention du capital très minoritaire par les pouvoirs adjudicateurs.

Elle conclut que la décision du 29 octobre 2015 du conseil d'administration de la requérante d'acquérir une part au sein d'IGRETEC avait pour seul but d'échapper à l'application de la réglementation relative aux marchés publics et que si le recours à une entité détenue en commun par plusieurs adjudicateurs n'empêche pas, en principe, le recours à l'exception *in house*, c'est à la condition que le pouvoir adjudicateur qui fait appel à ladite entité exerce, sur celle-ci, un contrôle structurel et fonctionnel effectif, lequel suppose une participation tant au capital qu'aux organes de direction de l'entité adjudicataire et que ce contrôle soit de nature à influencer de manière déterminante les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entité adjudicataire.

Elle détaille ensuite en quoi, au regard du nombre de parts souscrites auprès de l'intercommunale IGRETEC, la participation de la SLSP « Sambre & Biesme », qui ne détient qu'une seule part du capital social d'IGRETEC, est tout à fait symbolique, puisqu'elle ne représente, d'après ses calculs, que 0,000000197 % des parts donnant droit au vote en assemblée générale (associés de catégories A, C et P). Elle relève aussi que la SLSP ne dispose d'aucun administrateur au sein du conseil d'administration d'IGRETEC tandis qu'une prépondérance est accordée aux communes (associées de catégorie A) dans le contrôle des organes d'IGRETEC (les communes disposent de la majorité des voix au conseil d'administration, chaque

associé dispose, en assemblée générale, d'autant de voix qu'il a de parts sociales, les décisions du conseil d'administration sont adoptées à la majorité des voix des administrateurs présents ou représentés et à la majorité des voix des administrateurs issus des communes associées, les mêmes règles de *quorum* et de vote s'appliquent à l'assemblée générale de sorte qu'une décision de ladite assemblée ne peut être adoptée si elle ne recueille pas la majorité des voix des communes associées). Selon elle, dans la mesure où les statuts d'IGRETEC prévoient que les associés de catégorie A (communes) sont majoritaires au conseil d'administration et peuvent bloquer la prise de décision au sein du conseil d'administration et de l'assemblée générale, lesdits associés détiennent un pouvoir de contrôle majoritaire au sein des organes d'IGRETEC qui empêche les associés des autres catégories – dont la SLSP « Sambre & Biesme » – de participer de manière effective au contrôle structurel et fonctionnel d'IGRETEC et d'influencer de manière déterminante ses objectifs stratégiques et ses décisions importantes.

Elle souligne que cette situation est détaillée dans l'acte attaqué qui expose en quoi la condition relative au contrôle analogue n'est pas rencontrée. Elle précise, à cet égard, qu'elle n'a pas annulé l'acte attaqué au motif que la SLSP « Sambre & Biesme » ne détiendrait qu'une seule part du capital social d'IGRETEC, mais bien en raison de l'absence de pouvoir de contrôle effectif que la détention de ladite part lui confère, d'une part, et de l'importance accordée aux associés communaux (catégorie A) par les statuts d'IGRETEC, d'autre part. Elle estime que ce raisonnement est parfaitement conforme à l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur les conditions de mise en œuvre des relations *in house* de sorte que l'acte attaqué est adéquatement motivé et ne procède pas d'une erreur manifeste d'appréciation.

Elle suggère, si sa thèse n'est pas suivie, d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel afin de déterminer si un pouvoir adjudicateur qui ne dispose que d'une part sociale dans le capital d'une autre entité publique, qui n'est représenté qu'à titre purement symbolique à l'assemblée générale de ladite entité, qui n'est pas représenté au sein du conseil d'administration et qui ne se trouve pas dans la catégorie d'associés qui, en vertu des statuts de ladite entité, dispose d'un pouvoir majoritaire au sein des organes de gestion, est autorisé à établir une relation *in house* à l'égard de cette entité.

3. Mémoire en réplique

La commune de Farciennes souligne qu'en devenant membre d'une association telle une intercommunale, une entité publique réalise à son profit, tout comme pour les autres membres de l'association, les missions d'intérêt public pour lesquelles elle a été constituée, sans qu'il s'agisse de contourner ou d'échapper aux règles relatives aux marchés publics et alors que le droit de la commande publique n'interdit pas ce type de coopération. Elle indique que, dans sa décision « de principe » du 20 juin 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a lui-même considéré que le recours à une relation *in house*, à certaines conditions, pouvait se révéler intéressant, ce qu'elle détaille. Elle considère que la thèse de la partie adverse, selon laquelle la SLSP aurait manœuvré pour échapper à la réglementation relative aux marchés publics, est d'autant plus absurde que le marché conjoint de services litigieux vise à s'adjoindre l'expertise d'IGRETEC précisément pour organiser et mettre en place les procédures de passation des marchés publics nécessaires à la réalisation du projet d'écoquartier.

Elle maintient que la détention d'une part symbolique dans l'intercommunale IGRETEC n'est pas un élément déterminant pour conclure à l'absence d'une relation *in house*, en se fondant sur l'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012 et en affirmant que la seule contrainte au capital de la société cocontractante est de n'être constituée que de participations publiques. Elle ajoute que l'enseignement de l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008 est bien pertinent en l'espèce, dès lors que la Cour devait connaître de questions préjudicielles en lien avec le contrôle d'associés au sein d'une coopérative intercommunale.

Elle estime également qu'il ne découle pas de la position prépondérante des communes au sein des organes des intercommunales que les autres associés publics, tels les SLSP, seraient des associés purement minoritaires qui ne disposeraient d'aucune influence déterminante sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes des intercommunales. Elle renvoie à la jurisprudence de la Cour de justice et fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que tout pouvoir adjudicateur ait au minimum un représentant dans les organes de direction de l'entité pour que la condition du contrôle analogue soit remplie. Elle estime que les dispositions statutaires d'IGRETEC permettent de vérifier qu'il y a bien un contrôle conjoint de tous les pouvoirs adjudicateurs membres d'IGRETEC et que le contrôle n'est pas uniquement exercé par les actionnaires majoritaires que sont les communes. Elle répète, à cet effet, que tant les statuts d'IGRETEC que la structure de la SLSP

« Sambre & Biesme », qui a comme actionnaires principaux la commune de Farciennes et la commune d'Aiseau-Presles, elles aussi associées à IGRETEC, démontrent la réunion des conditions de l'exception *in house* et que si cette interprétation ne devait pas être retenue, il conviendrait d'interroger, à titre préjudiciel, la Cour de Justice.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante soutient qu'il faut admettre l'effet direct de l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE au moment où l'acte attaqué a été adopté.

Elle répète qu'il importe peu que la SLSP ne détienne qu'une part symbolique dans l'intercommunale IGRETEC, qui ne représente, selon elle, que 0,0000000197 % des parts donnant un droit de vote à l'assemblée générale. Elle expose que la Cour de justice de l'Union européenne l'a encore confirmé dans un arrêt *Porin Kaupunki* du 18 juin 2020 (C-328/19).

Selon elle, pour conclure à une relation *in house*, il ne peut non plus être exigé de la SLSP qu'elle ait au moins un administrateur dans le conseil d'administration de l'intercommunale ou qu'elle fasse partie d'une catégorie d'associés qui dispose d'un pouvoir prépondérant au sein de ses organes. Selon elle, de telles exigences ne ressortent ni de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ni de l'article 12 de la directive 2014/24/UE. Elle rappelle les « circonstances toutes particulières de la cause ayant donné lieu à l'arrêt *Econord* » (détention d'une participation presque totale d'un pouvoir adjudicateur sur l'entité contrôlée) et affirme qu'une participation minoritaire n'est pas contraire à la notion de contrôle conjoint. Pour conclure à une relation *in house* dans le cadre d'un contrôle analogue conjoint, il suffit, selon elle, de constater que chaque pouvoir adjudicateur « participe » au capital et aux organes de direction de ladite entité, ce qui implique seulement pour les actionnaires minoritaires qu'ils puissent « contribuer effectivement » au contrôle de l'entité considérée, sans devoir disposer pour autant d'un administrateur au sein de l'organe de direction.

Elle relève qu'il n'y a pas, au sein d'IGRETEC, un pouvoir adjudicateur qui serait majoritaire par rapport aux autres pouvoirs adjudicateurs associés et qui pourrait exercer seul le contrôle. Elle explique avoir justifié qu'il y avait bien, en l'espèce, sur l'intercommunale IGRETEC, un contrôle conjoint de toutes les autorités publiques membres d'IGRETEC, qu'il faut tenir compte des exigences du

Code de la démocratie locale et de la décentralisation qui impose la prépondérance des communes au sein des intercommunales, cette prépondérance n'impliquant cependant pas que ces dernières aient une « marge d'autonomie » excluant l'exercice par d'autres pouvoirs publics, telles les SLSP, d'un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services et ne signifiant pas non plus que les intercommunales, dépourvues de caractère commercial, poursuivraient des intérêts distincts de celui des autorités publiques qui lui sont affiliées. Elle rappelle, à ce sujet, que les deux actionnaires principaux de la SLSP « Sambre & Biesme » sont la commune de Farciennes et la commune d'Aiseau-Presles qui sont aussi des communes associées au sein d'IGRETEC, la société de logement étant en quelque sorte l'émanation des missions que les communes doivent assurer en termes de logements publics.

Elle relève que, dans l'affaire *Coditel Brabant*, la Cour de justice n'a pas non plus conclu que la condition de contrôle analogue était remplie parce que chaque commune membre de l'intercommunale avait un délégué dans les organes de gestion ce qui leur en donnait la maîtrise, l'arrêt constatant qu'il était suffisant que le conseil d'administration de l'intercommunale en cause soit composé de « représentants des communes affiliées et nommés par l'assemblée générale », celle-ci étant elle-même composée de « représentants des communes affiliées ».

Elle ajoute que la notion de « contrôle conjoint » n'implique pas que chaque membre d'une intercommunale prouve qu'il a une influence réelle et déterminante sur les décisions d'IGRETEC et puisse désigner un administrateur au sein du conseil d'administration, voire plusieurs administrateurs, pour pouvoir imposer son point de vue. Elle fait observer que l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE permet qu'une même personne au sein d'un organe décisionnel puisse représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux, que les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée et que la personne morale contrôlée ne poursuive pas un intérêt contraire à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

La requérante relève que, selon les statuts de l'intercommunale IGRETEC alors applicables, la SLSP « Sambre & Biesme » fait partie des associés de catégorie C, laquelle a bien vocation à désigner des représentants à l'assemblée générale, mais aussi au conseil d'administration de l'intercommunale. Elle en déduit que la SLSP en cause fait donc bien partie d'une catégorie d'associés publics qui

sera représentée au conseil d'administration d'IGRETEC, mais également à la « commission permanente du bureau d'études et de gestion », qui est uniquement ouverte aux administrateurs issus des parts A1 (communes affiliées au secteur 1) et C1 (parts attribuées aux autres affiliés de droit public que les communes affiliées au secteur 1) et a tous les pouvoirs pour l'administration et la direction de ce secteur, son fonctionnement et la promotion de ses activités, y compris les investissements qu'elle juge nécessaires, mais qui doivent être accompagnés d'un plan de financement et validés par le conseil d'administration.

À supposer que le Conseil d'État ne suive pas son analyse, la requérante demande que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne, selon qu'un effet direct soit ou non reconnu aux articles 12.1 à 12.3 de la directive 2014/24/UE :

- « 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 / l'article 12.1 à 12.3 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-elle/doit-il être interprété, pour qu'il puisse être considéré qu'un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale qui est aussi un pouvoir adjudicateur ne relève pas du champ d'application de la directive dans le cadre de la relation *in house* / relève de l'exception de l'article 12.1 à 12.3 de la directive 2014/24/UE comme :
- imposant que ce pouvoir adjudicateur détienne dans le capital de la personne morale concernée une participation significative, et dans l'affirmative, à quelles conditions peut-on considérer qu'une participation est significative;
 - imposant que ce pouvoir adjudicateur dispose d'au moins un administrateur au sein du conseil d'administration de la personne morale concernée, et/ou doit avoir, seul, une influence réelle et déterminante sur les décisions de cette personne morale;
 - permettant qu'il peut être satisfait au critère du "contrôle conjoint" si le pouvoir adjudicateur ne dispose que d'un nombre limité de parts lui donnant le droit de vote symbolique à l'assemblée générale de la personne morale concernée, ne dispose d'aucun administrateur qui le représente personnellement au sein du conseil d'administration, mais peut désigner, avec les autres associés publics de la catégorie dont il relève, les administrateurs, sachant, que selon la réglementation régionale wallonne, au sein des intercommunales, la prépondérance doit toujours être accordée aux communes et que deux membres de ce pouvoir adjudicateur sont deux communes ? ».

5. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse conteste l'affirmation selon laquelle l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE aurait un effet direct en droit interne. Elle rappelle que seules les dispositions qui édictent une règle de conduite et, partant, confèrent des droits

subjectifs aux particuliers sont susceptibles d'avoir un effet direct, alors que la disposition précitée de la directive 2014/24/UE ne répond pas à cette exigence puisqu'elle ne prévoit aucune obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État au bénéfice d'un opérateur économique. Elle considère que cette disposition offre, au contraire, une simple faculté à l'État de ne pas mettre un marché en concurrence lorsque certaines conditions sont réunies. Elle indique qu'à supposer que le Conseil d'État ne partage pas sa position, il conviendrait alors d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel afin de déterminer si l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE confère un droit subjectif aux particuliers, en ce qu'il imposerait une obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État, de manière telle qu'il aurait un effet direct en droit interne.

Elle répète que la décision du 29 octobre 2015 de la SLSP « Sambre & Biesme » d'acquérir une part du capital d'IGRETEC pour un montant de 6,20 euros a pour seul but d'échapper à l'application de la réglementation relative aux marchés publics pour recourir aux services de cette intercommunale sans mise en concurrence préalable.

Elle renvoie, pour le surplus, aux considérations de son mémoire en réponse qui démontrent, selon elle, que le premier moyen n'est pas fondé. Elle précise qu'il n'y a pas lieu de soumettre la question suggérée par la requérante à la Cour de justice de l'Union européenne dès lors que celle-ci y a déjà répondu à travers son abondante jurisprudence en la matière.

6. Débats oraux à l'audience

À la demande du conseiller rapporteur, la requérante confirme, à l'audience, que les associés de catégorie C ne disposaient, au moment des faits litigieux, au sein du conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC, d'aucun administrateur pour les représenter. Elle expose qu'en revanche, un conseiller communal de la commune de Farciennes était, en même temps, administrateur au sein du conseil d'administration d'IGRETEC et de la SLSP « Sambre & Biesme ». Elle souligne qu'il faut avoir égard aux circonstances concrètes de l'affaire et répète qu'une participation symbolique se justifie, dès lors que l'objectif poursuivi par la SLSP n'est pas de faire un placement financier, mais de bénéficier des services communs et de la structure de l'intercommunale. Elle insiste sur le fait que le Code de la démocratie locale et de la décentralisation limite le nombre d'administrateurs au sein d'une intercommunale et considère que les

enseignements de l'arrêt *Econord* se limitent à affirmer qu'il ne peut y avoir d'associé majoritaire qui impose son point de vue à tous, *quod non* en l'espèce. Elle affirme qu'en l'occurrence, le contrôle analogue s'exerce *via* la commune de Farciennes qui est, à la fois, actionnaire de l'intercommunale IGRETEC et de la SLSP « Sambre & Biesme » et dispose d'un administrateur au sein des conseils d'administration de ces deux entités.

La partie adverse rappelle que l'exception *in house* est d'interprétation stricte et que la charge de la preuve incombe à celui qui s'en prévaut. Elle relève que, pour justifier d'un contrôle analogue conjoint, les organes décisionnels de l'entité adjudicataire doivent être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs alors que la SLSP « Sambre & Biesme » n'a aucun représentant au conseil d'administration d'IGRETEC. Elle ajoute que le conseiller communal de Farciennes, présent au sein de ce conseil d'administration, n'intervient que comme représentant de la commune de Farciennes et pas de la SLSP « Sambre & Biesme ». Elle en déduit que la condition pour un contrôle « *in house* conjoint » n'est pas remplie.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

La circonstance que deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas l'application des règles relatives à la passation des marchés publics (arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999, aff. C-107/98, pt. 50 et 51, considérant 31 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE). La relation *in house* constitue une exception à l'application de ces règles. Les conditions fixées pour s'en prévaloir sont, dès lors, d'interprétation stricte et il appartient à celui qui la revendique d'apporter la preuve que ces conditions sont remplies (arrêt *Parking Brixen GmbH* du 13 octobre 2015, aff. C-458/03, pt. 63, arrêt *Datenlotsen Informationssysteme* du 8 mai 2014, aff. C-15/13, pt. 23).

Contrairement aux autres types de contrôle *in house* (« *in house* simple », « *in house* simple indirect », « *in house* ascendant » ou « *in house* collatéral ») qui se fondent sur la liberté d'organisation des pouvoirs publics et supposent un contrôle exclusif du pouvoir adjudicateur sur la ou les personnes morales concernées, le contrôle « *in house* conjoint » – dont la SLSP « Sambre & Biesme » se prévaut, en l'espèce, dans sa relation avec l'intercommunale IGRETEC

– repose sur la volonté de préserver les coopérations entre pouvoirs publics distincts (voir, à ce sujet, *Doc. Parl.*, Chambre 2015-2016, DOC-1541/01, Exposé des motifs, pp.59-65, spécialement pp.63-64). Dans l’hypothèse d’une relation « *in house* conjoint », plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent une entité et exercent « conjointement » sur celle-ci un « contrôle analogue » à celui qu’ils exercent sur leurs propres services.

Pour rejeter l’hypothèse de l’exception *in house* invoquée par la SLSP « Sambre & Biesme », l’acte attaqué se fonde sur l’absence de rapport de « contrôle analogue » entre cette société et l’intercommunale IGRETEC. Dans le cadre du premier moyen, il n’est procédé qu’à l’examen de la légalité de ce motif. Il n’est, du reste, pas contesté que les autres conditions de l’exception « *in house* conjoint » sont rencontrées.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne que l’exercice d’un « contrôle analogue » (simple ou conjoint) suppose, en tout cas, que le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) exerce(nt), seul ou conjointement, sur la société adjudicataire, un contrôle structurel et fonctionnel effectif, devant permettre au(x) pouvoir(s) adjudicateur(s) d’influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes de cette société (arrêt *Parking Brixen GmbH* du 13 octobre 2005, aff. C-458/03, pt. 65, arrêt *Carbotermo Spa* du 11 mai 2006, C-340/04, pt. 36, arrêt *Commission c. Italie* du 17 juillet 2008, C-371/05, pt. 24, arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, C-327/07, pt. 28, arrêt *Sea Srl* du 10 septembre 2009, C-573/07, pt. 65, arrêt *Datenlotsen Informationssysteme* du 8 mai 2014, aff. C-15/13, pt. 24). L’intensité du contrôle exercé doit être appréciée de manière globale, au regard de l’ensemble de la gestion et des structures de l’entité concernée. Cette appréciation doit tenir compte de l’ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes de l’espèce (arrêt *Parking Brixen GmbH* du 13 octobre 2005, aff. C-458/03, pt. 65, arrêt *Carbotermo Spa* du 11 mai 2006, C-340/04, pt. 36, arrêt *Commission c. Italie* du 17 juillet 2008, C-371/05, pt. 24, arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, C-324/07, pt. 28, arrêt *Sea Srl* du 10 septembre 2009, C-573/07, pt. 65).

Toujours selon la jurisprudence de la Cour, la circonstance que le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) détiennent, seul ou ensemble, la totalité du capital d’une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) exerce(nt) sur cette société un contrôle analogue à celui qu’il(s) exerce(nt) sur leurs propres services (arrêt *Carbotermo Spa* du 11 mai 2006, C-

340/04, pt. 37, arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007, C-295/05, pt. 57, arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, C-327/07, pt. 31, arrêt *Sea Srl* du 10 septembre 2009, C-573/07, pt. 45). Une relation *in house* est cependant exclue lorsque les organes de décision de la société adjudicataire possèdent de très amples pouvoirs de gestion qui sont exercés de manière autonome. Le contrôle exercé sur ces organes par le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) ne paraît pas pouvoir se résumer à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à tout actionnaire (arrêt *Parking Brixen GmbH* du 13 octobre 2005, aff. C-458/03, pts. 68, 69 et 72, arrêt *Carbotermo Spa* du 11 mai 2006, C-340/04, pt. 38). En revanche, la circonstance que les organes de décision de l'entité adjudicataire sont composés de délégués du ou des pouvoir(s) adjudicateur(s) indique que celui ou ceux-ci maîtrisent ces organes de décision et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité (arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, C-327/07, pt. 34).

Concernant particulièrement l'hypothèse du contrôle analogue exercé « conjointement » par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la détention par l'un des pouvoirs adjudicateurs d'une part purement symbolique dans la société adjudicataire ne permet pas, en soi, de considérer qu'à son égard, la condition d'un « contrôle analogue » ne serait pas remplie (arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007, C-295/05, pt. 58 à 61). L'acte attaqué indique, dans le même sens, que « [l]e fait que SAMBRE & BIESME détienne une participation infime dans le capital d'IGRETEC n'a pas pour conséquence d'exclure en soi que cette participation minoritaire permette néanmoins un contrôle suffisant ».

Cependant, pour pouvoir se prévaloir d'un « contrôle analogue conjoint », la requérante reconnaît elle-même que le pouvoir adjudicateur doit démontrer qu'il est en mesure de participer, d'une certaine manière, au contrôle de l'entité adjudicataire. Quant à l'acte attaqué, il rejette l'exception *in house* au motif déterminant que la SLSP « Sambre et Biesme » n'établit aucune capacité de contrôle sur l'intercommunale IGRETEC. Il indique notamment, à ce propos, que « les statuts d'IGRETEC confèrent une importance plus grande à ses associés communaux (catégorie A) au détriment des autres entités publiques (catégorie C) », que « [l]es associés de la catégorie C — dont fait partie SAMBRE & BIESME — ne sont pas assurés d'être représentés par leurs propres membres au conseil d'administration et disposent d'autant de voix qu'ils ont de parts sociales », qu'« une détention infime du capital social d'IGRETEC m[ène] [...] à une faible influence », que « seules les communes associées disposent, à l'assemblée générale,

de la possibilité de bloquer les décisions », que « les statuts d'IGRETEC octroient manifestement aux communes (catégorie A) des pouvoirs de contrôle substantiels », et que « les statuts d'IGRETEC confèrent actuellement une prédominance aux communes, de sorte que SAMBRE & BIESME n'est pas en mesure de prouver que les autres associés publics disposent, eux aussi, d'une influence réelle et déterminante ».

L'arrêt *Econord* du 29 novembre 2012 (aff. C-182/11 et C-183/11), cité par toutes les parties dans leurs écrits ainsi que par l'acte attaqué, énonce, à ce propos, ce qui suit :

« 27 Selon une jurisprudence constante, il existe un “contrôle analogue” lorsque l'entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de celle-ci. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité (arrêts précités *Parking Brixen*, point 65; *Coditel Brabant*, point 28, et *Sea*, point 65). En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel (arrêt *Commission/Italie*, précité, point 26). La Cour exige également que ce contrôle soit effectif (arrêt *Coditel Brabant*, précité, point 46).

28 Conformément à la jurisprudence, en cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le “contrôle analogue” peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles (voir, en ce sens, arrêts précités *Coditel Brabant*, points 47 et 50, ainsi que *Sea*, point 59).

29 Il en découle que, si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités (arrêt *Sea*, précité, point 63).

30 Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint.

31 La position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement

part à l'exercice du "contrôle analogue" sur cette entité (voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2005, Coname, C 231/03, Rec. p. I 7287, point 24).

32 Il s'ensuit que, dans les affaires au principal, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la souscription par les Comune di Cagno et Comune di Solbiate d'un pacte d'actionnaires, leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration en accord avec les autres collectivités concernées par ce pacte, est de nature à permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle d'ASPEM.

33 Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que, lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité. »

Il ressort de l'arrêt précité que, pour se prévaloir d'un « contrôle analogue conjoint », le pouvoir adjudicateur doit « participe[r] tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité », de manière à pouvoir « contribuer effectivement au contrôle » de cette entité. La Cour souligne que la notion de « contrôle conjoint » ne peut être vidée de son sens et précise que « [l]a position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité attributaire détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité ouvrirait, en effet, la voie au contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dès lors qu'une affiliation purement formelle à une telle entité ou à un organe commun assurant la direction de celle-ci dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres selon les règles de l'Union, alors même que ce dernier ne prendrait aucunement part à l'exercice du "contrôle analogue" sur cette entité ».

La question se pose cependant de savoir dans quelle mesure et de quelle manière le pouvoir adjudicateur doit « participer » aux organes de direction de l'entité contrôlée et « contribuer effectivement au contrôle ». Dans l'arrêt *Datenlotsen Informationssysteme* du 8 mai 2014, aff. C-15/13, la Cour a jugé qu'il n'existe aucun rapport de contrôle entre le pouvoir adjudicateur et l'entité attributaire lorsque celui-là ne détient aucune participation dans le capital de cette entité et « n'a aucun représentant légal dans les organes de direction de celle-ci »

(pt. 28). L'article 12.3 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE paraît clarifier l'exigence de « participation » aux organes décisionnels de l'entité contrôlée en disposant, en son alinéa 2, (i), comme il suit :

« les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ».

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que la SLSP « Sambre & Biesme » a, le 29 octobre 2015, acquis, pour un montant de 6,20 euros, une part sociale dans l'intercommunale IGRETEC, pour bénéficier directement des services de cette dernière, et donc dans la perspective de ne pas devoir s'ouvrir, pour la fourniture de ces services, à la concurrence. Cette part sociale fait de la SLSP un associé de « catégorie C1 ». Suivant les pièces communiquées au Conseil d'État, cette unique part sociale représentait, au 31 décembre 2015, 0,0000049 % des 20.366.778 parts sociales de l'intercommunale et 0,0000197 % des 5.071.477 parts donnant droit au vote en assemblée générale. Il ressort également de ces pièces qu'au même moment, les associés de « catégorie C » représentaient ensemble 0,084 % des parts sociales de l'intercommunale et 0,34 % des parts sociales donnant droit au vote en assemblée générale. Les associés de « catégorie C » – et en particulier la SLSP « Sambre & Biesme » – se trouvaient, dès lors, dans la situation d'associés très minoritaires au sein d'IGRETEC.

Quoi que la requérante puisse en dire, cette position très minoritaire ne permettait pas aux associés de catégorie C de contribuer effectivement au contrôle d'IGRETEC. Conformément aux statuts de l'intercommunale, chaque associé dispose, en assemblée générale, d'autant de voix qu'il a de parts sociales, en sorte que, comme le souligne l'acte attaqué, « une détention infime du capital social d'IGRETEC m[ène] [...] à une faible influence ». De plus, comme le reconnaissent toutes les parties et le souligne l'acte attaqué, les statuts, dans leur version applicable au moment des faits litigieux, donnaient, à tout point de vue et dans tous les organes décisionnels, la prépondérance aux communes (associées de catégories A), dans le respect des dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, sans prévoir aucun mécanisme pour assurer la protection des intérêts des associés minoritaires, comme l'autorise pourtant le Code. La requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme, dans son dernier mémoire, que les associés de catégories C étaient représentés au conseil d'administration d'IGRETEC ainsi qu'à la

« commission permanente du bureau d'études et de gestion » ouverte aux « administrateurs » issus des parts A1 et C1. Compte tenu du nombre limité d'administrateurs, la position très minoritaire des associés de catégorie C ne leur permet pas *de facto* de disposer d'un administrateur pour les représenter au sein de ces organes tandis que, dans leur version applicable au moment des faits litigieux, les statuts d'IGRETEC ne garantissaient nullement la présence d'un administrateur désigné par les associés de catégorie C pour les représenter. C'est donc tout à fait valablement que l'acte attaqué mentionne que « [l]es associés de la catégorie "C" — dont fait partie SAMBRE & BIESME — ne sont pas assurés d'être représentés par leurs propres membres au conseil d'administration ». Au terme des débats, il a d'ailleurs été confirmé qu'au moment des faits litigieux, les associés de catégorie C ne disposaient effectivement d'aucun représentant au sein du conseil d'administration ou de la « commission permanente du bureau d'études et de gestion ». Il se déduit des éléments qui précèdent qu'à l'époque des faits litigieux, les associés de catégorie C – dont fait partie la SLSP « Sambre & Biesme » – ne participaient, dans aucune mesure et d'aucune manière, à l'exercice d'un contrôle conjoint sur l'intercommunale IGRETEC.

Cependant, la requérante a, dans le cours des débats, fait valoir, pièces à l'appui, qu'au moment des faits, siégeait au conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC un conseiller communal de la commune de Farciennes qui était, en même temps, administrateur de la SLSP « Sambre & Biesme ». La requérante n'a cependant pas pu démontrer que cette configuration était prévue et garantie en droit. Par ailleurs, il ressort des pièces soumises au Conseil d'État que cette personne siégeait au conseil d'administration d'IGRETEC en sa qualité de « conseiller communal à Farciennes ». Rien ne permet de considérer qu'elle était, à ce titre, également réputée représenter les intérêts de la SLSP « Sambre & Biesme », nonobstant la circonstance que, dans les faits, elle était également administrateur de cette société.

La requérante soutient cependant que cet état de fait suffit à démontrer la « participation » de la SLSP « Sambre & Biesme » aux organes décisionnels d'IGRETEC et à considérer qu'elle exerce sur cette intercommunale un « contrôle analogue conjoint » *via* la commune de Farciennes qui est actionnaire à la fois d'IGRETEC et de la SLSP et dispose d'un administrateur dans chacune de ces entités. Elle rappelle, à cet égard, que la vérification d'un tel contrôle doit s'apprécier *in concreto* en tenant compte des circonstances de l'espèce et qu'il suffit que ce contrôle ait lieu, quelle que soit la manière dont il est en réalité exercé.

Il y a lieu d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à ce sujet. Il convient toutefois de préciser que si la commune requérante fait valoir sa qualité d'actionnaire tant de la SLSP « Sambre & Biesme » que de l'intercommunale IGRETEC, elle ne revendique pas l'existence d'une relation du type « *in house* collatéral », laquelle permet à deux entités contrôlées par le même pouvoir adjudicateur de conclure entre elles des marchés sans mise en concurrence préalable. En toute hypothèse, il ne paraît pouvoir être satisfait à ce type de contrôle que dans le cas où les deux entités cocontractantes sont contrôlées de manière exclusive par la même autorité (concl.av. gén. P Mengozzi, 23 janvier 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, pts. 44 et 45), *quod non* en l'espèce, la commune de Farciennes ne détenant l'intercommunale IGRETEC et la SLSP « Sambre & Biesme » que conjointement avec d'autres actionnaires publics et même privés, pour ce qui concerne cette dernière entité.

Les parties au litige semblent, par ailleurs, considérer que la réponse à la question posée pourrait différer selon qu'un effet direct est – ou non – reconnu à l'article 12.3 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Comme le relève la requérante, cette directive était déjà en vigueur au moment des faits et aurait dû être transposée tandis que la loi qui la transposait n'était, elle, pas encore entrée en vigueur. Il s'indique, dès lors, d'interroger également la Cour pour savoir s'il y a lieu de reconnaître un tel effet à la disposition précitée, étant entendu que, dans l'arrêt *Irgita* du 3 octobre 2019 (C-258/18), la Cour a, sans se prononcer sur l'effet direct de l'article 12 de la directive précitée, déjà jugé, à propos du paragraphe 1^{er} de cette disposition, que celui-ci ne saurait contraindre les États membres à recourir à une opération *in house* lorsque les conditions prévues à cette disposition sont remplies et qu'il est loisible à un État membre d'imposer à un pouvoir adjudicateur des conditions non prévues par l'article 12.1 pour pouvoir conclure une opération interne (pts. 46 et 49). Il convient encore de relever que 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 était déjà abrogée au moment des faits. Il n'y a dès lors pas lieu, pour trancher le présent recours, d'interroger la Cour sur l'interprétation qu'il convient de lui donner.

Il y a, dès lors, lieu de poser, à la Cour de justice de l'Union européenne, les trois questions préjudicielles suivantes :

- 1) L'article 12.3 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un effet direct ?
- 2) En cas de réponse affirmative à cette première question, l'article 12.3 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens que la condition pour un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une société de logement de service public, d'être représenté au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, est remplie au seul motif qu'une personne siégeant au sein du conseil d'administration de cette société coopérative intercommunale en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant, en l'occurrence une commune, se trouve, en raison de circonstances exclusivement factuelles et sans garantie juridique de représentation, être également administrateur au sein de la société de logement de service public tandis que la commune est actionnaire (non exclusif) tant de l'entité contrôlée (société coopérative intercommunale) que de la société de logement de service public ?
- 3) En cas de réponse négative à la première question posée, faut-il considérer qu'un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une société de logement de service public, « participe » aux organes décisionnels de la personne morale contrôlée, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, au seul motif qu'une personne siégeant au sein du conseil d'administration de cette société coopérative intercommunale en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant, en l'occurrence une commune, se trouve, en raison de circonstances exclusivement factuelles et sans garantie juridique de représentation, être également administrateur au sein de la société de logement de service public tandis que la commune est actionnaire (non exclusif) tant de l'entité contrôlée (société coopérative intercommunale) que de la société de logement de service public ?

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 12 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La commune requérante estime qu'elle et la SLSP « Sambre & Biesme » pouvaient revendiquer, à l'égard de la SWL, l'effet direct vertical de l'article 12 de la directive 2014/24/UE dès lors que cette disposition est inconditionnelle et suffisamment précise et qu'elle n'a pas été transposée dans les délais imposés. Elle fait valoir qu'une disposition est claire, si elle impose une obligation de faire ou de ne pas faire, précise, si elle ne nécessite pas de règles d'application, et inconditionnelle, si elle n'est pas assujettie à un terme ou à une réserve. Tel est, à son estime, le cas de l'article 12 de la directive.

Elle indique, à titre principal, que la disposition de la directive précitée distingue le cas où le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle et celui où il ne l'exerce pas, mais envisage l'exercice conjoint d'un contrôle avec d'autres pouvoirs adjudicateurs. Selon elle, ce contrôle conjoint est bien établi, la requérante s'en référant, à cet égard, aux développements consacrés au premier moyen au sujet de la relation dite *in house* et du critère du contrôle analogue.

À titre subsidiaire, elle fait valoir qu'à défaut de contrôle conjoint, l'article 12.4 de la directive trouverait à s'appliquer, cette disposition permettant une coopération horizontale entre pouvoirs publics adjudicateurs. Elle soutient que la coopération entre la SLSP « Sambre & Biesme », la commune de Farciennes et IGRETEC s'inscrit dans une telle coopération entre pouvoirs adjudicateurs puisqu'il s'agit, pour la commune et la SLSP, de réaliser leur projet commun dans le cadre de la création de l'écoquartier et, pour l'intercommunale IGRETEC, de réaliser ses missions au bénéfice de tous ses associés. Il y va donc, selon elle, pour chacune des parties d'une convention réalisée en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Elle ajoute que seuls sont en cause des intérêts publics tandis

qu'IGRETEC réalise sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'affirmation selon laquelle l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE aurait un effet direct vertical en droit interne. Elle rappelle que seules les dispositions qui édictent une règle de conduite et, partant, confèrent des droits subjectifs aux particuliers sont susceptibles d'avoir un effet direct, alors que la disposition précitée de la directive 2014/24/UE ne répond pas à cette exigence puisqu'elle ne prévoit aucune obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État au bénéfice d'un opérateur économique. Elle considère que cette disposition offre, au contraire, une simple faculté à l'État de ne pas mettre un marché en concurrence lorsque certaines conditions sont réunies. Elle en déduit que la requérante ne peut se prévaloir de cette disposition pour justifier la méconnaissance des règles de concurrence dans le cas d'espèce, d'autant que comme il a été démontré dans le cadre du premier moyen, les conditions du *in house* conjoint ne sont pas rencontrées.

Elle souligne qu'en tout état de cause, il ne pourrait lui être reproché d'avoir refusé de reconnaître un effet direct à l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE dans la mesure où tant la Commission fédérale des marchés publics que la Région wallonne étaient dans l'incapacité d'établir une liste des dispositions de ladite directive qui pouvaient être considérées comme directement applicables. Elle indique qu'à supposer que le Conseil d'État ne partage pas sa position, il conviendrait d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel afin de déterminer si l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE confère un droit subjectif aux particuliers, en ce qu'il imposerait une obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État, de manière telle qu'il aurait un effet direct en droit interne.

Elle conteste également l'effet direct en droit interne de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE qui vise la « coopération horizontale non institutionnalisée entre pouvoirs adjudicateurs », cette disposition ne conférant pas davantage de droits subjectifs à un opérateur économique puisqu'il n'impose aucune obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État.

Elle expose, pour autant que de besoins, que la requérante ne démontre pas que les trois conditions cumulatives de cette disposition seraient rencontrées en l'espèce, à savoir (1) que le marché établit ou met en œuvre une coopération entre

les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assumer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, (2) que la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public et (3) que les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

Elle rappelle le contenu du considérant 33 de la directive 2014/24/UE, lequel est rédigé comme il suit :

« [L]es pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires. »

Elle ajoute que l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce ce qui suit, à propos de l'article 31, qui réalise la transposition de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE :

« [Cette disposition] établit les règles relatives à la coopération horizontale non institutionnalisée. En vertu de la présente disposition, les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne sont pas soumis à l'application des règles établies dans la présente loi, à condition :

- 1° qu'ils soient conclus exclusivement entre deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.
- 2° que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public.
- 3° et que les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 pour cent des activités concernées par la coopération. »

Elle fait valoir que le contrat conclu entre la SLSP « Sambre & Biesme », la commune requérante et IGRETEC ne constitue pas un contrat qui aurait été conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Elle souligne que le contrat en cause a pour objet des prestations de bureau d'études qui sont confiées à l'intercommunale IGRETEC par la partie requérante et la SLSP « Sambre & Biesme », lesquelles sont

réalisées sous le contrôle de celles-ci et que ledit contrat n'a, dès lors, pas pour objet de permettre aux parties contractantes de fournir conjointement des services publics par la voie de la coopération. Elle relève, en outre, qu'IGRETEC réalise de telles prestations de bureau d'études spécialisé en conception, réalisation et mise en œuvre de projets tant pour des partenaires publics que privés, de sorte que celle-ci ne poursuit pas de missions de service public.

Elle précise que, plus fondamentalement encore, les objectifs poursuivis par la SLSP « Sambre & Biesme » et la commune de Farciennes, qui consistent en la réalisation d'un écoquartier, diffèrent à l'évidence de l'objet social d'IGRETEC, dont elle reproduit les statuts.

Elle en conclut que le contrat conclu entre la SLSP « Sambre & Biesme », la commune requérante et IGRETEC ne constitue pas un contrat répondant aux conditions de la coopération horizontale. À supposer que le Conseil d'État ne partage pas sa position, il conviendrait, selon elle, d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel afin de déterminer si :

- « - l'article 12.4. de la directive 2014/24/UE confère un droit subjectif aux particuliers, en ce qu'il imposerait une obligation de faire ou de ne pas faire à charge de l'État, de manière telle qu'il aurait un effet direct en droit interne;
- la mission confiée par la partie requérante et la SLSP "Sambre & Biesme" à l'intercommunale IGRETEC répond aux conditions de la coopération horizontale au sens de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE ».

3. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique qu'un effet direct vertical doit être reconnu à une disposition d'une directive non transposée dans le délai imposé si cette disposition est claire, précise et inconditionnelle et qu'il ne faut pas « en outre » qu'elle soit libellée « en la forme d'un droit des particuliers ou — ce qui en soi est bien plus remarquable — d'une obligation des États ». Elle précise que la possibilité pour les particuliers de se revendiquer du droit qui résulterait de la disposition d'une directive vis-à-vis d'autres particuliers, soit l'effet horizontal d'une directive, n'est pas ici en cause, que c'est bien parce qu'une disposition est claire, précise et inconditionnelle à l'égard d'un État que les particuliers peuvent s'en revendiquer à son encontre, qu'il s'agit là de l'effet direct vertical d'une directive et qu'un tel effet direct peut également être invoqué à l'égard de la SWL, s'agissant d'une autorité publique reprise dans le champ d'application de la directive elle-même, quand bien même celle-ci n'est pas l'État. Elle fait valoir que l'article 12 de la directive

2014/24/UE est bien une disposition claire, précise et inconditionnelle et qu'elle ne confère pas à l'État une simple faculté de ne pas mettre un marché en concurrence lorsque certaines conditions sont réunies. Selon elle, cette disposition impose bien aux États membres d'exclure du champ d'application des règles de passation des marchés publics le marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public lorsque les conditions qu'elle énonce sont réunies. Elle considère que, dès lors que l'article 12 exclut bien de son champ d'application les marchés publics qui répondent aux conditions visées, il y a bien une obligation de l'État de faire ou de ne pas faire puisqu'il doit, lors de la transposition, respecter le champ d'application ainsi défini par la directive des règles de passation de marchés publics. Selon elle, l'État membre méconnaîtrait la directive si, lors de la transposition, il ne respectait pas cette exclusion. Elle ajoute, par ailleurs, que les bénéficiaires de la disposition ne sont pas « les opérateurs économiques », mais bien les pouvoirs adjudicateurs. Elle relève qu'aucune faculté n'est non plus laissée aux États membres, l'article 12 ne laissant aucune marge de manœuvre tandis que la disposition n'appelle non plus aucune mesure d'exécution. Elle souligne que cette disposition a d'ailleurs été reprise comme telle à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle en conclut que l'article 12 de la directive 2014/24/UE ne souffre d'aucune difficulté d'interprétation en ce qui concerne l'effet direct qui doit lui être reconnu et qu'il n'est, dès lors, pas nécessaire d'interroger la Cour de Justice à ce propos et qu'elle est donc recevable à mettre en cause la légalité de l'acte attaqué en ce qu'il ne respecte pas cette disposition qui devait être transposée pour le 18 avril 2016, nonobstant le fait que la Commission fédérale des marchés publics n'aurait pas listé les dispositions de la directive directement applicables, cette abstention de la Commission fédérale des marchés publics ne permettant pas de valider l'acte attaqué au regard d'une disposition d'effet direct d'une directive.

Sur le fondement du moyen pris de la violation de l'article 12.3 de la directive, elle souligne que les conditions de cette disposition ne correspondent pas entièrement aux conditions *in house*, telles que dégagées par la jurisprudence *Econord* de la Cour de justice, dès lors que le nouveau texte assouplit les règles en précisant qu'une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participant au contrôle ou l'ensemble d'entre eux. Elle considère que l'acte attaqué méconnaît l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE.

Quant à l'application de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE, elle fait valoir que la SLSP « Sambre & Biesme », IGRETEC et la commune de

Farciennes sont bien des pouvoirs adjudicateurs, que, selon la doctrine, cette disposition envisage l'exercice conjoint de missions réalisées en vue d'atteindre des objectifs communs, quand bien même les missions réalisées seraient distinctes, que les missions de service public envisagées ne sont donc pas des missions communes et que la partie adverse se méprend lorsqu'elle prétend que la disposition en cause imposerait que le contrat devrait avoir pour objet la fourniture conjointe de services publics par la voie de la coopération. Quant au fait que l'article 12.4 vise le « marché » conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus, elle rappelle que, selon l'article 2 de la directive, la notion de « marchés publics » s'entend comme des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. Elle estime qu'on trouve bien dans la convention cadre de marchés conjoints une telle coopération puisqu'il y va d'un contrat qui participe à la création du nouvel écoquartier qui implique la construction de nouveaux logements par la SLSP « Sambre & Biesme » tandis que la commune de Farciennes envisage elle aussi d'y construire de nouveaux logements privés. Elle souligne que l'objet de la convention est de déterminer les droits et obligations respectifs des parties dans le cadre de la conception et de la réalisation de ces travaux de création de l'écoquartier de Farciennes pour lequel des marchés publics conjoints seront lancés, que les dispositions de la convention règlent ces modes de collaboration et missions de chacune des parties dans le cadre de cette coopération et qu'un des éléments de la coopération consiste en ce que la commune de Farciennes conclut avec IGRETEC une convention d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement et ce dans le cadre de la relation *in house* qui unit chacune des parties à ladite intercommunale, selon l'article 5 de la convention. Elle en conclut que la mission ainsi confiée à IGRETEC met donc bien en œuvre une coopération entre la SLSP « Sambre & Biesme » et la commune de Farciennes comme le prévoit l'article 12.4, a) de la directive. Elle ajoute que, pour IGRETEC également, il y va d'une coopération avec la SLSP « Sambre & Biesme » et la commune de Farciennes, toutes deux membres de l'intercommunale, que figurent notamment parmi les missions d'IGRETEC des missions de bureau d'études et de gestion (secteur 1 de l'Intercommunale), mais aussi le développement économique, social et touristique de la Région de Charleroi et du Sud-Hainaut (secteur 2). Il est, selon elle, ahurissant de venir affirmer qu'IGRETEC ne poursuivrait pas des missions de service public dès lors qu'il s'agit d'une intercommunale pure qui n'a que des missions d'intérêt communal et que ce n'est évidemment pas parce que la création de l'écoquartier ne figure pas dans l'objet social des statuts d'IGRETEC que le

contrat ne répond pas aux conditions de la coopération horizontale. Elle en déduit que la partie adverse se méprend sur le contenu et la portée des conditions de l'article 12.4 de la directive.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante soutient que les circonstances de l'espèce entrent bien dans la notion de coopération visée à l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE, telle que précisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Remondis* du 4 juin 2020 (C-429/19), qui juge notamment que « l'existence d'une coopération entre entités appartenant au secteur public repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération, et nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics », ce qui exclut le simple remboursement de frais, mais inclut « une dimension intrinsèquement collaborative » et suppose que « les entités du secteur public qui envisagent de conclure un tel accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter ».

Elle expose qu'en l'occurrence, il y a bien eu une « démarche de coopération entre les parties », dès lors que :

- il y a entre la commune de Farciennes et IGRETEC une relation *in house*;
- la commune de Farciennes et la SLSP « Sambre & Biesme » poursuivent un projet commun dans le cadre du PRU, en prévoyant la création d'un écoquartier et d'un lotissement d'environ 150 logements privés et publics (dans un objectif de mixité sociale) pour lesquels la commune et la SLSP mettent en commun leurs moyens (dont le subside obtenu par la SLSP);
- la commune de Farciennes et la SLSP « Sambre & Biesme » sont membres de l'intercommunale IGRETEC dans le secteur 1 « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat », raison pour laquelle il a été décidé d'associer à la coopération cette intercommunale;
- la commune de Farciennes a conclu, le 23 mars 2016, avec IGRETEC deux conventions : un contrat d'assistance à maître d'ouvrage et assistance juridique et un contrat d'études de faisabilité en architecture stabilité, technique spéciale, voirie, environnement et urbanisme, pour l'aménagement de ce nouveau quartier, cette étude de faisabilité incluant le projet de la SLSP « Sambre & Biesme » qui est complémentaire à celui de la requérante;
- la convention cadre de marchés conjoints atteste de cette coopération entre la commune, la SLSP « Sambre & Biesme » et IGRETEC et ne se limite pas au

paiement d'un prix par la SLSP à l'intercommunale IGRETEC, étant entendu que c'est bien dans le cadre de cette coopération, parce qu'une relation *in house* unit, en tout cas, la commune de Farciennes et l'intercommunale IGRETEC, que les parties ont convenu que la commune de Farciennes conclurait avec IGRETEC une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement.

La requérante considère qu'en l'occurrence, les conditions de l'article 12.4 de la directive sont bien remplies, cette disposition ne prévoyant pas, en outre, qu'il devrait y avoir de la part des pouvoirs adjudicateurs une « fourniture conjointe de services publics », qu'il serait interdit aux pouvoirs adjudicateurs concernés de réaliser des projets pour des personnes privées ou que les partenaires à la coopération devraient avoir, dans leur objet social, le projet particulier qui est l'objet de la coopération. Elle ajoute que la coopération ici envisagée ne concerne que la réalisation de prestations pour des pouvoirs publics et que, dans le cadre de la convention, IGRETEC réalise bien elle aussi ses missions de service public, fournit des services publics à l'égard de deux de ses membres qui se sont associés au sein de l'intercommunale en vue, précisément, de la réalisation de ces missions de service public.

À supposer que le Conseil d'État décide de ne pas suivre cette analyse, la requérante demande que les questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour de justice de l'Union européenne :

- « - L'article de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens que pour pouvoir être considéré comme un "marché" qui établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants, les parties cocontractantes doivent fournir conjointement par le "marché" des services publics par la voie de la coopération ?
- Un "marché" peut-il être considéré comme établissant une coopération s'il en ressort que les pouvoirs adjudicateurs entendent réaliser un projet commun concentrant ainsi leurs moyens, notamment financiers, qu'ils décident de passer des marchés publics conjoints, désignant l'un d'eux pour agir en qualité de pouvoir adjudicateur en leur nom collectif, prévoient une concertation avant la prise de toute décision, décident de désigner un autre pouvoir adjudicateur, association intercommunale dont sont membres les deux pouvoirs adjudicateurs (vu la relation *in house* qui unit en tout cas une des parties à l'accord avec cette intercommunale) et mettent en place un comité de pilotage au sein duquel sont représentés les pouvoirs adjudicateurs, l'association intercommunale et une personne morale de droit public exerçant la tutelle sur un des pouvoirs adjudicateurs ? »

5. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse renvoie aux considérations exposées dans son mémoire en réponse qui démontrent, selon elle, que le deuxième moyen n'est pas fondé. Elle ajoute qu'il n'y a pas lieu de poser la question préjudicielle suggérée par la requérante, la Cour de justice de l'Union européenne y ayant déjà répondu à travers son abondante jurisprudence en la matière.

6. Débats oraux à l'audience

La requérante déclare, à l'audience, maintenir ses demandes de questions préjudicielles à poser à la Cour de justice de l'Union européenne. Elle explique que des marchés publics seront bien passés pour la création de l'écoquartier à Farciennes, mais que, pour la phase de conception de ce projet, les parties à la convention cadre de marchés conjoints ont entendu rester dans la sphère publique, *via* la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs, tenant compte des missions de service public confiées à IGRETEC (partie « secteur 1 » de l'objet social de l'intercommunale).

La partie adverse relève, à l'audience, qu'IGRETEC agit comme simple prestataire de services contre rémunération et maintient qu'il n'y a pas de « véritable coopération » entre les trois entités, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

La commune requérante invoque, dans son deuxième moyen, à titre de règle violée, l'article 12 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation de marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, sans soutenir, comme elle le fait dans le premier moyen, que la partie adverse aurait méconnu le champ d'application de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Concernant l'effet direct que la requérante prétend vouloir attacher à l'article 12.3 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive

2004/18/CE ainsi que l'existence alléguée d'une relation « *in house* conjoint », au sens de l'article 12.3 précité, il est renvoyé à l'examen du premier moyen de la requête et aux questions préjudicielles qu'il y a lieu de poser à la Cour de justice de l'Union européenne.

La requérante se prévaut, à titre subsidiaire, de l'existence d'une coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU. Le recours à ce type coopération est invoqué pour la première fois devant le Conseil d'État, la SLSP « Sambre & Biesme » ayant toujours justifié ses décisions du 9 février 2017 par la relation *in house* qu'elle entretiendrait avec IGRETEC. La reconnaissance, à titre alternatif, d'une coopération horizontale public-public permettrait toutefois également d'invalidier le motif de l'acte attaqué selon lequel les décisions annulées du 9 février 2017 méconnaissent les principes d'égalité et de mise en concurrence consacrés par les règles de passation des marchés publics.

Comme il a déjà été indiqué à l'occasion de l'examen du premier moyen, la loi de transposition de la directive 2014/24/EU n'était pas encore en vigueur au moment des faits litigieux tandis que le délai imposé pour la transposer était déjà expiré. Il conviendra donc, en premier lieu, d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne pour savoir s'il convient de reconnaître un effet direct à l'article 12.4 de cette directive.

La collaboration horizontale public-public constitue une exception à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. Comme c'est le cas pour les rapports *in house*, les conditions fixées pour se prévaloir d'une telle collaboration doivent être d'interprétation stricte et il appartient à celui qui la revendique d'apporter la preuve que ses conditions sont remplies.

Parmi les conditions pour se prévaloir d'une coopération horizontale, l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU impose notamment que le « marché » doit établir ou mettre en œuvre une « coopération » entre les « pouvoirs adjudicateurs participants » dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

La coopération horizontale public-public vise toutes les catégories de pouvoirs adjudicateurs et donc notamment des autorités locales, des organismes de droit public ou des associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou

organismes de droit public. Une coopération horizontale public-public entre une commune, une société de logement de service public et une intercommunale paraît donc *a priori* envisageable.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH* du 28 mai 2020 (C-796/18), la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU se bornait « à évoquer une communauté d'objectifs, sans exiger la fourniture conjointe d'un même service public ou que l'activité de service public soit assurée en commun par les personnes publiques participant à la coopération », puisqu'il ressort du considérant 33, alinéa 1^{er}, de la directive que « [l]es services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants [à une telle coopération] ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires » (pt 57). La Cour en déduit que l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 « doit être interprété en ce sens qu'il autorise indifféremment les pouvoirs adjudicateurs participants à assurer, aussi bien conjointement que chacun individuellement, une mission de service public, pourvu que leur coopération permette d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun » (pt. 58) et qu' « une coopération entre personnes publiques peut porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux » (pt. 59). La Cour précise encore que l'expression « tout type d'activités » est « susceptible de couvrir une activité accessoire à un service public, pour autant que cette activité accessoire contribue à la réalisation effective de la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants » (pt. 60).

Ceci étant, la Cour a rappelé, dans l'arrêt *Remondis GmbH* du 4 juin 2020 (C-429/19), que l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU et le dispositif d'exclusion qu'il prévoit étaient subordonnés à l'existence d'une « véritable coopération » entre les pouvoirs adjudicateurs participants. Elle définit l'exigence de « coopération » comme il suit :

« 25 Il ressort de l'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 qu'un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsqu'il établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

26 Le libellé même de cette disposition place ainsi la notion de “coopération” au cœur même du dispositif d'exclusion prévu à ladite disposition.

27 Il importe peu, à cet égard, que le texte définitif de l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 ne se réfère plus, contrairement à l'article 11, paragraphe 4, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2011 [COM(2011) 896 final], à l'exigence d'"une véritable coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants".

28 En effet, sauf à considérer que l'intention du législateur de l'Union fût d'instaurer un dispositif reposant sur une coopération qui ne serait pas véritable ou encore de méconnaître l'effet utile de la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs, il convient de relever que l'exigence d'"une véritable coopération" ressort de la précision, énoncée au considérant 33, troisième alinéa, de la directive 2014/24, selon laquelle la coopération doit être "fondée sur le concept de coopération". Une telle formulation, en apparence tautologique, doit être interprétée comme renvoyant à l'exigence d'effectivité de la coopération ainsi établie ou mise en œuvre.

29 Il s'ensuit que la participation conjointe de toutes les parties à l'accord de coopération est indispensable pour garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés et que cette condition ne saurait être réputée satisfaite lorsque l'unique contribution de certains cocontractants se limite à un simple remboursement des frais, tels que ceux visés à l'article 5 de la convention en cause au principal.

30 Au demeurant, si un tel remboursement des frais suffisait à lui seul à caractériser une "coopération", au sens de l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24, aucune différenciation ne pourrait être établie entre une telle "coopération" et un "marché public" qui n'est pas couvert par l'exclusion prévue à cette disposition.

31 Cette interprétation de la notion de "coopération", au sens de l'article 12, paragraphe 4, de cette directive, est d'ailleurs corroborée par le considérant 31, deuxième alinéa, de ladite directive qui énonce que la seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

32 En outre, la conclusion d'un accord de coopération entre entités appartenant au secteur public doit apparaître comme l'aboutissement d'une démarche de coopération entre les parties à celui-ci (voir, en ce sens, arrêt du 9 juin 2009, Commission/Allemagne, C 480/06, EU:C:2009:357, point 38). L'élaboration d'une coopération entre entités appartenant au secteur public présente, en effet, une dimension intrinsèquement collaborative, qui fait défaut dans une procédure de passation d'un marché public relevant des règles prévues par la directive 2014/24.

33 Ainsi, la préparation d'un accord de coopération présuppose que les entités du secteur public qui envisagent de conclure un tel accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter. En revanche, une telle phase d'évaluation et de définition des besoins est, en règle générale, unilatérale dans le cadre de la passation d'un marché public ordinaire. Dans cette dernière hypothèse, le pouvoir adjudicateur se contente, en effet, de lancer un appel d'offres mentionnant les spécifications qu'il a lui-même arrêtées.

34 Il s'ensuit que l'existence d'une coopération entre entités appartenant au

secteur public repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération, et nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics.

35 En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que l'accord conclu entre le syndicat et le District ne révèle aucune forme de coopération entre ces parties contractantes. En effet, la juridiction de renvoi a relevé, en substance, que seule la clause contenue à l'article 2, paragraphe 3, de la convention en cause au principal est susceptible de donner lieu au développement d'une coopération entre les parties contractantes. Cependant, après que les parties contractantes ont soutenu que cette clause constituait une déclaration d'intention, le syndicat a expressément admis, dans le cadre de la procédure devant la Vergabekammer Rheinland-Pfalz (chambre des marchés publics du Land de Rhénanie-Palatinat), que ladite clause était sans objet.

36 En outre, il ne semble pas ressortir du dossier dont dispose la Cour que la conclusion de la convention en cause au principal constitue l'aboutissement d'une démarche de coopération entre le syndicat et le District, ce qu'il appartiendra néanmoins à la juridiction de renvoi de vérifier.

37 Enfin, ni le fait que, conformément à l'article 2, paragraphe 2, et à l'article 4, paragraphe 3, de la convention en cause au principal, le syndicat doit reprendre en vue de les mettre en décharge les déchets résiduels, lesquels correspondent à 46 % des intrants, ni la circonstance que la rémunération du District prend uniquement la forme, en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de cette convention, d'un remboursement de frais sans prise en compte d'une marge bénéficiaire pour les frais de fonctionnement courants ne sauraient suffire à établir l'existence d'une authentique coopération entre le syndicat et le District.

38 Dès lors, la convention en cause au principal paraît avoir uniquement pour objet l'acquisition d'une prestation moyennant le versement d'une rémunération. Dans ces conditions, et sous réserve d'une vérification par la juridiction de renvoi, le marché public en cause au principal ne serait pas visé par l'exclusion prévue à l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24.

39 Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne saurait être caractérisée lorsqu'un pouvoir adjudicateur, responsable sur son territoire d'une mission d'intérêt public, n'accomplit pas entièrement lui-même cette mission qui lui incombe seul en vertu du droit national et qui requiert l'accomplissement de plusieurs opérations, mais charge un autre pouvoir adjudicateur, qui ne dépend pas de lui et qui est également responsable de cette mission d'intérêt public sur son propre territoire, d'effectuer l'une des opérations requises contre rémunération. »

En l'espèce, la commune de Farciennes et la SLSP « Sambre & Biesme » sont seules parties à la convention cadre de marchés conjoints de services, de travaux et de promotion de travaux relative à la conception et à la réalisation des travaux de création de l'écoquartier à Farciennes. Cette convention prévoit que la commune de Farciennes est désignée pour agir en qualité de pouvoir adjudicateur en leur nom collectif et prendre toutes les décisions relatives à la passation, à

l'attribution et à l'exécution des marchés publics à intervenir dans le cadre de ce projet. La Commune de Farciennes s'engage à agir en qualité de maître de l'ouvrage et se charge de la gestion administrative du projet. Il est cependant prévu qu'avant toute décision prise en exécution de la convention la commune de Farciennes et la SLSP « Sambre & Biesme » se concertent au sein d'un comité de pilotage. Les deux parties s'engagent, en outre, à garantir, chacune de son côté, les moyens nécessaires pour le financement du projet, pour la part qui les concernent.

Quant à l'intercommunale IGRETEC, elle n'est pas partie à cette convention. Mais l'article 5 de celle-ci, intitulé « choix de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour la mise en œuvre de marchés de services, de travaux et de promotion de travaux et pour la réalisation du dossier de revitalisation urbaine », dispose que « les parties conviennent que la commune de Farciennes conclut avec IGRETEC [...] une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement, et ce, dans le cadre de la relation “*in house*” qui unit chacune des parties à ladite intercommunale ». L'intercommunale est, pour les services précités, rémunérée selon les modalités fixées à l'article 6 de la Convention. Si la présence de deux membres d'IGRETEC est prévue au sein du comité de pilotage, il est précisé qu'IGRETEC y agit « en sa qualité de secrétaire » pour préparer les réunions, convoquer les parties, dresser les procès-verbaux, acter les décisions qui sont prises et procéder, le cas échéant, à l'exécution de ces décisions. Certes, les activités d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de conseils juridiques et d'environnement, qui sont confiées à IGRETEC entrent dans les missions de service public dont elle doit assurer la mise en œuvre et pour lesquelles cette intercommunale a été constituée. Mais la seule circonstance qu'elle exerce ces missions dans le cadre de la convention conclue entre la commune de Farciennes et la SLSP « Sambre & Biesme » pour la réalisation d'un projet commun de création de l'écoquartier à Farciennes ne signifie pas qu'IGRETEC coopérerait, elle-même, au projet ou qu'elle poursuivrait avec les parties signataires de cette convention un objectif commun. Par ailleurs, si l'intercommunale IGRETEC est intervenue au début du projet d'écoquartier, c'est uniquement sur l'ordre de mission délivré par la commune de Farciennes qui a conclu avec elle, sur la base d'une relation *in house*, un « contrat d'assistance à maître d'ouvrage et d'assistance juridique » ainsi qu'un « contrat de faisabilité en architecture, stabilité, technique spéciale, voirie, environnement et urbanisme », moyennant le versement de rémunérations. Enfin, les missions accomplies par l'intercommunale sont relatives au « secteur 1 » de son objet social, intitulé « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat » et correspondent à des activités effectuées, sur le marché, par des bureaux d'études et de gestion spécialisés en

conception, réalisation et mise en œuvre de projets. Rien dans le dossier ne permet de considérer que l'intercommunale aurait agi dans le cadre de la partie « secteur 2 » de son objet social, consacrée au « développement économique, social et touristique de la région de Charleroi et du Sud du Hainaut », qui vise notamment « la politique du logement, en ce compris la construction, le financement et l'utilisation d'unités de voisinages, de centres commerciaux, touristiques et culturels ».

Il se déduit de ces différents éléments que l'intercommunale IGRETEC ne peut être considérée comme « partie à un accord de coopération » qui « présuppose que les entités [...] définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter », « repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération », « nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics » et dont la conclusion « apparaît [...] comme l'aboutissement d'une démarche de coopération ».

La requérante semble cependant soutenir que les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement confiées à l'intercommunale IGRETEC pourraient répondre aux conditions de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE, au motif que ces missions s'inscrivent dans le cadre d'une coopération entre la SLSP « Sambre & Biesme » et la commune de Farciennes, qu'une relation « *in house* conjoint » unit, en tout cas, la commune de Farciennes et IGRETEC et que la commune et la SLSP sont membres d'IGRETEC précisément dans le secteur 1 « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat ». Il convient d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à ce sujet.

Il y a, dès lors, lieu de poser, à la Cour de justice de l'Union européenne, les deux questions préjudicielles suivantes :

- 1) L'article 12.4 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un effet direct ?
- 2) En cas de réponse affirmative à cette question, l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens qu'il permettrait de confier, sans mise en concurrence préalable, des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement à un pouvoir

adjudicateur, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, dès lors que ces missions s'inscrivent dans le cadre d'une coopération entre deux autres pouvoirs adjudicateurs, en l'occurrence une commune et une société de logement de service public, qu'il n'est pas contesté que la commune exerce un contrôle « *in house* conjoint » sur la société coopérative intercommunale et que la commune et la société de logement de service public sont membres de la société coopérative intercommunale dans le secteur d'activités « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat » de son objet social qui est précisément concerné par les missions qu'elles souhaitent lui confier, lesquelles missions correspondent à des activités effectuées sur le marché par des bureaux d'études et de gestion spécialisés en conception, réalisation et mise en œuvre de projets ?

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un troisième moyen du défaut de motivation, de la violation de l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

La requérante critique l'acte attaqué en tant qu'il considère que l'article 6 de la convention-cadre serait illicite et contraire à l'intérêt général en ce qu'il ne pourrait être prévu à l'avance que les paiements des prestations effectuées dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage seront répartis à parts égales. Elle indique que, dans le cadre d'un marché conjoint, il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de désigner l'autorité ou l'organe qui interviendra en leur nom collectif en qualité de pouvoir adjudicateur et de prévoir, le cas échéant, un paiement séparé pour chacune des prestations. Elle expose que les prestations d'assistance à maître d'ouvrage rencontrent les intérêts communs des parties et supposent bien une participation de chacune à parts égales. Elle relève, pour le surplus, que l'article 6 de la convention cadre de marchés conjoints prévoit bien des paiements séparés pour la mise en œuvre des travaux dont la quote-part devra être définie lors d'une réunion du comité de pilotage auquel la SWL est appelée à participer. Elle en conclut que la partie adverse a conclu à tort que l'article 6 de la convention était illicite et contraire

aux principes de bonne administration.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse relève que l'article 6 de la convention cadre de marchés conjoints prévoit que les paiements des prestations liées à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage sont répartis de manière égale entre la requérante et la SLSP « Sambre & Biesme ».

Elle expose que la répartition entre les charges supportées par chacune des parties doit correspondre strictement aux prestations réellement effectuées en faveur de chacune d'entre elles de manière à éviter qu'une partie supporte des frais qui concernent en réalité une part du marché qui profite à l'autre partie, que l'acte attaqué veille à ce que ce principe soit respecté et que la SLSP « Sambre & Biesme » bénéficie de subsides de la Région wallonne qui ne peuvent servir à couvrir les dépenses d'un autre pouvoir adjudicateur. Elle constate d'ailleurs que la répartition des frais selon la répartition réelle des prestations est parfaitement possible puisqu'elle est prévue par la convention pour les autres postes du projet.

3. Mémoire en réplique

La partie requérante considère que la partie adverse ne répond pas au moyen et renvoie dès lors à sa requête.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante s'en réfère aux premier et deuxième moyens de la requête qui établissent, selon elle, l'existence d'une relation *in house* ou d'une coopération au sens de la directive 2014/24/UE.

Elle affirme qu'en tous les cas, l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé et viole les dispositions visées au moyen puisqu'il ne tient pas compte de ce que les prestations d'assistance à maître d'ouvrage concernent des prestations communes rencontrant les intérêts communs des parties ce qui implique une participation de chacun de manière égale. Elle rappelle que, pour les prestations qui justifient un paiement séparé, l'article 6 de la convention cadre prévoit que la quote-part de chacun sera définie à l'occasion d'une réunion du comité de pilotage à laquelle les représentants de la SWL seront présents.

5. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse renvoie aux considérations exposées dans son mémoire en réponse qui démontrent, selon elle, que le troisième moyen n'est pas fondé.

6. Débats oraux à l'audience

Les parties ne reviennent pas sur le troisième moyen à l'audience.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le troisième moyen conteste l'acte attaqué en tant qu'il considère que « l'article 6 de la convention cadre de marché est illicite et contraire à l'intérêt général et au principe de bonne administration », en ce qu'il « prévoit à l'avance que les paiements de prestations effectuées dans le cadre de l'assistance à la maîtrise de l'ouvrage seront répartis à parts égales », au motif que les subsides de la Région wallonne dont bénéficie la SLSP « Sambre & Biesme » ne peuvent « en aucun cas » servir à couvrir les dépenses de la commune de Farciennes pour ce qui concerne ces prestations.

Le moyen est irrecevable en tant qu'il invoque la violation de l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, à défaut d'indiquer clairement en quoi cette disposition serait méconnue. Contrairement à ce que semble suggérer la requérante, l'acte attaqué ne conteste pas la possibilité de prévoir un paiement séparé pour chacun des partenaires au marché conjoint, mais le fait qu'une répartition à parts égales soit prévue à l'avance pour le paiement des prestations d'assistance à la maîtrise d'ouvrage.

La requérante ne conteste pas l'affirmation selon laquelle la SLSP « Sambre & Biesme » ne pourrait « en aucun cas » prendre en charge une partie des dépenses de la commune, mais seulement le fait que la SLSP assumerait une partie de ces dépenses incombant, selon la partie adverse, à la commune. Elle se limite à affirmer que des prestations communes rencontrant les intérêts communs des parties impliquent nécessairement une participation de chacun de manière égale. Or, une telle affirmation n'est pas démontrée et ne ressort d'aucune pièce du dossier.

La requérante n'apporte aucun élément établissant que la décision de considérer l'article 6 de la convention comme illicite et contraire à l'intérêt général procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle ne démontre pas non plus que cette décision serait entachée d'un vice de motivation.

Le troisième moyen n'est pas fondé.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Il est sursis à statuer.

Article 2.

Les questions suivantes sont posées à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne :

- 1) L'article 12.3 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un effet direct ?
- 2) En cas de réponse affirmative à cette première question, l'article 12.3 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens que la condition pour un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une société de logement de service public, d'être représenté au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, est remplie au seul motif qu'une personne siégeant au sein du conseil d'administration de cette société coopérative intercommunale en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant, en l'occurrence une commune, se trouve, en raison de circonstances exclusivement factuelles et sans garantie juridique de représentation, être également administrateur au sein de la société de logement de service public tandis que la commune est actionnaire (non exclusif)

tant de l'entité contrôlée (société coopérative intercommunale) que de la société de logement de service public ?

- 3) En cas de réponse négative à la première question posée, faut-il considérer qu'un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une société de logement de service public, « participe » aux organes décisionnels de la personne morale contrôlée, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, au seul motif qu'une personne siégeant au sein du conseil d'administration de cette société coopérative intercommunale en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant, en l'occurrence une commune, se trouve, en raison de circonstances exclusivement factuelles et sans garantie juridique de représentation, être également administrateur au sein de la société de logement de service public tandis que la commune est actionnaire (non exclusif) tant de l'entité contrôlée (société coopérative intercommunale) que de la société de logement de service public ?
- 4) L'article 12.4 de la directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un effet direct ?
- 5) En cas de réponse affirmative à cette question, l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens qu'il permettrait de confier, sans mise en concurrence préalable, des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement à un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, dès lors que ces missions s'inscrivent dans le cadre d'une coopération entre deux autres pouvoirs adjudicateurs, en l'occurrence une commune et une société de logement de service public, qu'il n'est pas contesté que la commune exerce un contrôle « *in house* conjoint » sur la société coopérative intercommunale et que la commune et la société de logement de service public sont membres de la société coopérative intercommunale dans le secteur d'activités « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat » de son objet social qui est précisément concerné par les missions qu'elles souhaitent lui confier, lesquelles missions correspondent à des activités effectuées sur le marché par des bureaux d'études et de gestion spécialisés en conception, réalisation et mise en œuvre de projets ?

Article 3.

Sur le vu des réponses données aux questions par la Cour de justice de l'Union européenne, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, est chargé de déposer un rapport complémentaire.

Article 4.

À dater de la notification du rapport complémentaire, chacune des parties disposera d'un délai unique de trente jours pour déposer un dernier mémoire.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 15 juin 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky