

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 259.019 du 4 mars 2024

A. 222.093/VI-21.017

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
Société de logement de service public (SLSP)**
« Sambre & Biesme SCRL »,

ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et
Charline SERVAIS, avocats,
avenue Louise 250
1050 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 28 avril 2017, la partie requérante demande l'annulation de :

- « la décision du 25 février 2017 par laquelle la Société wallonne du logement a décidé d'annuler :
 - la décision du conseil d'administration de la société de logement de service public "SAMBRE & BIESME" du 9 février 2017 approuvant la convention-cadre de marchés conjoints passée avec la commune de Farciennes ;
 - la décision du conseil d'administration de la société de logement de service public "SAMBRE & BIESME" du 9 février 2017 refusant la mise en concurrence d'un marché de services d'inventaire amiante au motif d'une relation "*in house*" l'unissant à l'intercommunale ».

II. Procédure

Un arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021 a sursis à statuer, posé trois questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union européenne et, sur le vu des réponses qui seraient données à ces questions, chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire.

Cet arrêt a été notifié aux parties.

Par un arrêt du 22 décembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu aux questions posées (affaires jointes C-383/21 et C-384/21).

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 17 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 février 2024.

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

M^e Charline Servais, avocate, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marie Vastmans, avocate, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

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

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

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021. Il y a lieu de s'y référer.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

Il est renvoyé à l'arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021 pour l'exposé de la thèse défendue par la requérante dans sa requête, son mémoire en réplique et le dernier mémoire qu'elle a déposé avant la réouverture des débats.

Dans le dernier mémoire qu'elle a déposé après la réouverture des débats, la requérante fait valoir que l'article 12, § 3, alinéa 2, sous i), de 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 n'impose pas que chaque pouvoir organisateur dispose d'un administrateur au sein du conseil d'administration, ni que la représentation de plusieurs pouvoirs adjudicateurs par une même personne devrait être juridiquement garantie, mais qu'il suffit que les pouvoirs adjudicateurs soient représentés au sein des organes décisionnels de l'intercommunale, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux. Elle estime qu'en l'espèce, la condition de représentation de la SLSP au sein du conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC est, dans les faits, rencontrée, ce qu'elle détaille.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans l'arrêt intermédiaire n° 250.896 du 15 juin 2021, le Conseil d'État a jugé que :

- le premier grief du premier moyen tiré du prétendu revirement d'attitude de la partie adverse manquait en fait ;
- le troisième grief du premier moyen tiré du caractère licite de l'article 6 de la convention-cadre de marché conjoint conclue avec la commune de Farciennes n'était pas fondé.

Le deuxième grief du premier moyen tiré de la prétendue relation *in house* entre la requérante et l'intercommunale IGRETEC a donné lieu à trois questions préjudicielles qui ont été posées à la Cour de Justice de l'Union européenne. Avant de poser ces questions, l'arrêt n° 250.896 procède toutefois à une série de constats et émet un certain nombre de considérations. Le Conseil d'État relève notamment les éléments suivants :

- « 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. 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 cet organe 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 ».

Le Conseil d'État a toutefois été amené à interroger la Cour de justice de l'Union européenne à la suite d'un élément de fait porté à sa connaissance dans le

cours des débats. L'arrêt n° 250.896 indique, à ce propos, ce qui suit :

« 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 requérante fait valoir que la commune de Farciennes est actionnaire tant de la SLSP "Sambre & Biesme" que de l'intercommunale IGRETEC et exerce un contrôle sur ces deux entités, 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 [...].

Les questions suivantes ont dès lors été posées 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 ? »

Aux deux premières questions posées, la Cour de justice a répondu ce qui suit :

« 1) L'article 12, paragraphes 3 et 4, de 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, doit être interprété en ce sens que :

il produit des effets directs dans le cadre de litiges opposant des personnes morales de droit public au sujet de l'attribution directe de marchés publics, alors que l'État membre concerné s'est abstenu de transposer cette directive dans l'ordre juridique national dans les délais impartis.

2) L'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que :

afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur ».

La Cour n'a pas répondu à la troisième question posée, compte tenu de la réponse apportée à la première question.

S'agissant, en particulier, de sa réponse à la deuxième question posée, la Cour de justice a précisé les éléments suivants :

« Sur la deuxième question dans les affaires C-383/21 et C-384/21

53. Par sa deuxième question dans les affaires C-383/21 et C-384/21, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, est satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur.

54 Conformément à une jurisprudence constante, lors de l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, il y a lieu de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie. La genèse d'une disposition du droit de l'Union peut également révéler des éléments pertinents pour son interprétation (arrêt du 9 juin 2022, IMPERIAL TOBACCO BULGARIA, C-55/21, EU:C:2022:459, point 44 et jurisprudence citée).

55 En premier lieu, s'agissant du libellé de l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24, il convient d'observer que cette disposition vise l'un des critères devant être satisfait afin d'établir, en vertu de l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous a), de cette directive, qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services.

56 En l'occurrence, l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de ladite directive énonce que les organes décisionnels de la personne morale contrôlée doivent être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux.

57 Il résulte ainsi des termes de cette disposition que celle-ci requiert qu'un pouvoir adjudicateur exerçant un contrôle conjoint sur une personne morale dispose d'un membre agissant en qualité de représentant de ce pouvoir adjudicateur dans les organes décisionnels de cette personne morale, ce membre pouvant, le cas échéant, représenter également d'autres pouvoirs adjudicateurs.

58 Cette interprétation est corroborée, en deuxième lieu, par le contexte dans lequel s'insère ladite disposition.

59 En effet, premièrement, il convient d'observer que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, relatif à l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur unique exercerait sur la personne morale à laquelle un marché public est attribué un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, prévoit, à son second alinéa, que ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir

adjudicateur.

60 Par ailleurs, le paragraphe 2 de cet article 12 dispose, notamment, que le paragraphe 1 de celui-ci est également susceptible de s'appliquer lorsqu'une personne morale contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur.

61 En revanche, pour ce qui est de l'article 12, paragraphe 3, de cette directive, cette disposition prévoit qu'un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale, au sens du paragraphe 1 de cet article 12, peut, néanmoins, attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer ladite directive lorsque ce pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée. Toutefois, il importe de souligner que, à la différence des paragraphes 1 et 2 dudit article, ladite disposition ne prévoit pas que les conditions relatives au contrôle du pouvoir adjudicateur sur la personne morale adjudicataire puissent être satisfaites de manière indirecte.

62 En particulier, l'exigence de représentation visée à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 requiert que la participation d'un pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs s'effectue par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même. Cette exigence ne peut donc pas être satisfaite par l'intermédiaire d'un membre de ces organes y siégeant seulement en qualité de représentant d'un autre pouvoir adjudicateur.

63 Deuxièmement, l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous ii), de cette directive prévoit, au titre des conditions devant être réunies pour que soit établi que les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale, au sens de l'article 12, paragraphe 3, premier alinéa, sous a), de ladite directive, que ces pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques poursuivis par la personne morale contrôlée et sur les décisions importantes que celle-ci est susceptible de prendre.

64 Eu égard à la portée de la condition énoncée à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous ii), de la directive 2014/24, laquelle a trait à la détermination du contenu de ces objectifs et de ces décisions, il convient donc de comprendre le critère figurant à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de cette directive comme visant à poser une exigence distincte portant sur les conditions formelles de la participation de ces pouvoirs adjudicateurs dans les organes décisionnels de la personne morale concernée.

65 Ces constatations sont confirmées par la genèse de l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, de ladite directive.

66 Ainsi qu'il ressort du considérant 31 de la même directive, tout en relevant l'existence d'une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre des entités appartenant au secteur public et, partant, la nécessité d'apporter des précisions à cet égard, le législateur de l'Union a considéré que ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour et, partant, n'a pas entendu remettre en cause cette jurisprudence (voir, en ce sens, arrêt du 28 mai 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, C-796/18, EU:C:2020:395, point 66).

67 À cet égard, il ressort de ladite jurisprudence que la question de savoir si un pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services s'apprécie au regard de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Dès lors, les éléments dont il y a lieu de tenir compte ne recouvrent pas seulement des circonstances factuelles, mais incluent également la législation applicable ainsi que, notamment, les mécanismes de contrôle prévus par les statuts de cette personne morale (voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, points 65 et 66 ainsi que jurisprudence citée).

68 Au titre des précisions apportées à la jurisprudence de la Cour s'agissant des conditions dans lesquelles les marchés conclus entre des entités appartenant au secteur public ne relèvent pas des règles sur la passation des marchés publics, le législateur de l'Union a entendu renforcer l'exigence tenant à cette condition de représentation.

69 En effet, il y a lieu d'observer que, antérieurement à l'adoption de la directive 2014/24, le fait que les organes décisionnels de la personne morale concernée soient composés de représentants des pouvoirs adjudicateurs exerçant sur celle-ci un contrôle conjoint était un des éléments dont il était tenu compte afin d'établir, dans le chef du pouvoir adjudicateur concerné, la possibilité d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette personne (voir, notamment, arrêts du 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, EU:C:2008:621, points 28, 29, 33 et 34 ainsi que jurisprudence citée, et du 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, points 65, 66 et 86 ainsi que jurisprudence citée).

70 Or, en les visant à des dispositions distinctes, à savoir à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i) et ii), de cette directive, le législateur de l'Union a entendu faire des conditions de représentation des pouvoirs adjudicateurs exerçant un contrôle conjoint sur la personne morale adjudicataire une exigence autonome par rapport à celle tenant à la possibilité d'exercer une telle influence décisive.

71 En troisième lieu, l'interprétation selon laquelle cette disposition exige que la participation d'un pouvoir adjudicateur exerçant un tel contrôle conjoint au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée s'effectue par l'intermédiaire d'un membre agissant en qualité de représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même, ce membre pouvant, le cas échéant, représenter également d'autres pouvoirs adjudicateurs, est confortée par l'objectif poursuivi par les dispositions de l'article 12, paragraphe 3, de ladite directive.

72 En effet, ainsi qu'il a été rappelé aux points 46 et 48 du présent arrêt, l'exclusion du champ d'application de la directive 2014/24 des marchés publics satisfaisant les critères visés, notamment, à son article 12, paragraphe 3, résulte de la reconnaissance, ainsi qu'il ressort du considérant 5 et du considérant 31, deuxième alinéa, de cette directive, de la liberté des États membres de prévoir que les pouvoirs publics puissent fournir certains services par eux-mêmes et exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources.

73 Or, il ne saurait être considéré qu'un pouvoir adjudicateur utilise ses propres ressources et agit par lui-même lorsqu'il n'est pas en mesure d'intervenir dans les organes décisionnels de la personne morale à qui le marché public est attribué par la voie d'un représentant qui agit au nom de ce pouvoir adjudicateur lui-même ainsi que, le cas échéant, au nom d'autres pouvoirs adjudicateurs, et que, par conséquent, l'expression de ses intérêts au sein de ces organes décisionnels est

subordonnée au fait que lesdits intérêts soient communs avec ceux que les autres pouvoirs adjudicateurs y font valoir par l'intermédiaire de leurs propres représentants au sein de ces organes.

74 En l'occurrence, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il ressort des éléments fournis à la Cour que l'exigence visée à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de ladite directive, tenant à ce que la participation d'un pouvoir adjudicateur exerçant un contrôle conjoint sur une personne morale au sein des organes décisionnels de celle-ci s'effectue par l'intermédiaire d'un membre agissant en qualité de représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même, ce membre pouvant, le cas échéant, représenter également d'autres pouvoirs adjudicateurs, n'apparaît pas être satisfaite dans les circonstances en cause au principal. En effet, d'une part, les associés de catégorie C, dont fait partie la SLSP Sambre & Biesme, ne disposaient, notamment, d'aucun représentant au sein du conseil d'administration de l'Igretec et, d'autre part, bien que siégeant également au conseil d'administration de la SLSP Sambre & Biesme, ce n'est qu'en qualité de représentant de la commune de Farciennes, associée de catégorie A, que le conseiller communal siégeait au conseil d'administration de l'Igretec.

75 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question dans les affaires C-383/21 et C-384/21 que l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur ».

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, qui fixe les conditions du contrôle *in house* conjoint permettant d'échapper à l'application de la réglementation des marchés publics, dispose comme il suit :

- « 3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
- a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
 - b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs; et
 - c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés

sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins du premier alinéa, point a), les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- i) 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;
- ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et
- iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ».

Dans l'arrêt intermédiaire du 15 juin 2021, le Conseil d'État a relevé que « [p]our 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 » en sorte qu'il ne devait être procédé qu'à l'examen de la légalité de ce motif.

Sur le respect de la condition d'un « contrôle analogue », le Conseil d'État a, dans cet arrêt, déjà jugé que la partie adverse avait valablement pu considérer que les associés de catégorie C – dont fait partie la SLSP « Sambre et Biesme » – ne participaient, dans aucune mesure et d'aucune manière, à l'exercice d'un contrôle analogue conjoint sur l'intercommunale IGRETEC, compte tenu de la position très minoritaire des associés de catégorie C, de la prépondérance donnée par les statuts de l'intercommunale aux communes (associés de catégorie A), de l'absence de tout mécanisme pour assurer la protection des associés minoritaires (notamment les associés de catégorie C) et de l'absence de représentants, au sein du conseil d'administration de l'intercommunale, d'associés de catégorie C.

La requérante ne démontre pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – en quoi les réponses données par la Cour aux questions préjudicielles qui lui ont été posées – notamment la production d'effets directs reconnue à l'article 12, § 3, de la directive 2014/24 précitée – sont de nature à remettre en cause les constats déjà portés dans l'arrêt n° 250.896.

La seule question qui subsistait à l'issue des débats et qui a justifié d'interroger, à titre préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne est liée à la

présence avérée, au moment des faits, d'une conseillère communale de la commune de Farciennes siégeant à la fois au conseil d'administration de la requérante et au conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC. La question se posait de savoir si cet « état de fait » – qui n'est pas garanti en droit, comme le précisait déjà l'arrêt n° 250.896 – suffisait à satisfaire à la condition de représentation de la requérante au sein des organes décisionnels de l'intercommunale IGRETEC, étant entendu toutefois que la personne concernée siégeait au conseil d'administration de cette intercommunale en sa qualité de « conseiller communal à Farciennes » et que « rien ne permet[tait] de considérer qu'elle était, à ce titre, également réputée représenter les intérêts de la SLSP "Sambre et Biesme" ».

La Cour de justice a clairement répondu par la négative à la question posée, en jugeant que l'exigence prévue par l'article 12, § 3, alinéa 2, sous i), de la directive 2014/24, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, « n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur ».

L'affirmation de la requérante, dans son dernier mémoire déposé après la réouverture des débats, suivant laquelle les associés communaux de catégorie A représenteraient l'ensemble des associés – et donc également les associés de catégorie C dont fait partie la requérante – est contredite par la structure et les mécanismes de gestion de l'intercommunale IGRETEC, qui font clairement la distinction entre différentes catégories d'associés. Ainsi, la requérante relevait elle-même, dans le dernier mémoire qu'elle a déposé avant la réouverture des débats, que l'article 13.4, alinéa 3, des statuts de l'intercommunale prévoit que « 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 ». Les statuts identifient clairement des communautés d'intérêts distinctes parmi les associés, suivant la catégorie à laquelle ils appartiennent. Par ailleurs, les mêmes statuts, dans leur version applicable au litige, accordaient une telle prépondérance aux communes dans les organes de gestion d'IGRETEC – au détriment des autres catégories d'associés – qu'il ne peut être sérieusement soutenu que les administrateurs communaux représenteraient l'ensemble des associés de l'intercommunale.

La requérante ne peut, non plus, être suivie lorsqu'elle affirme, que [D.] siégeait au sein du conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC à la fois en qualité de conseillère communale de la commune de Farciennes et en qualité

d'administratrice de la SLSP « Sambre et Biesme ». Le seul fait que [D.] est administratrice de la SLSP « Sambre et Biesme » ne signifie pas qu'en siégeant au conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC, elle « représente » la SLSP.

Comme l'a déjà jugé le Conseil d'État dans son arrêt intermédiaire, il apparaît des pièces produites par la requérante que [D.] siégeait en sa seule qualité de « conseiller communal à Farciennes » alors qu'aucun représentant des associés de catégorie C – dont fait partie la SLSP « Sambre et Biesme » – ne siégeait au sein du conseil d'administration de l'Intercommunale IGRETEC. Dans les considérants de son arrêt, la Cour de justice a confirmé que « l'article 12, paragraphe 3, de cette directive [...] ne prévoit pas que les conditions relatives au contrôle du pouvoir adjudicateur sur la personne morale adjudicataire puissent être satisfaites de manière indirecte », qu'« [e]n particulier, l'exigence de représentation [...] requiert que la participation d'un pouvoir adjudicateur au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs s'effectue par l'intermédiaire d'un représentant de ce pouvoir adjudicateur lui-même » et que « cette exigence ne peut donc pas être satisfaite par l'intermédiaire d'un membre de ces organes y siégeant seulement en qualité de représentant d'un autre pouvoir adjudicateur ».

La circonstance que la commune de Farciennes serait actionnaire de la SLSP « Sambre et Biesme » et que ces deux entités partageraient des intérêts communs, notamment le projet de création d'un écoquartier, ne suffit pas à démontrer que la SLSP exercerait sur l'intercommunale IGRETEC un contrôle analogue conjoint au sens de l'article 12, § 3, de la directive 2014/24. La Cour de justice a ainsi jugé dans son arrêt qu'« il ne saurait être considéré qu'un pouvoir adjudicateur utilise ses propres ressources et agit par lui-même lorsqu'il n'est pas en mesure d'intervenir dans les organes décisionnels de la personne morale à qui le marché public est attribué par la voie d'un représentant qui agit au nom de ce pouvoir adjudicateur lui-même ainsi que, le cas échéant, au nom d'autres pouvoirs adjudicateurs, et que, par conséquent, l'expression de ses intérêts au sein de ces organes décisionnels est subordonnée au fait que lesdits intérêts soient communs avec ceux que les autres pouvoirs adjudicateurs y font valoir par l'intermédiaire de leurs propres représentants au sein de ces organes ». Dans le même arrêt, la Cour insiste sur le fait qu'« en les visant à des dispositions distinctes, à savoir à l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i) et ii), de cette directive, le législateur de l'Union a entendu faire des conditions de représentation des pouvoirs adjudicateurs exerçant un contrôle conjoint sur la personne morale adjudicataire une exigence autonome par rapport à celle tenant à la possibilité d'exercer une telle influence décisive » (paragraphe 70) et « entendu

renforcer l'exigence tenant à cette condition de représentation » (paragraphe 68).

Au vu des exigences rappelées par la Cour dans son arrêt et des constats déjà opérés dans l'arrêt intermédiaire du 15 juin 2021, l'affirmation de la requérante – non autrement démontrée – selon laquelle « la présence d'une même conseillère communale au sein de la SLSP et d'IGRETEC ne relève nullement du hasard mais bien d'une volonté de cohésion dans la prise de décision au sein des trois entités » ne suffit pas à établir que cette personne représente les intérêts de la SLSP « Sambre & Biesme » lorsqu'elle siège au sein du conseil d'administration de l'intercommunale IGRETEC en qualité de « conseiller communal à Farciennes ».

La partie adverse a, dès lors, valablement pu considérer que, dans le chef de la requérante, « la condition relative à un contrôle analogue n'est pas rencontrée en l'état actuel des statuts d'IGRETEC » et que celle-ci ne peut, dès lors, se prévaloir d'une relation *in house* qui l'unirait à cette intercommunale.

Le premier moyen n'est pas fondé.

Quant au deuxième moyen de la requête, le Conseil d'État l'a jugé non fondé dans l'arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021.

V. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure liquidée à la somme de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros

accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 4 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Xavier Close
Adeline Schyns,

conseillère d'État, Présidente
conseillère d'État,
conseiller d'État
greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret