



Date de réception : 02/09/2021



Id Publié	: C-383/21
Numéro de pièce	: 1
Numéro de registre	: 1191195
Date de dépôt	: 24/06/2021
Date d'inscription au registre	: 24/06/2021
Type de pièce	: Demande de décision préjudicielle

	: Pièce
Référence du dépôt effectué par e-Curia	: DC149344
Numéro de fichier	: 1
Auteur du dépôt	: Delannay Gregory (J358399)

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 250.896 du 15 juin 2021

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 SCRL Société de logement de service public « Sambre & Biesme » 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

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 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 Jean Laurent, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Marie Vastmans, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus 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 régies 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'efficience 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 IGRETEC;

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 conjointes 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, le présent recours. 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, un recours en annulation enrôlé sous le numéro A.222.113/VI-21.018.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, notamment ses articles 5 et 9, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

administratifs, notamment ses articles 2 et 3, de la violation du principe de motivation, de la violation du principe du raisonnable, de l'erreur sur les causes et les motifs, de la violation du principe de confiance légitime et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche, tout d'abord, à la partie adverse un revirement d'attitude, qu'elle se devait de motiver dans la décision attaquée, ce qui n'a pas été fait. Elle expose que la partie adverse était informée des démarches entreprises pour s'adjoindre les services de l'intercommunale IGRETEC pour l'accompagner tout au long de la mise en œuvre du projet, que la partie adverse savait que la requérante avait acheté une part sociale dans l'intercommunale IGRETEC et que celle-ci avait modifié ses statuts en conséquence, mais relève que la partie adverse n'a pas réagi alors qu'elle connaissait les motifs entourant ces opérations. La requérante ajoute que des membres de la SWL ont assisté à deux réunions organisées pour présenter l'étude de faisabilité réalisée par IGRETEC, qu'il ressort du procès-verbal de la deuxième réunion du 19 octobre 2016 – à laquelle le directeur gérant et un directeur de la partie adverse étaient présents – que « [l]a SWL adhère et soutient l'ambitieux projet porté conjointement par l'AC de Farciennes et la société SAMBRE et BIESME », que la présentation du projet impliquait nécessairement la signature d'une convention cadre avec la commune de Farciennes et l'application de relations *in house* entre les intervenants et qu'à l'occasion de cette réunion, la SWL évoque elle-même la présence d'IGRETEC en qualité de prestataire pour la SLSP. Elle en déduit que la partie adverse connaissait pertinemment le mécanisme mis en œuvre et ne comprend pas comment la SWL a pu adhérer à cet ambitieux projet pour le considérer ensuite comme impossible. Elle conclut que la partie adverse devait justifier, dans l'acte attaqué, son revirement d'attitude et indiquer les raisons pour lesquelles elle a changé d'avis.

Elle fait ensuite valoir que les motifs qui sous-tendent l'acte attaqué ne sont pas exacts, pertinents ou admissibles. Selon elle, il existerait bien une relation *in house* entre elle et l'intercommunale IGRETEC. Elle soutient qu'en affirmant le contraire, l'acte attaqué méconnaît la jurisprudence claire de la Cour de justice de l'Union européenne quant à l'exception *in house* et procède d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle expose que cette exception est consacrée par l'article 12 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, lequel reprend l'évolution de la jurisprudence et la codifie, que cette disposition a elle-même été transposée par l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics (qui n'est pas encore entrée en vigueur au moment du dépôt du mémoire en réponse) et que ces

deux dispositions intègrent les évolutions jurisprudentielles relatives à l'exception *in house*. Elle fait valoir que, contrairement à ce qu'affirme l'acte attaqué, les conditions de l'exception *in house* sont en l'espèce réunies, que, conformément à la jurisprudence européenne (intégrée dans la directive et dans la loi), plus de 80 % des activités d'IGRETEC 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, qu'IGRETEC ne comporte pas de participation directe de capitaux privés et que le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle, sur IGRETEC, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, ce qui suppose que :

- « 1° 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. Tel est le cas en l'espèce.
- 2° 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. Tel est le cas en l'espèce.
- 3° la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Tel est le cas en l'espèce. »

Se référant à l'arrêt *Econord* dans lequel la Cour de justice de l'Union européenne juge que la condition pour des autorités publiques d'exercer conjointement un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services est remplie « lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité », elle fait valoir que toutes les conditions requises sont remplies en l'espèce, puisque (1) elle exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, notamment des SLSP et des communes, un contrôle sur IGRETEC, « analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services » et (2) elle participe « tant au capital qu'aux organes de direction d'IGRETEC de sorte qu'elle exerce bien un contrôle analogue conformément à la jurisprudence *Econord* de la CJUE susmentionnée ».

Elle en déduit que les articles 5 et 6 de la convention cadre de marchés conjoints conclue avec la commune de Farciennes sont licites, dès lors qu'il existe bien une relation *in house* entre elle et l'intercommunale IGRETEC.

La requérante conteste aussi l'affirmation selon laquelle elle prendrait en charge une partie des dépenses de la commune de Farciennes, alors que les deux parties développent conjointement ce projet, à parts égales, en sorte qu'un partage des frais est entièrement justifié en ce qui concerne les acomptes mensuels et le

solde des deux premiers thèmes, la réalisation des travaux faisant l'objet d'une répartition *au prorata*.

Elle estime enfin que compte tenu de la relation *in house* qu'elle entretient avec l'intercommunale IGRETEC, elle pouvait décider de ne pas mettre en concurrence le marché public de services d'inventaire amiante et confier directement cette mission à IGRETEC.

2. Mémoire en réponse

Sur le premier volet du moyen, la partie adverse souligne que le fait qu'elle participe, par l'entremise de ses représentants et de son commissaire, aux séances du conseil d'administration de la requérante n'implique pas nécessairement qu'elle approuve toutes les décisions qui y seraient prises. Elle rappelle qu'elle agit comme autorité de tutelle à l'égard de la requérante, conformément au Code wallon du logement et de l'habitat durable.

Elle indique que l'affirmation de la requérante selon laquelle l'intercommunale IGRETEC aurait modifié ses statuts pour permettre aux sociétés de logements de prendre des participations dans son capital et de justifier d'une relation *in house* est inexacte dès lors qu'elle constate que, si l'intercommunale a, certes, envisagé de modifier ses statuts, elle n'a, à sa connaissance, pris aucune décision en ce sens (à la date du dépôt du mémoire en réponse).

Elle conteste avoir marqué son accord sur la décision prise le 29 octobre 2015 par le conseil d'administration de la requérante d'acquérir une part sociale dans l'intercommunale IGRETEC. Elle ajoute qu'un prétendu accord ne peut se déduire de son silence puisque, conformément à l'article 163 du Code wallon du logement et de l'habitat durable, il lui appartient d'autoriser les sociétés de logements de service public à prendre des participations dans d'autres organismes. Elle constate que la requérante n'a jamais sollicité cette autorisation de sorte que la SWL ne peut la lui avoir donnée.

Elle conteste aussi l'argument concernant sa participation aux réunions de présentation de l'étude de faisabilité réalisée par IGRETEC, ce qui indiquerait, selon la requérante, qu'elle aurait validé l'intervention de cette intercommunale. Elle expose qu'elle a, au contraire, d'emblée attiré l'attention de la requérante, dans un courrier électronique du 19 octobre 2016, sur la nécessité « d'officialiser le montage juridique de l'opération au niveau de la phase d'étude (Commune-SLSP-IGRETEC)

en formalisant le tout et en le soumettant pour approbation à la SWL [...] » et relève que Madame [D.] a, par un courriel du 20 octobre 2016, insisté sur le fait qu' « IGRETEC n'ayant pas été mis en concurrence par Sambre et Biesme, celle-ci ne pourra honorer aucune facture relative à des prestations de services menées par IGRETEC ».

Elle rappelle que, lors de sa séance du 20 juin 2016, son conseil d'administration a décidé que les conditions de l'exception *in house* n'étaient actuellement pas remplies dans les relations entre les SLSP et IGRETEC et, partant, a refusé - à défaut de modification substantielle des statuts d'IGRETEC - de donner l'autorisation aux SLSP de lui passer commande sans respecter la loi sur les marchés publics. Elle ajoute que, lors de cette même séance, le conseil d'administration a marqué son accord pour que l'autorisation de participer au capital social d'une autre société, en vertu de l'article 163, § 1^{er}, 2^o, du Code wallon du logement et de l'habitat durable, pour mettre en œuvre le mécanisme *in house* puisse, au cas par cas, être conditionnée à une motivation adéquate justifiant le fait de confier la réalisation des marchés particuliers à une intercommunale. Elle indique que ces décisions ont été diffusées au sein des différentes SLSP par l'entremise de ses commissaires et transmises, par courrier du 6 juillet 2016, à l'intercommunale IGRETEC.

Elle considère qu'il ne peut être question d'un revirement d'attitude, alors qu'au contraire, elle n'a eu de cesse de répéter et confirmer sa position, tant à l'égard de la requérante que de l'ensemble des SLSP.

Sur le second volet du moyen, elle expose en quoi l'acte attaqué est, selon elle, adéquatement motivé lorsqu'il considère qu'il n'existe pas de relation *in house* entre la requérante et IGRETEC.

Elle indique tout d'abord que l'article 30, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, sur lequel la requérante fonde son argumentation, n'était pas entré en vigueur lorsque celle-ci a décidé de recourir à l'exception *in house*, de sorte qu'elle ne peut s'en prévaloir dans le cadre du présent litige. Elle ajoute que l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE, sur lequel la requérante base également ses griefs, n'a pas d'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 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 indique ensuite en quoi, selon elle, les conditions d'une relation « *in house* conjoint » ne sont pas réunies, en l'espèce, entre la requérante et l'intercommunale IGRETEC.

Elle rappelle 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 (1ère condition) et que cette personne réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les autorités publiques qui la constituent (2ème 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'acquiescer à 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.

Quant à la répartition à parts égales des paiements des prestations liées aux services d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, prévue par l'article 6 de la convention cadre de marchés conjoints, elle fait valoir qu'elle n'est pas admissible, chaque partie devant supporter les charges qui correspondent strictement aux prestations réellement effectuées en sa faveur. Elle souligne que l'acte attaqué veille à ce que ce principe soit respecté dès lors que la requérante 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.

Elle conclut que les articles 5 et 6 de la convention cadre de marchés conjoints sont illicites.

3. Mémoire en réplique

La requérante répète les arguments de sa requête.

Elle ajoute que la prise de participation dans l'intercommunale IGRETEC n'était pas soumise à un régime d'autorisation préalable, dès lors que l'article 163 du Code wallon du logement et de l'habitat durable soumet à autorisation les seules participations dans les personnes morales visées à l'article 131, 7°, du même Code, à savoir « la participation à la création, à la gestion et au fonctionnement de personnes morales, publiques ou privées, impliquées dans la mise en œuvre des objectifs de la politique régionale du logement ». Tel n'est pas, selon elle, le cas d'IGRETEC, « intercommunale de développement économique ». Elle

souligne que la partie adverse n'a d'ailleurs pas réagi en 2015, à ce sujet, et qu'elle ne peut modifier son analyse au gré des intérêts procéduraux.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante renvoie pour l'essentiel aux arguments qu'elle développe dans ses précédents écrits de procédure.

Elle répète que plusieurs membres de la partie adverse étaient présents à la réunion du 19 octobre 2016, lorsque IGRETEC a présenté son projet d'étude et qu'à aucun moment la SWL n'a relevé que cette intercommunale ne pouvait être sélectionnée pour mettre en œuvre le projet sans respecter les règles de passation des marchés publics.

Quant à l'exception *in house*, elle soutient que l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE avait bien un effet direct au moment de l'adoption de l'acte attaqué et qu'il convient dès lors d'appliquer cette disposition pour déterminer les conditions d'un contrôle analogue conjoint.

Elle expose, premièrement, que, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il importe peu qu'elle ne détienne qu'une seule part dans le capital d'IGRETEC et que cette part ne représente, selon elle, que 0,0000000197 % des parts donnant un droit de vote à l'assemblée générale.

Elle ajoute, deuxièmement, que, conformément à l'article 12.3 de la directive précitée, il ne faut pas que chaque pouvoir organisateur dispose d'un administrateur au sein du conseil d'administration, mais il suffit que les pouvoirs organisateurs 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 explique que le législateur européen a ainsi assoupli les conditions qui résultaient de l'arrêt *Econord*, lequel exigeait que chacune des autorités publiques « participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité ». Elle explique que les statuts d'IGRETEC, dans leur version applicable au cas d'espèce, prévoient à l'article 13.4, alinéa 3, 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 », que les associés de la catégorie C, à laquelle appartient la requérante, sont donc bien représentés au sein du conseil d'administration d'IGRETEC et que

celui-ci est donc bien composé de personnes représentant notamment la requérante, conformément à la condition reprise à l'article 12.3, alinéa 2, i) de la directive.

Elle fait valoir, troisièmement, que, conformément à l'article 12.3 de la directive précitée, elle exerce conjointement avec les autres pouvoirs adjudicateurs (communes et autres SLSP) présents au sein d'IGRETEC un contrôle analogue, sur cette intercommunale, à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, c'est-à-dire une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'intercommunale. Elle précise qu'aucun pouvoir adjudicateur présent au sein d'IGRETEC ne détient une participation majoritaire, de sorte que l'hypothèse reprise au point 30 de l'arrêt *Econord* n'est pas rencontrée. Elle ajoute que l'article 12.3 de la directive fait référence à d'autres pouvoirs adjudicateurs présents au sein de l'entité contrôlée et que la création de différentes catégories d'associés n'empêche pas que l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur cette entité. Elle en veut pour preuve qu'elle porte le présent projet en collaboration avec la commune de Farciennes, qui relève d'une autre catégorie d'associés. La requérante ajoute que ses deux principaux actionnaires sont la commune de Farciennes et la commune d'Aiseau-Presles qui sont également associées au sein d'IGRETEC et en déduit que la commune de Farciennes, associée de catégorie A, exerce un contrôle sur la SLSP « Sambre et Biesme », associée de catégorie C au sein d'IGRETEC, que ces deux entités exercent conjointement un contrôle sur IGRETEC, qu'ensemble, elles sont en mesure d'exercer une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'intercommunale et que c'est d'ailleurs à ce titre qu'elles entendent développer conjointement un écoquartier en faisant appel à l'expertise d'IGRETEC.

Elle en conclut qu'elle participe tant au capital qu'aux organes de direction d'IGRETEC de sorte qu'elle exerce bien un contrôle analogue au sens de l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE et à la jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union européenne et qu'il existe bien une relation *in house* entre la requérante et IGRETEC. À supposer qu'elle ne soit pas suivie dans l'interprétation à donner à la disposition de la directive précitée, la requérante invite le Conseil d'État à poser la question préjudicielle proposée par la commune de Farciennes dans le cadre du recours enrôlé sous le n° A.222.113/VI-21.018.

Concernant l'article 5 de la convention cadre de marchés conjoints conclue entre la SLSP et la commune de Farciennes, elle estime que la partie adverse ne peut conclure à l'absence d'exception *in house*. Quant à l'article 6 de cette convention, elle fait valoir qu'il prévoit bien que chaque partie paie les

prestations *au prorata* de sa quote-part à définir lors d'une réunion du comité de pilotage et que c'est à tort que la partie adverse prétend que cette disposition permettrait à la SLSP d'absorber une partie des dépenses faites au profit de la commune.

5. *Dernier mémoire de la partie adverse*

La partie adverse répète que l'article 12.3 de la directive 2014/24/UE est dépourvu d'effet direct, dès lors qu'il n'offre qu'une simple faculté aux États membres 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 du principe de concurrence dans le cas d'espèce. C'est d'autant plus le cas, selon elle, que les conditions du « *in house* conjoint » ne sont pas rencontrées. Elle maintient, à titre subsidiaire, qu'il conviendrait d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'effet direct en droit interne de la disposition précitée.

Pour le surplus, la partie adverse renvoie aux considérations qu'elle a exposées dans son mémoire en réponse et qui permettent, selon elle, de démontrer que le premier moyen n'est pas fondé.

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.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

1. Quant au prétendu revirement d'attitude de la SWL

L'acte attaqué répond, dans les termes suivants, aux arguments soulevés par la SLSP « Sambre & Biesme » dans son courrier du 15 février 2017 qui reproche à la partie adverse un prétendu revirement d'attitude :

« [Que] 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 [...] ».

Ces motifs sont conformes aux pièces du dossier administratif. La requérante ne démontre pas qu'avant l'adoption de l'acte attaqué, la SWL aurait admis l'existence d'une relation *in house* entre la SLSP « Sambre & Biesme » et l'intercommunale IGRETEC.

La décision préalable du 29 octobre 2015 d'acquérir une part sociale dans le capital d'IGRETEC est motivée par le fait que la SLSP « Sambre &

Biesme » ne pourra bénéficier des services de cette intercommunale que si elle devient associée de cette société. Il n'est pas fait état d'une relation *in house* entre les deux entités tandis qu'il est expressément prévu qu'« une demande d'autorisation pour l'acquisition d'une part devra être introduite à la SWL ». La requérante ne démontre cependant pas qu'une telle demande aurait effectivement été introduite auprès de l'autorité de tutelle ou que celle-ci aurait donné son autorisation à cette acquisition.

Dans une décision « de principe » adoptée le 20 juin 2016 par le conseil d'administration de la SWL, il a été considéré que « les conditions de l'exception *in house* ne sont actuellement pas remplies dans les relations entre les SLSP et IGRETEC » et décidé « partant, [de] refuse[r] – 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 », tout en envisageant la possibilité de confier la réalisation de marchés particuliers à une intercommunale, mais seulement au cas par cas et moyennant une motivation adéquate le justifiant. Comme le relève la partie adverse, il ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif que l'intercommunale IGRETEC avait, au moment de l'adoption des décisions du 9 février 2017 annulées par l'acte attaqué, déjà procédé à la modification annoncée de ses statuts ni obtenu la moindre autorisation de la SWL.

La présence de représentants de la SWL ou de son commissaire aux différentes réunions relatives au projet de création d'un écoquartier à Farciennes, avec notamment, pour certaines de ces réunions, des représentants d'IGRETEC pour présenter le projet, ne permet pas de démontrer que la SWL aurait autorisé la SLSP à recourir aux services de cette intercommunale sans respecter les règles relatives à la passation des marchés publics. Il convient de rappeler qu'au début du projet, l'intercommunale IGRETEC est intervenue dans le cadre des missions qui lui ont été exclusivement confiées par la commune de Farciennes, qui, le 23 mars 2016, a conclu avec elle 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 ». C'est dans le cadre de ces missions qu'IGRETEC propose la rédaction d'une convention cadre de marchés conjoints entre la SLSP « Sambre & Biesme » et la commune de Farciennes ainsi que les trois variantes d'aménagements de l'écoquartier en intégrant le projet de la SLSP. Ces propositions sont présentées par IGRETEC à la réunion du 19 octobre 2016, où sont notamment présents le directeur gérant et un directeur de la SWL, pouvoir subsidiant. Si le procès-verbal de cette réunion indique que « [l]a SWL adhère et soutient l'ambitieux projet porté conjointement par l'AC de Farciennes et la

SAMBRE & BIESME » et qu'IGRETEC pourrait se charger de certaines prestations, il n'est fait nulle part mention de la reconnaissance par la SWL d'une relation *in house* entre la SLSP et IGRETEC. Le jour même, juste après cette réunion, un représentant de la SWL adresse, au contraire, un courriel à la SLSP « Sambre & Biesme » pour lui demander d'« officialiser le montage juridique de l'opération au niveau de la phase étude (commune-SLSP-IGRETEC) en formalisant le tout et en le soumettant pour approbation à la SWL [...], avant fin d'année ». Le lendemain, un nouveau courriel est envoyé « en complément » par un autre représentant de la SWL à la SLSP « Sambre & Biesme » pour « insiste[r] sur le fait que IGRETEC n'ayant pas été mis en concurrence par Sambre et Biesme, celle-ci ne pourra honorer aucune facture relative à des prestations de services menées par IGRETEC ».

Lors de la réunion du conseil d'administration de la requérante du 19 janvier 2017 portant sur l'approbation du projet de convention cadre litigieuse, le commissaire de la SWL, affecté à la SLSP « Sambre & Biesme », a affirmé que « ce dossier devait manifestement être mis en concurrence », tout en précisant que « ses observations faites concernant une relation *in house* entre l'IGRETEC et Sambre & Biesme valent également pour ce projet de convention de gestion de marchés conjoints ». En réponse à l'affirmation selon laquelle, lors de réunions de présentation à la tutelle, les représentants de la SWL auraient marqué leur accord et considéré qu'il s'agissait d'un « beau projet », le commissaire répond qu'il « ne peut se contenter d'un accord verbal dans le cadre d'un dossier d'une telle importance » et « demande que l'accord écrit de la SWL sur le montage du dossier lui soit transmis ». Le commissaire de la SWL a répété sa position à propos de la décision du même jour relative au « cahier 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 » établi par IGRETEC, en soulignant que « le *in house* est une exception à la loi sur les marchés publics », qu'« il faut qu'un contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres agents soit exercé sur le prestataire » et que, pour lui, ce n'était pas le cas « même si la société est détentrice d'une part dans le capital d'IGRETEC ». Le commissaire de la SWL a maintenu ses déclarations lors de la séance du conseil d'administration du 9 février 2017, au terme de laquelle ont été adoptées les décisions annulées par l'acte attaqué. Il fait observer qu'il « a rédigé un rapport spécial, après avoir discuté avec différents responsables de la tutelle » et que « suivant le rapport et vu que les conditions ne sont pas remplies, la relation IN HOUSE entre notre société et l'IGRETEC ne peut exister ». Il informe, dans la foulée, les membres du conseil d'administration qu'il introduira un recours, tout en précisant que « son but n'est pas de démolir le projet, bien au

contraire, mais de le placer dans le champ de la légalité en matière de marchés publics d'une part, ainsi que dans une perspective financière assurant la viabilité économique de la société d'autre part ».

Rien ne permet de considérer que la SWL a, à un moment donné, approuvé l'existence d'une relation *in house* entre la SLSP « Sambre & Biesme » et l'intercommunale IGRETEC. Le grief qui reproche à la partie adverse un revirement d'attitude dans le chef de la partie adverse n'est pas démontré. Un tel grief manque en fait.

2. Quant à une prétendue relation *in house* entre la SLSP « Sambre & Biesme » et l'intercommunale IGRETEC

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 « participer[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. 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.

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, 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 ?

3. Quant à la répartition, à parts égales, des paiements des prestations liées à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage prévue par l'article 6 de la convention de marchés conjoints

L'acte attaqué considère que « l'article 6 de la convention cadre de marchés 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.

La requérante ne conteste pas l'affirmation selon laquelle elle ne pourrait « en aucun cas » prendre en charge une partie des dépenses de la Commune de Farciennes, mais seulement le fait qu'elle assume une partie de ces dépenses. Elle se limite à soutenir qu'elles développent conjointement le projet d'écoquartier, à parts égales, « en sorte qu'un partage des frais est entièrement justifié ». Une telle

affirmation n'est cependant 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.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation du Code wallon du logement et de l'habitat durable, notamment de ses articles 166 et 168, de la violation du ou des principes général(-aux) de bonne administration, comprenant notamment le principe du raisonnable et le devoir de minutie et du délai raisonnable, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Selon la requérante, les décisions de passer une convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes et de confier à l'intercommunale IGRETEC la mission de réaliser un inventaire amiante résulteraient d'un point mis à l'ordre du jour de son conseil d'administration du 19 janvier 2017. Elle fait valoir que ces décisions n'ont pas été contestées dans les quatre jours ouvrables, conformément aux prévisions de l'article 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable et que ce délai étant dépassé, ces décisions sont devenues définitives et ont privé d'objet le recours intenté par le commissaire contre les décisions du 9 février 2017.

Elle ajoute que, comme elle avait déjà approuvé la convention cadre de marchés conjoints le 19 janvier 2017, celle-ci a pu être conclue lorsque le conseil communal de la commune de Farciennes l'a approuvée à son tour le 26 janvier 2017, puisque c'est à ce moment qu'a eu lieu l'échange de consentements. Elle en déduit que le contrat ne peut plus être contesté et que l'acte attaqué ne peut avoir aucun impact sur sa validité, les décisions annulées du 9 février 2017 ne produisant aucun effet juridique puisqu'elles sont purement confirmatives des décisions du 19 janvier 2017. Elle soutient, à cet égard, qu'aucun élément nouveau n'est intervenu entre ces décisions permettant de conclure que les décisions du 9 février 2017 sont des décisions nouvelles et qu'au surplus, il n'est nullement fait référence au contenu de la convention dans ces décisions.

Elle en déduit que la partie adverse n'a manifestement pas procédé à une analyse minutieuse du dossier et qu'elle n'a pas agi de manière raisonnable en adoptant l'acte attaqué.

Elle affirme encore que la partie adverse ne peut agir que dans les limites de l'intérêt général poursuivi par le Code wallon du logement et de l'habitat durable et n'aperçoit pas les motifs d'intérêt général qui justifient la décision prise, à défaut d'être explicités à suffisance. Elle souligne qu'au contraire, la partie adverse a indiqué soutenir sans réserve le projet, ce qui démontre, selon elle, que les décisions annulées par la partie adverse ne blessaient pas l'intérêt général et que cette dernière a commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant l'acte attaqué.

2. Mémoire en réponse

La partie adverse expose en quoi les décisions du 9 février 2017 ne sont pas des actes confirmatifs, dès lors qu'elles ne se limitent pas à répéter les décisions adoptées le 19 janvier 2017, ces décisions n'ayant pas le même objet. Elle relève, plus particulièrement, que la décision du 19 janvier 2017 approuve le projet de convention tandis que celle du 9 février 2017 approuve la convention en tant que telle et que ces deux décisions s'inscrivent dans l'opération complexe de conclusion de la convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes, dont la première étape consiste à rédiger la convention future et la deuxième étape à l'approuver pour qu'elle puisse valablement sortir ses effets. Elle indique que la décision du 19 janvier 2017 clôture la première étape et approuve le projet de convention, qui sera ensuite soumis aux différentes parties pour approbation, et constitue à ce titre un acte préparatoire à la décision du 9 février 2017. Selon elle, cette décision ne produit aucun effet par elle-même puisque la convention n'est à cette date pas encore approuvée et l'approbation finale de la convention, susceptible de produire des effets juridiques, intervient lorsque le conseil d'administration de la requérante approuve la convention le 9 février 2017. Selon elle, c'est cette décision qui achève le processus de décision et clôture l'opération complexe et est, à ce titre, la seule susceptible de faire l'objet d'un recours de la part du commissaire de la partie adverse dans le cadre de la tutelle qui lui incombe, conformément à l'article 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable.

Elle indique qu'en introduisant son recours le 10 février 2017, soit le lendemain du jour où la décision d'approuver la convention a été adoptée, le commissaire a manifestement respecté le prescrit de l'article 168 du Code wallon du

logement et de l'habitat durable de sorte que ce recours est recevable *ratione temporis*. Elle souligne que la requérante n'a pas invoqué la tardiveté du recours dans les observations qu'elle a formulées en date du 15 février 2017 et que l'argument n'est à présent soulevé que pour les besoins de la cause.

Elle précise aussi en quoi elle considère que la convention n'est pas conclue. Elle souligne que, si le conseil communal de la commune de Farciennes a approuvé la convention cadre de marchés conjoints le 26 janvier 2017, le conseil d'administration de la partie requérante ne l'avait pas encore approuvée à cette date puisqu'il ne l'a fait que le 9 février 2017. Elle indique que, comme cette décision a été attaquée dans le cadre d'un recours ayant un effet suspensif, la convention ne saurait avoir été valablement conclue à défaut de consentement intervenu dans le chef de la requérante.

Quant à l'argument tiré du défaut de conformité à l'intérêt général, la partie adverse renvoie à l'article 166 du Code wallon du logement et de l'habitat durable qui prévoit notamment que le commissaire veille au respect « de la régularité des procédures et des actes posés par la société ». Elle relève que tant le recours introduit par le commissaire à l'encontre des décisions du 9 février 2017 que l'acte attaqué sont justifiés par la violation, par la requérante, de la législation relative aux marchés publics et que le grief essentiel formulé à l'encontre des décisions susmentionnées porte sur l'absence de mise en concurrence de la mission portant sur la réalisation d'un inventaire amiante et, partant, sur la violation des principes fondamentaux de la réglementation relative aux marchés publics. Elle rappelle que les conditions du *in house* ne sont pas rencontrées en l'espèce de sorte que la partie requérante devait organiser une procédure de mise en concurrence dans le respect des principes de la législation sur les marchés publics. Elle en conclut que la partie adverse a bien agi dans les limites fixées par le Code wallon du logement et de l'habitat durable.

3. Mémoire en réplique

La requérante répète les arguments de la requête.

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante renvoie pour l'essentiel aux arguments qu'elle développe dans ses précédents écrits de procédure. Elle soutient que la décision du 19 janvier 2017 « prévoit, en son article 2, que le conseil d'administration décide d'approuver

la convention de marchés conjoints de service, de travaux et de promotion de travaux », en sorte que cette convention a été conclue le 26 janvier 2017, au moment où l'échange des consentements a eu lieu, et que la décision du 9 février 2017, annulée par l'acte attaqué, est un acte purement confirmatif de la décision du 19 janvier 2017.

5. Dernier mémoire de la partie adverse

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

6. Débats oraux à l'audience

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

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La tutelle organisée par le Code wallon du logement, devenu le Code wallon de l'habitat durable, est une tutelle spécifique établie dans le cadre de la matière du logement qui relève de la compétence des régions, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, IV, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Les articles 166 à 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable disposent, dans leur version applicable au présent litige, comme il suit :

« Article 166

§ 1^{er}. Un commissaire est chargé, auprès d'une ou de plusieurs sociétés, de veiller au respect :

- 1° de la régularité des procédures et des actes posés par la société;
- 2° des procédures et des conditions d'attribution de logements;
- 3° de l'engagement et de la vérification des dépenses visées à l'article 159bis du Code;
- 4° de la conformité des décisions des organes d'administration et de contrôle avec la loi, le décret, les arrêtés, les statuts, le règlement d'ordre intérieur et l'intérêt général.

§ 2. Le commissaire est un agent de la Société wallonne du Logement, désigné par le Gouvernement, sur la proposition de cette dernière [...]
[...]

Article 167

§ 1^{er}. La société convoque le commissaire à toutes les réunions de ses organes d'administration, de gestion et de contrôle. [...]
[...]

Article 168

§ 1^{er}. Le commissaire assiste avec voix consultative aux réunions et dispose d'un délai de quatre jours francs pour prendre son recours contre l'exécution de toute décision qu'il estime irrégulière, contraire à la loi, aux décrets, aux arrêtés, aux statuts, au règlement d'ordre intérieur et à l'intérêt général. Le recours est suspensif. Ce délai court à partir du jour de la réunion à laquelle la décision a été prise, pour autant que le commissaire ait été régulièrement convoqué et, dans le cas contraire, à partir du jour où la décision lui a été notifiée par la société par lettre recommandée.

§ 2. Pour tous les cas non visés au § 1^{er} du présent article, le commissaire peut suspendre une décision de la société qu'il estime irrégulière, contraire à la loi, aux décrets, aux arrêtés, aux statuts, au règlement d'ordre intérieur et à l'intérêt général. Il dispose d'un délai de quatre jours francs pour suspendre la décision. Ce délai court à partir du jour de la décision ou du jour où il en a connaissance.

§ 3. Si, dans un délai de vingt jours, prenant cours le même jour que le délai prévu aux §§ 1^{er} et 2, la Société wallonne du Logement, saisie du recours ou de la décision du commissaire de suspendre la décision, n'a pas prononcé l'annulation, la décision devient définitive.

§ 4. La Société wallonne du Logement notifie immédiatement sa décision motivée à la société par lettre recommandée à la poste. »

Les articles 166 à 168 précités instituent ainsi un contrôle de tutelle spécifique dit « général » qui s'applique à tous les actes posés par les sociétés de logement de service public (SLSP), qu'ils soient pris par un organe de la société ou qu'ils interviennent « à n'importe quel moment de la vie de la société ». Les « actes préparatoires » à la prise de décision sont, du reste, expressément visés par les travaux préparatoires (avant-projet de décret modifiant le Code wallon du logement, Exposé des motifs, annexe 2 au projet de décret, Parl. w., Doc., session 2006-2007, n° 471-1, p.14). L'expression « toute décision » visée à l'article 168, §1^{er}, s'entend donc comme au sens commun du terme, de toute délibération qui implique que l'organe concerné se prononce sur une question déterminée.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, les deux décisions du 9 février 2017 ne sont pas purement confirmatives des décisions adoptées le 19 janvier 2017, ces décisions n'ayant pas le même objet.

Dans ses décisions du 19 janvier 2017, le conseil d'administration de la requérante « marque son accord », d'une part, « sur le projet de convention cadre des 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 ».

Concernant la convention cadre de marchés conjoints, il n'est question, dans la décision du 19 janvier 2017, que de « marquer son accord » sur un « projet de convention ». Lors de sa délibération du 26 janvier 2017 aux termes de laquelle le

conseil communal de la commune de Farciennes décide d'« approuver la convention de marchés conjoints de service, de travaux et de promotion de travaux », il est précisé qu'« IGRETEC propose d'établir une convention de marchés conjoints entre la commune de Farciennes et la société de logements sociaux Sambre et Biesme » et que « Sambre et Biesme a déjà émis un accord de principe pour cette dite convention », confirmant ainsi que la SLSP n'a, à ce stade, pas encore approuvé la conclusion de la convention. Ce n'est que lors de la séance du 9 février 2017 que le conseil d'administration de la SLSP décide « d'approuver la conclusion d'une convention cadre de marchés conjoints avec la commune de Farciennes ».

Quant au marché de services « inventaire amiante », le conseil d'administration de la requérante « décide », lors de sa séance du 9 février 2017, « de ne pas mettre en concurrence » ce marché pour confier directement cette mission à l'intercommunale IGRETEC, alors qu'il avait, lors de la séance du 19 janvier 2017, été expressément déclaré que serait « lanc[é] un marché pour désigner un bureau d'expert pour réaliser l'inventaire et le programme de gestion dans la problématique de l'amiante », IGRETEC ayant établi un cahier spécial des charges à cette fin.

Le moyen qui se fonde sur le postulat erroné que les deux décisions du 9 février 2017 seraient purement confirmatives des décisions adoptées le 19 janvier 2017 manque en fait.

Concernant l'argument tiré du défaut de conformité à l'intérêt général, il faut rappeler que la décision attaquée se fonde sur le motif que les décisions du 9 février 2017 violent les articles 5 et 9 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, tandis que les articles 166 et 168 du Code wallon du logement et de l'habitat durable prévoient que le commissaire veille au respect notamment « de la régularité des procédures et des actes posés par la société » et « de la conformité des décisions des organes d'administration [...] avec la loi [...] », qu'il peut « prendre son recours contre l'exécution de toute décision qu'il estime irrégulière, contraire à la loi [...] » et que la SWL peut, pour les mêmes motifs, annuler les décisions de la SLSP.

Le concept d'« intérêt général » n'est mobilisé par l'acte attaqué que pour critiquer l'article 6 de la convention cadre en ce qu'il prévoit une répartition, à l'avance et à parts égales, des paiements des prestations effectuées dans le cadre de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage. Or, la requérante ne démontre pas en quoi la partie adverse aurait méconnu la notion d'« intérêt général » ou commis une erreur

manifeste d'appréciation en décidant 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 les prestations de l'assistance à la maîtrise d'ouvrage et qu'en conséquence, une répartition à parts égales fixée « à l'avance » pour le paiement de ces prestations n'est pas admissible.

La requérante n'établit pas que la partie adverse aurait agi en dehors des limites fixées par le Code wallon du logement et de l'habitat durable.

Le deuxième 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 ?

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