

Objet : La relation « IN HOUSE » entre l'INASEP et ses affiliés : principes et conséquences

1. PRINCIPES

- Lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie un ouvrage, une fourniture ou un service à un tiers, entreprise publique ou privée, qui le réalise, fournit ou preste contre rémunération, il passe un marché public régi par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses arrêtés royaux d'exécution.
A priori, donc, une commune doit se soucier de la réglementation relative aux marchés publics avant de confier une prestation à une intercommunale.

- Toutefois, il existe une exception à ce principe, qui permet de confier directement une prestation à une intercommunale sans devoir la mettre en concurrence dans le cadre de la réglementation relative aux marchés publics.

Il s'agit d'une construction jurisprudentielle de la Cour de Justice européenne, appelée, la relation « in house », lorsque des pouvoirs adjudicateurs publics se trouvent dans des liens étroits, leur relation peut échapper aux procédures de passation des marchés publics.

- Concrètement, à partir du moment où les conditions de cette relation « in house » sont remplies, les acteurs publics peuvent recourir « en direct » à ce service, notamment celui d'une l'intercommunale sans faire application de la réglementation des marchés publics.

2. LES CONSÉQUENCES ET AVANTAGES DE LA RELATION « IN HOUSE »

- Il n'est plus requis que ceux-ci appliquent la réglementation des marchés publics pour les missions qu'ils entendent confier à l'intercommunale ;
- Cela conduit manifestement à un important gain de temps, et à éviter des risques liés aux procédures de la passation (recours juridictionnels et tutelle) ;
- Ceci n'empêche toutefois pas les affiliés d'avoir recours au marché et de mettre en concurrence les prestataires de services conformément à la réglementation des marchés publics, la relation « in house » ne conférant, en soi, aucune exclusivité à l'intercommunale ;
- L'associé demeure libre d'entretenir une relation « in house » ou non avec l'INASEP : même si une commune est associée à l'INASEP, agréée par le Gouvernement wallon pour son territoire comme Organisme d'Assainissement, et liée à l'intercommunale et la SPGE par le Contrat d'Égouttage, elle conserve la liberté de recourir au marché pour toutes les autres matières qui ne relèvent pas de ces compétences ;
- Toutefois, l'exclusivité peut être aménagée par le biais d'autres mécanismes, par exemple, celui d'un dessaisissement statutaire, tel qu'en jouit l'intercommunale pour le secteur Distribution d'eau.

- L'affiliation offre aux communes une meilleure maîtrise des coûts de prestations, via l'établissement d'une tarification ;
- L'affilié dispose de l'assurance de la réalisation des objectifs communaux/provinciaux, l'intercommunale ne pouvant se soustraire à l'accomplissement d'une mission spécialement confiée ;
- Enfin la relation « in house » avec ses affiliés est une garantie pour l'intercommunale elle-même : elle affirme ainsi son rôle d'interlocuteur naturel à l'égard de ses membres et renforce ses liens avec les communes qui la détiennent.

3. CONDITIONS DU « IN HOUSE »

- Dès 1999, on peut retenir de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne que la reconnaissance de la relation « in house » ne peut avoir lieu que si deux conditions cumulatives, énoncées pour la première fois dans l'arrêt de principe « Tekal », sont rencontrées :
 1. le pouvoir adjudicateur (commune/province) doit exercer sur l'intercommunale un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
 2. l'intercommunale doit exercer l'essentiel de son activité avec les collectivités qui la détiennent.
- De sa jurisprudence ultérieure, le premier critère, celui du contrôle analogue, a été affiné comme suit :
 1. le contrôle ne peut jamais être analogue lorsque l'intercommunale est mixte, et ce quel que soit le pourcentage de la participation privée au sein du capital de l'intercommunale ;
 2. seules, les intercommunales pures peuvent être reconnues comme entretenant des liens « in house » avec leurs communes affiliées.
- Dans un arrêt « Tragsa », la Cour reconnaît, en 2007, comme exemples des circonstances dans lesquels le contrôle analogue a été reconnu, les conditions suivantes :
 1. l'intercommunale a l'obligation de réaliser les commandes qui lui sont confiées par les communes affiliées ;
 2. les tarifs sont fixés par les associés de l'intercommunale.
- Le Gouvernement Wallon a émis sur ce sujet plusieurs circulaires qui indiquent aux pouvoirs subordonnés la position de la Wallonie sur ces jurisprudences :
 1. 13 JUILLET 2006 – Circulaire aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S. et associations Chapitre XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs ;
 2. 15 JUILLET 2008 – Circulaire complémentaire précisant les conditions de contrôle analogue ;
 3. 30 JANVIER 2009 – Lettre aux communes relatives aux relations contractuelles entre communes et intercommunales établies par le SPW – DGO1/DGO5.
- Début 2010, l'INASEP a fait vérifier par le Cabinet d'avocats Thalès de Namur, que les relations entre l'intercommunale et ses associés rencontraient bien l'ensemble des conditions rappelées ci-dessus. Ce document est disponible pour les affiliés qui le souhaitent.
- La publication le 28/03/2014 au Journal Officiel de l'Union européenne, de la Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 Février 2014 sur la passation des marchés publics, abrogeant la Directive 2004/18/CE apporte un nouvel éclairage par son article 12 qui vise explicitement dans quelles mesures les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public.

- La directive rappelle qu'il existe une importante insécurité juridique à ce propos et fait le constat que la jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Elle estime dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.
- Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exercer les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.
- Cette nouvelle directive, bien qu'elle ne soit pas déjà mise en application en Belgique, peut, à notre avis, servir de référence par rapport à l'interprétation de la jurisprudence actuelle, sans déroger toutefois aux lois, arrêtés et circulaires aujourd'hui en vigueur.

4. DIRECTIVE 2014/24/UE - ARTICLE 12 - MARCHÉS PUBLICS PASSÉS ENTRE ENTITÉS APPARTENANT AU SECTEUR PUBLIC (extrait du JO du 28/03/2014)

1. *Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :*

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;*
- b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ; et*
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.*

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a),

- s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée.*
- Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.¹*

2. *Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée, qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.²*

¹ Cf. cas des CPAS, régies

² Cf. Convention avec la Province

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
- b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

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

- i. les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;³
- ii. ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée⁴ ; et
- iii. la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

4. Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
- b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et
- c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération.⁵

5. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1, premier alinéa, point b), au paragraphe 3, premier alinéa, point b), et au paragraphe 4, point c), est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

6. Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

³ Problématique du nombre d'administrateurs inférieurs au nombre d'affiliés ; existence statutaire du Comité de Contrôle.

⁴ Pouvoir de l'assemblée générale sur le plan stratégique, le budget et les tarifs du service d'aide (cf. CDLC et circulaires)

⁵ Hypothèse d'une coopération avec VIVAQUA pour le cadastre de l'égouttage

5. APPLICATION À LA SITUATION ACTUELLE DE L'INTERCOMMUNALE INASEP

A. LE CONTRÔLE ANALOGUE

1. Le contrôle analogue s'exerce par une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée.
2. Le statut de l'intercommunale, conforme au Code wallon de la Démocratie locale et de la Décentralisation, limite toutefois le nombre d'administrateurs à une valeur (30) inférieure au nombre d'affiliés (>38).

Le paragraphe 3 a) de la directive 2014/24 explique que le contrôle peut s'exercer conjointement par les affiliés lorsque :

- i. les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
 - ii. ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; et
 - iii. la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.
3. L'existence statutaire du Comité de contrôle du bureau d'études où tous les affiliés sont représentés par une personne et un suppléant constitue une garantie supplémentaire de ces trois conditions.
 4. Les organismes para-communaux tels que les Centres Publics d'Action Social, les Zones de Police, les intercommunales, les régies pourraient aussi accéder directement aux services de l'intercommunale, sans affiliation spécifique, en vertu de l'application du dernier alinéa du paragraphe 1 qui prévoit que le contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.
Cette disposition n'exclut toutefois pas que cet organisme puisse aussi s'affilier directement à l'intercommunale.
 5. Le recours réciproque par l'intercommunale à des prestations de service rémunérées de la part d'un affilié, sans appliquer la réglementation des marchés publics, est aussi une conséquence explicitement mentionnée au paragraphe 2 de la nouvelle directive.
 6. Une autorité administrative locale peut-elle légalement attribuer un marché public d'architecture à une intercommunale sans avoir procédé à une mise en concurrence préalable ?
Un article juridique publié en 2012 par le Conseil National de l'Ordre des Architectes dans la revue professionnelle de l'ordre francophone reconnaît qu'un marché de services d'architecture est soumis aux mêmes dispositions que les autres prestations de service dans le cadre de la relation « in house ». Les architectes de l'INASEP peuvent intervenir dans le cadre général du service d'études.
 7. Les tarifs
 - i. Les tarifs des services d'étude figurent aujourd'hui dans le règlement général du service d'études qui est une annexe permanente des conventions particulières approuvées par chaque affilié dans le cas d'une étude spécifique.
 - ii. Tous les tarifs pratiqués par l'INASEP pour de nouvelles missions qui lui sont confiées sont approuvés par les associés (tant provincial que communaux), et les affiliés au service d'aide, par le biais de leurs délibérations respectives, transmises en vue de la tenue de l'Assemblée Générale.

B. L'ESSENTIEL DE L'ACTIVITÉ

Cette condition est aujourd'hui remplie pour le bureau d'études avec l'affiliation de la SPGE dont l'importance des produits issus de l'application du contrat de service d'épuration et de collecte, cumulée à ceux issus de la rémunération des communes et des autres affiliés dépasse largement le taux de 80 % de l'activité exercée au bénéfice des affiliés.

Cette référence peut être mesurée par le chiffre d'affaires total moyen sur les trois dernières années comme l'énonce le paragraphe 5 de l'article 12 de la nouvelle directive.

C. LE CARACTÈRE PUBLIC « PUR »

1. L'INASEP est une intercommunale pure : la composition des différentes parts de capital n'appartient qu'à des pouvoirs publics : Province, Communes, Intercommunales.
2. La nouvelle directive décrit cette condition de manière plus large que l'interprétation stricte qui en a été faite jusqu'à présent en mentionnant explicitement « l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. »
3. Une interprétation stricte du caractère public, en vigueur jusqu'à l'affiliation de la SPGE, voulait que les pouvoirs adjudicateurs affiliés soit également exempts de capitaux privés. La directive précise au paragraphe 2 que la même définition plus large du caractère public des affiliés est aussi d'application.⁶

⁶ Cet élargissement de la définition du caractère public « pur » a permis au CARP de s'affilier.