

Département des Politiques
publiques locales

**Direction du Patrimoine et des
Marchés publics**

Avenue Gouverneur Bovesse, 100
B-5100 NAMUR (JAMBES)

Tél. : +32 (0)81 32 72 11
marchespublics.pouvoirslocaux@spw.wallonie.be
patrimoine.pouvoirslocaux@spw.wallonie.be

A Mesdames et Messieurs

- **Les Présidents et Membres des Collèges provinciaux**
- **Les Gouverneurs de Province**
- **Les Directeurs généraux et financiers provinciaux**
- **Les Membres des Collèges communaux**
- **Les Directeurs généraux**
- **Les Directeurs financiers**
- **Les Présidents et membres des Conseils de l'action sociale**
- **Les Présidents des intercommunales**
- **Les Membres des Collèges des zones de police**
- **Les Présidents des régies communales et provinciales autonomes**
- **Les Présidents des associations chapitre XII**
- **Les Présidents des associations de projet**
- **Les Présidents des fabriques d'église et les établissements chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus**

27 JUIL. 2018

Namur, le

Objet : Circulaire informative – Le contrôle « in house » visé à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Mesdames, Messieurs,

Les relations contractuelles entre pouvoirs publics, conclues à titre onéreux, sont, en principe, soumises au respect de la réglementation relative aux marchés publics.

Toutefois, la même réglementation prévoit diverses hypothèses de relations contractuelles qui sont exclues du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics, et ce, afin de permettre aux pouvoirs publics, de collaborer entre eux pour exercer les missions de service public qui leur sont confiées.

Seule l'exception du **Contrôle « in house »**, réglementée par l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (entrée en vigueur le 30 juin 2017) est explicitée dans la présente circulaire.

A. Disposition légale

L'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est rédigé comme suit :

Contrôle "in house"

« **Art. 30. § 1er.** Un marché public passé entre un pouvoir adjudicateur et une personne morale régie par le droit privé ou le droit public n'est pas soumis à l'application de la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;

2° plus de 80 % pour cent 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

3° 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 de l'alinéa 1er, point 1°, 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.

§ 2. L'exclusion prévue au paragraphe 1er s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur passe un marché avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale avec laquelle le marché public est passé 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 européens, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

§ 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 1er peut néanmoins passer un marché public avec cette personne morale sans appliquer la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° 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;

2° 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

3° 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 de l'alinéa 1er, 1°, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :

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;

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; et

3° la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

§ 4. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2° et au paragraphe 3, alinéa 1er, 2°, 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 la passation du marché.

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. »

B. Incidence du « Contrôle in house » dans les relations entre pouvoirs publics

Si les conditions du contrôle « in house » sont réunies, un pouvoir public peut confier une mission (travaux/fournitures/services), à titre onéreux, à un autre pouvoir public sans le mettre en concurrence et sans devoir organiser une procédure de marché public.

Il est important de souligner que le recours à l'exception du contrôle « in house » constitue une faculté offerte et non une obligation offerte aux pouvoirs adjudicateurs.

Il va de soi que les pouvoirs adjudicateurs qui le souhaitent peuvent toujours organiser une procédure de marché public traditionnelle.

C. Conditions pour pouvoir invoquer le « Contrôle in house » dans les relations entre pouvoirs publics

Quatre conditions doivent être remplies pour que le contrôle « in house » puisse s'appliquer. Il s'agit bien évidemment de **conditions cumulatives**.

C.1. Qualité des parties :

Le marché public doit concerner un pouvoir adjudicateur et une personne morale de droit public ou privé.

Exemple : une Commune/Ville et sa Régie communale autonome
 Une Commune/Ville et son ASBL.

C.2. Existence d'un contrôle analogue :

Le pouvoir adjudicateur doit exercer, sur la personne morale de droit public ou de droit privé à qui elle compte confier une mission, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

a) Notion de contrôle analogue ?

Le législateur considère que le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue sur la personne morale s'il peut influencer de manière décisive les objectifs stratégiques et les décisions importantes de cette dernière.

Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée il s'agit notamment de se référer à la détention du capital de cette dernière (arrêt Carbotermo, point 37), à la composition de ses organes de gestion (arrêt CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant, point 34), ou encore à l'étendue des pouvoirs de son conseil d'administration (arrêt CJCE, 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen, points 78 et 70).

Il s'agit aussi de préciser que l'intensité du contrôle exercé doit, selon la Cour (notamment l'arrêt CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission c. Italie, point 26), être appréciée de manière globale, 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 donnée.

Il suffit dès lors que ce contrôle puisse avoir lieu, et ce quelle que soit la manière dont celui-ci serait en réalité exercé.

b) Formes du contrôle analogue ?

Contrôle analogue simple

■ Le contrôle analogue peut être **indirect**, c'est-à-dire se faire via une autre entité.

Exemple : Ville → Régie communale autonome → filiale

■ Le contrôle analogue peut être **collatéral** : les personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur peuvent se confier des missions entre elles.

Exemple : Régie communale autonome → ASBL communale
ASBL communale 1 → ASBL communale 2

■ Le contrôle analogue peut être **ascendant/inversé** : la personne morale contrôlée confie des missions au pouvoir adjudicateur qui la contrôle.

Contrôle analogue conjoint

■ Le contrôle analogue est qualifié de **conjoint** si la personne morale est contrôlée par un ensemble de pouvoirs adjudicateurs qui peuvent lui confier directement des missions à titre onéreux.

C'est le cas dans les relations entre des communes/provinces,... et l'intercommunale à laquelle elles sont associées.

c) Matérialisation du contrôle analogue au niveau des instances décisionnelles

Un pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services dès l'instant où :

- les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les PA participants, une même personne pouvant en représenter plusieurs, voire tous, (arrêt Econord),
- ces pouvoirs adjudicateurs savent exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et décisions importantes de la personne morale contrôlée,
- la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Remarque :

En cas de contrôle analogue conjoint, il y a lieu d'attirer l'attention sur deux points particuliers :

- l'influence décisive que les associés peuvent avoir sur la personne morale contrôlée s'apprécie à l'égard de l'ensemble des associés et non par rapport à chaque associé pris individuellement,
- la personne morale contrôlée ne peut poursuivre d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

C.3. Critère de l'activité :

Pour rappel, cette exception à l'application de la réglementation en matière de marchés publics a été prévue pour permettre aux pouvoirs publics de faciliter l'accomplissement de leurs missions de service public.

C'est la raison pour laquelle la disposition légale prévoit que la personne morale contrôlée doit exercer plus de 80% de ses activités au profit du ou des pouvoir(s) adjudicateur(s) qui la contrôle(nt).

Exemple 1 : Une ASBL communale doit se voir confier + de 80% de ses missions par la commune ou d'autres pouvoirs adjudicateurs qu'elle contrôle comme par exemple la régie communale autonome

Exemple 2 : Les missions réalisées par une intercommunale doivent lui avoir été confiées à + de 80% par les pouvoirs adjudicateurs qui lui sont associés.

Ce pourcentage 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.

Néanmoins, 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.

La personne morale contrôlée doit être en mesure de démontrer que cette limite de plus de 80% est, à tout le moins, atteinte.

C.4. Absence de participation directe de capitaux privés :

La personne morale contrôlée (Intercommunale, Asbl communale,...) ne peut pas comporter de participation directe de capitaux privés à l'exception de :

- a) toute participation sans capacité de contrôle ou blocage
- b) pour autant qu'elle soit imposée par dispositions législatives nationales
- c) la participation ne peut pas permettre à l'associé privé d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée (intercommunale).

Cela veut dire, tout d'abord, que le capital de la personne morale contrôlée ne peut comporter en son sein aucune participation directe d'un associé privé. Ne sont donc pas visées toutes autres formes de participation (indirecte,...).

Le législateur a voulu éviter que l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée ne bénéficie d'un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents.

A cet égard, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'application de l'exception du contrôle analogue étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Cela veut dire, ensuite, que certaines participations directes sont autorisées si elles sont imposées par la réglementation et pour autant qu'elles ne confèrent aucune influence décisive sur les objectifs stratégiques de la personne morale contrôlée ou aucune capacité de contrôle ou de blocage.

A défaut, toute participation directe privée aussi menue soit-elle empêche l'exercice d'un contrôle analogue et donc nécessite le respect de la réglementation relative aux marchés publics et l'organisation d'une procédure de marché en bonne et due forme avec la mise en concurrence de la personne morale contrôlée.

*

Pour tout renseignement complémentaire concernant le **contenu de cette circulaire**, je vous invite à prendre contact avec la Direction générale opérationnelle Pouvoirs locaux et de l'Action sociale (DGO5), Direction des marchés publics :

Pierre DEMEFFE, Directeur ☎ : 081/32.32.35, ✉ : pierre.demeffe@spw.wallonie.be
Isabelle CLOSSET, Attachée ☎ : 081/32.37.86, ✉ : isabelle.closset@spw.wallonie.be

Je vous prie d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de ma considération distinguée.

Le Ministre des Pouvoirs locaux, du
Logement et des Infrastructures sportives,


Valérie DE BUE