CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO LA PERGOLA

présentées le 23 octobre 1997 *

I — Introduction

1. Par la présente demande de décision préjudicielle, le Raad van State van België demande à la Cour de préciser la portée de l'un de ses arrêts antérieur [1] dans lequel elle a interprété les directives 71/304/CEE [2] et 71/305/CEE [3] en disant pour droit que les sociétés holding peuvent être inscrites sur les listes d'entrepreneurs agréés en vue de participer à des appels d'offres, dès lors que lesdites sociétés établissent qu'elles ont effectivement à disposition les moyens qui sont nécessaires à l'exécution des marchés. Ce qui est litigieux dans la présente affaire est la question de savoir s'il existe ou non à charge des États membres une obligation de tenir compte de la position dominante qu'une société holding détient vis-à-vis des sociétés du groupe.

II — Les faits de l'affaire

2. Les circonstances qui ont donné lieu à la question préjudicielle dont est aujourd'hui saisie la Cour sont les mêmes que celles de l'affaire C-389/92, sur laquelle la Cour a statué par l'arrêt précité du 14 avril 1994, et dont le dispositif fait l'objet de la présente demande d'interprétation.

3. Dans cette dernière affaire, à laquelle nous renvoyons pour une reconstitution plus complète des éléments de fait et de droit du présent litige, la Cour a dit pour droit que « La directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales, et la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doivent être interprétées en ce sens qu'elles permettent, pour l'appréciation des critères auxquels doit satisfaire un entrepreneur lors de l'examen d'une demande d'agréation présentée par une personne morale dominante d'un groupe, de tenir compte des sociétés qui appartiennent à ce groupe, pour autant que la personne morale en cause établit qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces sociétés qui sont nécessaires à l'exécution des marchés. Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée en l'espèce au principal ».

* Langue originale: l'italien.

1 — Arrêt du 14 avril 1994, Ballast Nedam Groep (C-389/92, Rec. p. I-1289).

2 — Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales (JO L 185, p. 1).

3 — Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

4. Le juge de renvoi se demande maintenant, également à la lumière des conclusions présentées par l'avocat général M. Gulmann, dans l'affaire précitée [4], quel est le sens exact du terme « permettent » utilisé dans le dispositif de l'arrêt précité et si cette expression laisse aux États membres un pouvoir d'appréciation pour l'octroi de l'agréation en cause.

En vue de résoudre le litige dont il a été saisi, le Raad van State van België a par conséquent soumis à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« Le terme 'permettent', utilisé dans la locution 'permettent de tenir compte de' figurant dans le dispositif de l'arrêt rendu le 14 avril 1994 dans l'affaire C-389/92, doit-il être compris comme signifiant 'obligent'?

Si le terme 'permettent' figurant dans la locution précitée ne doit pas être compris comme équivalant au terme 'obligent', cela signifie-t-il que l'État membre concerné dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire, même lorsqu'il est satisfait à la condition énoncée par la Cour?

Dans quels cas et pour quels motifs convient-il alors de tenir compte des sociétés qui appartiennent à une personne morale dominante d'un groupe? »

III — L'analyse du litige

5. Il y a lieu de répondre à la question dont la Cour est saisie en replaçant le terme litigieux « permettent » dans le contexte de l'arrêt précité. Il est manifeste que la Cour a utilisé cette expression en faisant référence à l'esprit des directives 71/304 et 71/305, par lesquelles la Communauté a entendu libéraliser le secteur des marchés publics de travaux et permettre aux entreprises européennes de participer aux appels d'offres dans les États membres, levant ainsi les obstacles qui s'opposaient à la réalisation effective d'un marché ouvert en ce qui concerne la prestation des services en cause [5]. La Cour a en effet entendu garantir aux entreprises des autres États membres la possibilité de participer sur un pied d'égalité avec les entreprises de l'État membre en cause aux appels d'offres réglementés par la directive 71/305.

Il est évident, à cet égard, que la possibilité pour un État membre d'exercer un pouvoir discrétionnaire, s'agissant de l'agréation en cause, laquelle peut constituer une condition

4 — Conclusions du 24 février 1994, Rec. p. I-1291.

5 — Voir les septième et neuvième considérants de la directive 71/305.

pour participer aux appels d'offres, priverait de tout contenu la règle figurant à l'article 28, paragraphe 4, de la directive 71/305, selon laquelle: « Pour l'inscription des entrepreneurs des autres États membres sur une telle liste, il ne peut être exigé d'autres preuves et déclarations que celles demandées aux entrepreneurs nationaux et, en tout cas, pas d'autres que celles prévues aux articles 23 à 26 ».

6. Il est en outre rappelé que, dans l'arrêt antérieur, la Cour a utilisé l'expression « permettent » qui est précisément celle que le juge de renvoi avait employée dans la question préjudicielle qu'il avait posée dans ladite affaire. Cette expression doit par conséquent être lue à la lumière de l'arrêt en cause et elle s'explique en prenant en considération la condition posée par la Cour qui exige à cet égard que « la personne morale en cause établisse qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces sociétés [les sociétés du groupe] qui sont nécessaires à l'exécution des marchés ».

7. Il résulte, par conséquent, de ce qui précède que l'État membre ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, s'agissant de la décision d'agréation des holdings, dès lors qu'il est satisfait aux conditions prévues par la Cour. Il incombe cependant par ailleurs à l'État membre de vérifier que ces conditions sont effectivement remplies par la société holding. Il y a lieu, également, selon nous, pour l'État membre de définir, à cette fin, des critères adaptés qui permettent de déterminer les modalités selon lesquelles un groupe de sociétés peut être considéré comme fournissant les garanties nécessaires pour assurer le respect des engagements pris lors de l'éventuelle adjudication d'un marché.

8. Nous ne nous dissimulons pas qu'il serait sans aucun doute souhaitable en la matière que le législateur communautaire intervienne pour harmoniser et coordonner les différentes dispositions du droit des sociétés qui réglementent la responsabilité du groupe et, individuellement, des sociétés qui en font partie, s'agissant des engagements pris par la société dominante du groupe lorsque le marché lui a été adjugé. De délicats problèmes résultent en effet de l'assimilation d'un groupe pris dans son ensemble à un seul entrepreneur. Il s'agit de questions de portée plus large qui, comme nous l'avons dit précédemment, mériteraient une réflexion plus approfondie lors de l'élaboration des règles applicables. L'avocat général M. Gulmann, dans ses conclusions [6] relatives à l'affaire C-389/92, y avait fait référence et avait précisément mis en garde la Cour en indiquant que l'on ne saurait fournir une réponse générale et abstraite, et préférant pour sa part, résoudre ponctuellement l'affaire dont la Cour était saisie.

9. Les problèmes comme ceux qui se posent dans des situations de conflit d'intérêts entre la société dominante d'un groupe et les sociétés participantes ou ceux relatifs à l'inadaptation de l'objet social des sociétés qui devraient en définitive réaliser les travaux qui ont fait l'objet d'une adjudication, pourraient en effet causer de graves préjudices à l'entité adjudicatrice s'ils ne sont pas décelés et

6 — Conclusions précitées à la note 4.

résolus à temps. Il est bon par ailleurs de garder à l'esprit le fait que la jurisprudence des juridictions nationales, en matière de conflit d'intérêts à l'intérieur d'un groupe ou de nullité d'un acte au motif qu'il est contraire à l'objet social, résulte en règle générale de situations dans lesquelles le créancier d'une société participante ou d'une société minoritaire cherche à se prévaloir des vices de la transaction litigieuse pour empêcher qu'une partie du patrimoine de la société participante ne lui échappe et soit ajoutée à celui de la société holding ou, encore, pour faire valoir la responsabilité patrimoniale de la société dominante. Les juridictions nationales ont tenté de résoudre ces problèmes, en trouvant, selon les circonstances, des solutions qui, même si elles sont certainement encore susceptibles d'améliorations, permettent dans une large mesure de faire face à la double nécessité de garantir un déroulement sain et correct des transactions commerciales ainsi que la transparence des rapports entre créanciers, associés et sociétés [7].

10. Dans l'affaire dont la Cour est saisie en l'espèce, par contre, la situation est, en substance, inversée: le créancier en question est l'entité adjudicatrice et son cocontractant est la société holding qui exécute le marché par l'intermédiaire des sociétés de son groupe. Les relations qui existent entre la holding et les sociétés du groupe peuvent être les plus diverses en ce qui concerne l'étendue de la participation et la nature même des rapports de droit qui les unissent. L'influence du droit national des sociétés peut en outre jouer un rôle déterminant en ce qui concerne l'image et la structure du groupe. Dans cette situation, l'entité adjudicatrice pourrait se retrouver, en définitive, pénalisée par la circonstance qu'elle ne pourrait valablement et efficacement exiger dans de tels cas de la société holding et, ce qui est plus important, des différentes sociétés du groupe qu'elles respectent les engagements pris par la holding lors de l'adjudication du marché [8]. Il faut, en d'autres termes, que soient réunies les conditions nécessaires pour que les sociétés du groupe soient effectivement assujetties à l'obligation d'exécution prévue, laquelle doit prendre la forme d'une obligation juridiquement contraignante [9]. Il va de soi que le cadre dans lequel s'intègre cette problématique se complique considérablement si l'on réfléchit aux conséquences qui résultent du fait que, même à l'intérieur d'un groupe, les législations en matière de droit des sociétés de différents États membres sont applicables en même temps et qu'il en résulte inévitablement un recours à des règles de droit international privé, souvent insuffisantes pour permettre à celui qui les interprète de sortir du dédale auquel il se trouve confronté et pour garantir avant tout une pleine équivalence entre les règles d'États qui ont des

7 — Voir à cet égard, pour une approche comparative, parmi de nombreuses références, Wooldridge, F.: « Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws », dans *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, p. 103; Cerrai, A., Mazzoni, A.: « La tutela del socio e delle minoranze », dans *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milan, 1993, p. 339; Hopt, K. G.: « Groups of companies, Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies », loc. cit., p. 715; Grierson C. K., Shareholders liability, Consolidation and Pooling », dans *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, Londres, 1994, p. 205.

8 — La situation qui se présenterait est en fait analogue par certains côtés à celle de l'entreprise qui sous-traite à des tiers une partie d'un marché. A cet égard, la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305 (JO L 210, p. 1), bien qu'elle ne soit pas applicable ratione temporis à l'espèce en cause ici, a introduit l'article 20 ter qui prévoit que « Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de lui communiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers. Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'entrepreneur principal ».

9 — Voir à cet égard les observations formulées par M. G. Rossi à propos de l'arrêt du 14 avril 1994 dans *Giurisprudenza italiana*, partie I, section I, colonne 545, 1995.

traditions et des conceptions différentes sur le plan du droit [10].

11. Le principe de droit établi par la Cour dans l'arrêt précité impose, par conséquent, à notre avis, aux États membres, outre le respect du principe de non-discrimination, qui se traduit en l'espèce par l'interdiction d'exercer un pouvoir discrétionnaire lorsque l'agréation en cause est accordée, également l'obligation de faire preuve d'une diligence particulière lors de la fixation et de l'application de règles objectives et transparentes de nature à garantir, dans le cadre des règles applicables dans l'État membre en cause, le respect effectif des conditions indiquées par la Cour, à savoir que la société en cause a effectivement la pleine disposition des moyens qui sont nécessaires à l'exécution des marchés. Si une telle preuve n'était pas fournie, le jeu correct de la concurrence serait en effet faussé puisqu'on permettrait à des groupes de sociétés qui ne disposent pas de moyens adaptés, tant sur le plan juridique que sur le plan technico-économique, de participer, à égalité de conditions, à l'appel d'offres, à côté de candidats qui, eux, rempliraient pleinement ces critères.

IV — Conclusions

12. Eu égard à ce qui précède, nous proposons de répondre comme suit à la question préjudicielle posée par le Raad van State van België:

« Il y a lieu d'entendre le terme 'permettent' figurant dans le dispositif de l'arrêt du 14 avril 1994 dans l'affaire C-389/92 au sens de 'obligent'.

10 — La nécessité qu'un groupe d'entreprises qui participe à un appel d'offres ait une forme juridique spécifique est admise par l'article 21 de la directive 71/305 selon lequel « Les groupements d'entrepreneurs sont autorisés à soumissionner. La transformation de tels groupements dans une forme juridique déterminée ne peut être exigée pour la présentation de l'offre, mais le groupement retenu peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué ». Naturellement, dans le cas d'une holding, cette règle peut donner lieu à différentes interprétations, selon que l'on considère le groupe dans son ensemble comme une seule entité, auquel cas l'article 21 ne trouve pas application, ou que la règle en cause est appliquée à la candidature de la holding, en exigeant par conséquent éventuellement que les sociétés articulées en groupe aient une forme juridique bien définie.

Il appartient cependant aux autorités nationales de garantir le respect de la condition à laquelle est subordonnée cette obligation et, notamment, de garantir que soit assurée la pleine disponibilité des moyens nécessaires à l'exécution du marché en se fondant sur des critères non discriminatoires et de nature à garantir efficacement également les droits et les attentes légitimes des entités adjudicatrices. »