CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M^ME CHRISTINE STIX-HACKL présentées le 15 mars 2005 [1]

I — Remarques liminaires

1. La présente demande de décision préjudicielle porte sur le contrôle des décisions du pouvoir adjudicateur relatives à la passation du marché, et plus précisément sur la qualité pour agir, à titre individuel, des membres d'une association momentanée de droit belge, laquelle est à qualifier de groupement d'entrepreneurs au sens du droit communautaire des marchés publics (ou de «groupement d'opérateurs économiques» selon la terminologie employée dans les nouvelles directives sur les marchés publics [2]).

II — Cadre juridique

A — *Droit communautaire*

2. L'article 1^er de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [3], dispose, entre autres:

«1. Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi

1 — Langue originale: l'allemand.

2 — Article 4, paragraphe 2, de 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 (JO L 134, p. 114), et article 11, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134, p. 1).

3 — JO L 395, p. 33, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive»).

rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

[...]

3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquent d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.»

3. L'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665 énonce, entre autres:

«Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^er prévoient les pouvoirs permettant:

[...]

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;

[...]»

4. L'article 21 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [4], est formulé comme suit:

«Les groupements d'entrepreneurs sont autorisés à soumissionner. La transformation de tels groupements en 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.»

4 — JO L 199, p.154; telle que modifiée.

B — *Droit national*

5. Les dispositions applicables sont celles de l'article 19, paragraphe 1, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui réglementent, entre autres, la qualité pour agir en matière de recours en annulation.

6. L'article 53 du code des sociétés réglemente des aspects essentiels des relations de l'«association momentanée» avec les tiers.

7. L'article 522, paragraphe 2, du code des sociétés dispose que c'est le conseil d'administration d'une «société anonyme» qui représente cette dernière, notamment en justice. Ledit article permet par ailleurs de prévoir dans les statuts une représentation par un ou plusieurs administrateurs.

III — Faits, procédure au principal et questions préjudicielles

8. Le 30 septembre 1997, il a été publié au *Journal officiel des Communautés européennes* un avis de marché de l'Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (ci-après le «FOREM»), dans lequel l'objet du marché était décrit de la manière suivante: «la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble d'environ 6 500 m^2 (nets) hors sol à l'usage des services administratifs de l'Office régional de l'emploi (direction régionale de Liège)»; il était également précisé que les variantes libres étaient autorisées. Quatre avis rectificatifs ont été publiés par la suite.

9. Le 20 février 1998 a eu lieu l'ouverture des offres. Cinq offres avaient été soumises, dont celles des groupements d'entrepreneurs (associations momentanées) Espace Trianon-Sofibail et CIDP-BPC Le groupement d'entrepreneurs Espace Trianon-Sofibail était constitué d'Espace Trianon SA (ci-après «Espace») et la Société wallone de location-financement SA (ci-après «Sofibail»).

10. Le 22 décembre 1998, le comité de gestion du FOREM a attribué à l'association momentanée CIDP-BPC un marché portant sur la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble d'environ 6 500 m^2 nets hors sol à l'usage des services administratifs du FOREM, direction régionale de Liège.

11. Le 8 janvier 1999, le comité de gestion du FOREM a «approuv[é] la décision moti-

vée telle que prise en séance du 22 décembre 1998».

12. Le 25 janvier 1999, la décision d'attribution a été notifiée à Espace et Sofibail.

13. Le 19 février 1999, Espace et Sofibail ont saisi le Conseil d'État (Belgique) d'un recours en annulation de la décision d'attribution.

14. Le 8 mars 1999, elles ont saisi le Conseil d'État d'un recours en annulation de l'approbation en date du 8 janvier 1998.

15. Examinant la recevabilité des recours, le Conseil d'État a conclu que, faute d'avoir été prises par son conseil d'administration comme l'exigent ses statuts, les décisions d'agir en justice prises au nom d'Espace étaient irrégulières. En revanche, les décisions prises par Sofibail étaient régulières.

16. Comme l'offre avait été soumise au nom du groupement d'entrepreneurs Espace-Sofibail et que la décision d'un de ses membres était irrégulière, le Conseil d'État a examiné quelle incidence cela avait sur la recevabilité des recours.

17. Par arrêt du 25 février 2004, le Conseil d'État a décidé de soumettre à la Cour les questions préjudicielles ci-après:

«1) L'article 1^er de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, fait-il obstacle à une disposition d'une législation nationale telle que l'article 19, alinéa 1^er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, interprétée comme obligeant les membres d'une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui, en tant que telle, a participé à une procédure d'attribution d'un marché public et ne s'est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, pour exercer un recours contre la décision d'attribution dudit marché?

2) La réponse à la question serait-elle différente dans l'hypothèse où les membres de l'association momentanée auraient agi tous ensemble, mais où l'action de l'un de ses membres serait irrecevable?

3) L'article 1^er de la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989,

portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, fait-il obstacle à une disposition d'une législation nationale telle que l'article 19, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, interprétée comme interdisant à un membre d'une telle association momentanée d'exercer à titre individuel, soit en sa qualité d'associé, soit en son nom propre, un recours contre la décision d'attribution?»

IV — Appréciation

A — *Remarques générales*

18. Les trois questions préjudicielles portent toutes les trois en substance sur les exigences que pose le droit communautaire en ce qui concerne la recevabilité des recours introduits par les membres d'un groupement d'entrepreneurs, en l'espèce d'une association momentanée de droit belge.

19. Eu égard à la formulation des questions préjudicielles, force est de rappeler que la compatibilité du droit national avec le droit communautaire ne saurait faire l'objet d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE. Partant, il convient de comprendre les questions préjudicielles posées dans la présente affaire en ce sens qu'elles portent sur l'interprétation du droit communautaire.

20. Tandis que les première et troisième questions préjudicielles concernent le principe même de la qualité pour agir, à titre individuel, des membres d'un groupement d'entrepreneurs, la deuxième question préjudicielle se rapporte à une constellation de fait bien précise, à savoir celle où les membres du groupement d'entrepreneurs ont introduit un recours tous ensemble mais où l'action de l'un de ses membres est irrecevable.

21. Les problèmes juridiques ainsi abordés sont cependant à distinguer de la question — qui n'est pas objet de la présente procédure — de savoir si le droit communautaire impose de reconnaître à un groupement d'entrepreneurs qualité pour agir dans le cadre des procédures de recours instaurées par la directive, et à quelles conditions.

22. Pour des raisons de procédure, l'appréciation ci-après devra cependant se limiter aux spécificités de la présente demande de décision préjudicielle sur encore un autre aspect.

23. Ainsi, la procédure au principal, c'est-à-dire la procédure nationale de recours, porte sur le contrôle d'une décision du pouvoir adjudicateur relative à la passation du marché, à savoir son attribution. Les réponses données dans la présente procédure préjudicielle ne pourront cependant pas être simplement transposées aux recours introduits contre d'autres décisions du pouvoir adjudicateur, comme, par exemple, le fait de ne pas sélectionner des participants comme soumissionnaires, c'est-à-dire de ne pas les inviter à présenter une offre, ou l'élimination d'offres. Il est également à souligner que c'est l'annulation de la décision qui est recherchée dans le cadre de la procédure au principal.

24. Les réponses aux questions posées devront donc se limiter à la constellation se présentant dans la procédure au principal. Il est tout à fait possible que le droit communautaire impose d'autres obligations s'agissant de la simple constatation de l'illégalité et l'octroi de dommages et intérêts.

25. De plus, le groupement d'entrepreneurs en cause dans la procédure au principal a été créé par contrat et — c'est à tout le moins ce qui ressort du dossier — ne possède, en droit national, pas la personnalité juridique.

26. Il nous sera cependant permis de faire observer à ce propos que les directives en matière de marchés publics, anciennes comme nouvelles, prévoient expressément la soumission d'offres par des «groupements d'entrepreneurs» ou des «groupements d'opérateurs économiques». Ainsi, le droit communautaire accorde un certain nombre de droits à ce type de candidats et soumissionnaires, en particulier le droit de participer à la procédure de passation du marché. De ce cadre érigé par le droit communautaire, il découle ainsi que les groupements d'entrepreneurs possèdent une capacité juridique partielle.

27. Par ailleurs, seule sera à examiner dans le cadre de la présente procédure préjudicielle la question de la règle de l'unanimité ou, en d'autres termes, l'exclusion de la qualité pour agir, à titre individuel, des membres d'un groupement d'entrepreneurs; non, en revanche, la compatibilité d'autres règles nationales, existantes ou concevables, concernant l'introduction d'un recours par des membres d'un groupement d'entrepreneurs.

28. Nous préciserons, enfin, que si le droit communautaire impose aux États membres de reconnaître qualité pour agir au groupement d'entrepreneurs lui-même, il ne sera plus nécessaire à la garantie d'un recours efficace que les associés aient qualité pour agir. Dans ce cas, le problème juridique qui se pose en l'espèce se réduira à la question de savoir qui peut agir au nom du groupement d'entrepreneurs ayant qualité pour agir.

B — *Sur la première et la troisième question préjudicielle*

29. Les première et troisième questions préjudicielles partent toutes deux de la règle nationale applicable au litige au principal, en vertu de laquelle uniquement tous les membres d'une association momentanée peuvent faire contrôler la décision de passation du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire introduire un recours à son encontre, mais non un membre à titre individuel. Il apparaît dès lors opportun d'apporter une réponse commune à la première et à la troisième question préjudicielle.

1) Point de départ: l'«intérêt» au sens de la directive

30. Le point de départ de notre réflexion sont les conditions auxquelles l'article 1er, paragraphe 3, de la directive soumet la qualité pour agir. Selon cette disposition, les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

31. Dans sa jurisprudence en matière de qualité pour agir, la Cour souligne régulièrement que, en vertu du droit communautaire, il est déterminant de savoir si ces conditions sont satisfaites [5].

32. L'arrêt Makedoniko Metro et Michaniki fournit une indication précieuse pour la présente procédure de décision préjudicielle, qui concerne un groupement d'entrepreneurs. Dans ledit arrêt, la Cour avait retenu que «c'est au regard» des conditions énoncées à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive «qu'il convient d'examiner la question de savoir si un groupement d'entreprises [...] doit [...] avoir accès aux voies de recours prévues par la directive 89/665» [6].

33. Selon la Cour, il est donc déterminant de savoir si le groupement d'entrepreneurs a ou avait un intérêt à obtenir le marché en cause au principal et a été lésé par la décision du pouvoir adjudicateur, ou risque de l'être, au sens de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive [7].

34. Cela peut être transposé à la question qui se pose dans la présente procédure de décision préjudicielle portant sur la qualité

5 — Arrêts du 23 janvier 2003, Makedoniko Metro et Michaniki (C-57/01, Rec. p. I-1091, point 65), et du 12 février 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Rec. p. I-1791, point 25).

6 — Arrêt Makedoniko Metro et Michaniki, précité à la note 5, point 66.

7 — Ibidem, point 72.

pour agir non du groupement d'entrepreneurs en tant que tel mais celle de ses membres.

35. Selon la directive, il doit donc être reconnu qualité pour agir à la personne qui a un intérêt à obtenir le marché objet du recours en cause. Nous ajouterons à propos de la qualité pour agir et de l'intérêt requis à cette fin que tout intérêt ne suffit pas pour rendre le recours recevable.

36. Il convient d'insister sur ce point également en ce qui concerne les groupements d'entrepreneurs. Nous apportons cette précision clarificatrice parce que, comme la Commission le rappelle d'ailleurs elle aussi, les intérêts du groupement d'entrepreneurs et ceux de ses membres peuvent diverger, tout comme les intérêts des différents membres entre eux.

37. Les membres d'un groupement d'entrepreneurs ont certes un intérêt à la réussite économique du groupement d'entrepreneurs auquel ils appartiennent. Un membre d'un groupement d'entrepreneurs a cependant uniquement un intérêt à ce que le *groupement d'entrepreneurs* se voie attribuer le marché, mais non à se le voir attribuer *lui-même*.

38. Le point de savoir si l'on est en présence d'un intérêt *au sens* de l'article 1^er, paragraphe 3, de la directive est à apprécier en se basant sur les activités du groupement d'entrepreneurs pertinentes au regard du droit des marchés publics.

39. En effet, contrairement à ce qu'avance la Commission, les États membres sont en principe uniquement tenus de reconnaître qualité pour agir à l'entrepreneur qui a effectivement pris part à la procédure de passation objet du recours [8].

40. Il est vrai qu'il existe des exceptions à cette règle, mais celles-ci ne jouent que dans des cas bien déterminés: ainsi, on ne saurait ériger la participation à une procédure de passation en condition lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas du tout mis en œuvre de procédure formelle de passation de marché [9]. Les voies de recours instaurées par la directive sont de même ouvertes à l'entreprise qui n'a pas participé pour la seule raison que les conditions des appels d'offre faisaient apparaître les chances de succès en cas de participation comme nulles [10].

41. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, il n'y a lieu de renoncer à la condition de

8 — Arrêt Grossman Air Service, précité à la note 5, point 27.

9 — Arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau (C-26/03, non encore publié au Recueil, points 34 et 41 et suiv.).

10 — Arrêt Grossman Air Service, précité à la note 5, points 28 et suiv.

participation à la procédure de passation du marché que dans les seuls cas où la participation était impossible ou n'avait à tout le moins pas de perspective de succès. L'élément déterminant est donc l'impossibilité de participer avec succès à la procédure de passation du marché, impossibilité dont la cause réside dans le comportement du pouvoir adjudicateur. Or, de l'*impossibilité* il faut distinguer le cas où une entreprise ne *veut* tout simplement pas participer à la procédure de passation du marché. C'est bien le cas s'agissant des membres d'un groupement d'entrepreneurs qui ne *veulent* pas participer individuellement à la procédure de passation du marché.

42. En ce qui concerne les entreprises qui se regroupent au sein d'un groupement d'entrepreneurs parce qu'elles ne pourront pas réussir en participant individuellement, il est à souligner que cette incapacité de leur part n'est pas due au comportement du pouvoir adjudicateur.

43. Il existe donc encore un autre point sur lequel la constellation à l'origine de la procédure au principal se distingue des cas d'impossibilité dans lesquels on ne saurait exiger une participation: il y a bien eu participation et il a même été présenté une offre. Que cela ait été le fait du groupement d'entrepreneurs et non de ses membres est sans incidence. Dans la procédure de recours, les membres agissent en effet non pas comme entreprises dépourvues de tout lien avec le soumissionnaire, c'est-à-dire avec le groupement d'entrepreneurs, mais en tant que membres de ce dernier. Or, puisque les entreprises agissant à titre individuel se prévalent donc de leur qualité de membre d'un groupement d'entrepreneurs, on doit aussi pouvoir leur imputer ou opposer le comportement dudit groupement.

2) Incidence du droit matériel sur la qualité pour agir

44. Le droit procédural à introduire un recours découle donc de la participation matérielle à une procédure de passation de marché, par exemple en tant que candidat ou, comme dans la procédure au principal, en tant que soumissionnaire.

45. Ce parallélisme transparaît également dans l'arrêt Makedoniko Metro, selon lequel «dans la mesure où une décision d'un pouvoir adjudicateur porte atteinte aux droits qu'un groupement d'entrepreneurs tire du droit communautaire dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, ce groupement doit avoir accès aux voies de recours prévues par la directive 89/665» [11].

11 — Arrêt précité à la note 5, point 73.

46. Conformément au droit communautaire, la qualité pour agir doit donc être reconnue à la personne qui possède les droits matériels. Or, dans le cas des groupements d'entrepreneurs, les droits conférés par les directives matérielles sur les marchés publics reviennent auxdits groupements en personne. C'est, rappelons-le, le groupement d'entrepreneurs qui dans le cadre d'une procédure de passation de marché, se manifeste en tant que tel vis-à-vis des tiers. C'est également à lui seul qu'est éventuellement adressée la décision d'adjudication.

47. De même, la circonstance que le droit national fait peser un certain nombre de devoirs — éventuellement même à l'égard des tiers — sur les membres d'un groupement d'entrepreneurs peut être déterminante des règles de procédure nationales. Ainsi, le principe de parallélisme entre droits et obligations matériels, d'une part, et voies de recours, d'autre part, peut acquérir valeur normative également en droit national.

48. Du point de vue du droit communautaire, la réponse aux questions préjudicielles devra donc s'orienter au principe que la directive a pour objet la mise en œuvre des droits découlant des directives matérielles sur les marchés publics.

49. L'application de ce principe à la procédure au principal aboutit au résultat que la directive garantit uniquement les voies de recours des *soumissionnaires*, en l'espèce du groupement d'entrepreneurs. La procédure au principal est un exemple typique de la situation des groupements d'entrepreneurs, à savoir que, individuellement, leurs membres, en raison de leur spécialisation, ne seraient même pas capables de réaliser la totalité du marché. Il est à souligner qu'ils n'avaient d'ailleurs pas l'intention de le faire.

50. Le principe de parallélisme plaide donc même plutôt contre l'analyse selon laquelle la directive voudrait que l'on reconnaisse qualité pour agir également aux membres agissant à titre individuel.

51. Seule peut donc être déduite de la directive la qualité pour agir du groupement d'entrepreneurs en tant que tel. De cela, il découle, à son tour, que le droit communautaire ne confère aux membres d'un groupement d'entrepreneurs pas de droit individuel à faire contrôler une décision de passation en leur nom *propre*.

52. Ainsi, il reste encore à déterminer si des membres d'un groupement d'entrepreneurs peuvent à tout le moins, en agissant individuellement, introduire une telle procédure de recours au nom du groupement.

53. Dans ce cadre, il y a lieu de rappeler, comme à propos de toute règle nationale de procédure, les principes d'équivalence et d'effectivité.

54. En ce qui concerne les recours en matière de marchés publics, ces principes du droit communautaire sont même expressément inscrits à l'article 1er de la directive. S'agissant du principe d'effectivité, l'article 1er, paragraphe 1, de la directive impose aux États membres de garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours *efficaces* et, en particulier, aussi rapides que possible. Le principe d'effectivité, en cause en l'espèce, ne fournit cependant pas d'échelle d'appréciation absolue.

55. Ainsi, la Cour a souligné dans une affaire relative aux recours en matière de passation des marchés publics que pour «l'application du principe d'effectivité, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte notamment de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités» [12].

56. Dans l'arrêt Fritsch, Chiari & Partner e.a., la Cour a insisté sur un autre principe:

«Il convient d'ajouter que le fait que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 permet expressément aux États membres de déterminer les modalités selon lesquelles ils doivent rendre les procédures de recours prévues par ladite directive accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ne les autorise toutefois pas à donner à la notion d''intérêt à obtenir un marché public' une interprétation qui soit susceptible de porter atteinte à l'effet utile de ladite directive» [13].

57. Dans l'arrêt Grossmann Air Service, la Cour a même reconnu que des dispositions nationales pouvaient, en principe, valablement définir l'«intérêt» plus en détail et restreindre ainsi la qualité pour agir:

«Dans ces conditions, le refus de reconnaître l'intérêt à obtenir le marché en cause et donc le droit d'accéder aux procédures de recours prévues par la directive 89/665 à une personne qui n'a pas participé à la procédure de passation du marché ni exercé un recours contre la décision du pouvoir adjudicateur fixant les spécifications de l'appel d'offres

12 — Arrêt du 27 février 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877, point 56); voir arrêt du 14 décembre 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599, point 14).

13 — Arrêt du 19 juin 2003 (C-410/01, Rec. p. I-6413, point 34).

n'est pas de nature à porter atteinte à l'effet utile de ladite directive» [14].

58. Nous pouvons donc déduire de cette jurisprudence que seul le groupement d'entrepreneurs dispose de l'intérêt nécessaire aux fins de la qualité pour agir, mais non un membre à titre individuel.

3) Appréciation des effets de la règle de l'unanimité

59. Les effets de la règle de l'unanimité sont eux aussi à mesurer à l'aune des principes d'équivalence et d'effectivité.

60. Cela concerne, en premier lieu, l'effet invoqué par la Commission, qui affirme que la règle de l'unanimité réduit les possibilités d'introduire un recours et que cette restriction est d'autant plus grave que les recours en matière de passation de marchés publics doivent être rapides.

61. Toutefois, d'autres soumissionnaires sont eux aussi tenus, en tant que groupements d'entrepreneurs, de satisfaire à des conditions de recevabilité comparables, et plus précisément celle d'assurer leur représentation conformément à la forme juridique concrètement adoptée. À y regarder de plus près, seul est donc en cause le processus de décision interne au sein des groupements d'entrepreneurs, tel qu'il est également requis des autres soumissionnaires.

62. Le seul fait que la règle de l'unanimité peut par ailleurs avoir pour conséquence de faire dépendre la défense des intérêts du groupement d'entrepreneurs d'une seule personne ne conduit pas à lui seul à une violation des principes ci-dessus rappelés. La coopération des différents membres d'un groupement d'entrepreneurs n'est en effet pas une particularité des règles de procédure; bien au contraire, une coopération est nécessaire avant même de participer à une procédure de passation d'un marché public et a fortiori bien avant de soumettre une offre, notamment lors de la constitution du groupement.

63. Le fait que les intérêts des différents membres peuvent diverger est certes susceptible de rendre l'introduction d'un recours plus difficile en cas d'application de la règle de l'unanimité, mais il ne faut pas perdre de vue que la majorité des membres peut avoir des intérêts différents de ceux de certains membres, y compris en ce qui concerne la question d'un recours.

14 — Arrêt précité à la note 5, point 39.

64. Selon la Commission, la règle de l'unanimité contraint quasiment les groupements d'entrepreneurs à se constituer sous une forme juridique déterminée. Sur ce point, force est d'observer que cette règle devrait bien plutôt avoir amené les entrepreneurs à renoncer à une forme juridique déterminée.

65. Par ailleurs, tout groupement d'entrepreneurs doit définir les modalités concrètes de coopération, en règle générale conclure un contrat de société. Contrairement à l'analyse de la Commission, on ne saurait y voir une violation de l'article 21 de la directive 93/37. En effet, il n'en résulte pas pour autant une contrainte d'adopter une forme juridique déterminée. La décision de former un groupement d'entrepreneurs est adoptée sciemment et en connaissance des avantages et inconvénients en résultant.

66. Un tel accord peut également régler l'exercice du droit de recours. Les avantages que les différents membres d'un groupement d'entrepreneurs retirent de ce type d'accord ne sauraient cependant être considérés comme une obligation d'adopter une forme juridique déterminée.

67. La Commission déclare, enfin, que la règle de l'unanimité a déjà un effet dissuasif au moment de constituer un groupement d'entrepreneurs; elle perd alors de vue que c'est justement la connaissance des difficultés susceptibles d'être rencontrées au moment d'exercer les voies de recours qui permet de prendre les dispositions nécessaires dans le contrat de société. Cet acte peut par exemple prévoir la représentation par un membre ou instaurer une règle de majorité.

68. Pas davantage la règle de l'unanimité ne saurait-elle être analysée comme réalisant une discrimination par rapport à d'autres formes de sociétés. En effet, des soumissionnaires qui n'agissent pas sous la forme d'un groupement d'entrepreneurs doivent eux aussi respecter les règles du droit des sociétés et de procédure qui leur sont applicables. C'est notamment le cas des règles relatives à la représentation des sociétés par les organes y habilités. Les caractéristiques d'un groupement d'entrepreneurs illustrent simplement que chaque forme juridique possède ses particularités.

69. Comme nous l'avons déjà exposé, dans les ordres juridiques nationaux où ladite règle a un caractère simplement supplétif, le législateur offre une possibilité de prévenir la paralysie résultant de la règle de l'unanimité à laquelle la Commission fait référence à plusieurs reprises. Il est alors possible d'adopter des solutions différentes par une rédaction appropriée des statuts ou — le cas échéant — par décision des membres directement sur le fondement des dispositions applicables du droit national des sociétés.

70. Dans la présente affaire, il a été souligné plusieurs fois qu'il était possible de convenir d'une règle de majorité ou de prévoir la représentation par un membre, par exemple par le biais d'un «mandat» tel qu'il existe dans l'ordre juridique belge.

71. Il serait cependant porté atteinte à l'accès plus facile à des voies de recours efficaces que le législateur communautaire cherchait à assurer, si, par exemple, le droit national prévoyait des règles de représentation qui revenaient, en définitive, à désavantager des groupements d'entrepreneurs étrangers ou étaient de facto impossibles à satisfaire.

72. Le fait que dans certains États membres la possibilité d'introduire un recours est également ouverte à titre individuel aux membres d'un groupement d'entrepreneurs ne change rien au fait que la directive ne l'exige pas. Certes, les États membres peuvent par principe aller au-delà des conditions minimales [15] instaurées par les directives. Dans ce cas, il se poserait toutefois la question de savoir si ce type de réglementation nationale généreuse — car favorable aux soumissionnaires — est compatible avec le droit communautaire. Cette question n'est toutefois pas l'objet de la présente demande de décision préjudicielle.

73. Contre une obligation des États membres à reconnaître qualité pour agir également à titre individuel aux membres du groupement d'entrepreneurs plaide enfin le fait que les autres membres doivent eux aussi être protégés.

74. Reconnaître qualité pour agir aux membres à titre individuel pourrait par exemple avoir pour conséquence que — même — la majorité des membres se voient forcés à participer contre leur gré à une procédure de recours et, en cas de succès, à une nouvelle procédure de passation du marché publique (ou à l'ancienne qui aurait repris), à laquelle ils ne sont peut-être plus intéressés, par exemple parce qu'ils ont déjà conclu d'autres contrats depuis.

75. Il n'y pas lieu d'examiner ici le point de savoir si le droit communautaire interdit, a contrario, de reconnaître à un membre d'un groupement d'entrepreneurs qualité pour agir à titre individuel. Seule est à résoudre dans la présente affaire la question de savoir si le droit communautaire fait obstacle à une interdiction nationale spécifique ou — formulé autrement — permet de limiter la qualité pour agir à l'ensemble des membres d'un groupement d'entrepreneurs.

76. Le droit communautaire n'impose donc pas par principe aux États membres de reconnaître aux membres d'un groupement d'entrepreneurs à titre individuel qualité pour introduire un recours en leur propre nom. Pas davantage le droit communautaire

15 — Arrêt du 19 juin 2003, GAT (C-315/01, Rec. p. I-6351, point 45).

n'exige-t-il que des membres doivent pouvoir introduire un recours au nom du groupement d'entrepreneurs. Il n'existe en tout cas pas d'exigence de ce type en ce qui concerne les États membres dont le droit national n'est pas contraignant dans la mesure où il permet que les groupements d'entrepreneurs, c'est-à-dire leurs membres, adoptent une règle différente, par exemple dès les statuts ou, plus tard, par voie de décision.

77. Dès lors, il y a lieu de répondre à la première et à la troisième question préjudicielle qu'il convient d'interpréter l'article 1[er] de la directive en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à une disposition nationale obligeant les membres d'une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui, en tant que telle, a participé à une procédure d'attribution d'un marché public et ne s'est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, pour exercer un recours contre la décision d'attribution dudit marché et interdisant à un membre d'une telle association momentanée d'exercer à titre individuel soit en sa qualité d'associé, soit en son nom propre, un recours contre la décision d'attribution. Toutefois, la disposition nationale ne doit pas rendre l'application du droit communautaire impossible ou excessivement difficile. C'est le cas lorsque le droit national permet que les membres du groupement d'entrepreneurs adoptent des solutions différentes.

C — *Sur la deuxième question préjudicielle*

78. La deuxième question préjudicielle porte sur la qualité pour agir dans une constellation déterminée, plus précisément dans le cas où les membres du groupement d'entrepreneurs ont bien agi tous ensemble mais où l'action de l'un de ses membres est irrecevable.

79. Est ainsi soulevée la question de savoir si le droit communautaire impose de différencier l'appréciation qui sera portée sur la règle nationale de l'unanimité selon la cause du manque d'unanimité.

80. La Commission et le FOREM estiment tous deux, bien que pour des raisons différentes, que la réponse doit être non.

81. Comme la République d'Autriche le souligne à juste titre, c'est à la lumière des principes d'équivalence et d'efficacité — ou, comme nous l'avons exposé ci-dessus, au regard du principe d'un recours rapide et efficace, expressément énoncé à l'article 1er de la directive — qu'il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle.

82. Il peut être porté atteinte à ces principes dans certaines situations ou par certaines dispositions nationales. La présente procédure préjudicielle porte sur la question de savoir quelles limites ces deux principes fixent aux effets découlant de l'application de la règle de l'unanimité dans une constellation telle que celle se présentant dans l'affaire au principal.

83. Comme il ressort clairement de l'arrêt Santex [16] et par contraste avec l'arrêt Universale-Bau e.a. [17], l'appréciation de la légalité d'une règle de procédure nationale à la lumière des deux principes doit également prendre en considération les circonstances de fait concrètes. En effet, la contrariété au droit communautaire d'une règle qui satisfait à première vue aux exigences du droit communautaire peut ne se révéler que dans certaines constellations.

84. Dans le cadre d'une procédure de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, la Cour doit cependant se contenter de répondre aux questions posées et ne saurait fournir une expertise juridique. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner d'autres constellations que celles en cause dans la procédure au principal, ni de les apprécier au regard du droit communautaire.

85. La règle nationale, en cause dans la présente affaire, imposant de respecter les dispositions régissant le processus de décision interne dans une situation telle que celle se présentant dans la procédure au principal, n'enfreint en tout cas pas le principe d'une voie de recours rapide et efficace.

86. Partant, il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle que la réponse à la première question préjudicielle n'est pas différente dans l'hypothèse où les membres de l'association momentanée ont bien agi tous ensemble mais où l'action de l'un de ses membres est irrecevable.

16 — Précité à la note 12.

17 — Arrêt du 12 décembre 2002 (C-470/99, Rec. p. I-11617).

V — Conclusion

87. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposerons à la Cour de répondre ce qui suit aux questions préjudicielles:

«1) L'article 1er de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, est à interpréter en ce sens qu'il ne fait pas obstacle à une disposition d'une législation nationale

— obligeant les membres d'une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui, en tant que telle, a participé à une procédure d'attribution d'un marché public et ne s'est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, pour exercer un recours contre la décision d'attribution dudit marché;

— interdisant à un membre d'une telle association momentanée d'exercer à titre individuel, soit en sa qualité d'associé, soit en son nom propre, un recours contre la décision d'attribution.

Toutefois, la disposition nationale ne doit pas rendre l'application du droit communautaire impossible ou excessivement difficile. Ces principes sont en tout cas respectés lorsque le droit national permet que les membres du groupement d'entrepreneurs adoptent des solutions différentes.

2) La réponse à la question n'est pas différente dans l'hypothèse où les membres de l'association momentanée ont agi tous ensemble, mais où l'action de l'un de ses membres est irrecevable.»