

Les groupements sans personnalité juridique et leur participation au marché public

Droit des marchés publics

Mémoire réalisé par

Liga BALTINA

Promoteur

Kris WAUTERS

Année académique 2013-2014

Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

A mon mari pour son soutien inconditionnel,

A mes enfants pour leur patience et leur compréhension,

A mon promoteur pour ses conseils et sa « positive attitude »,

A l'UCL pour cette chance

Introduction

Ce mémoire intitulé « Les groupements sans personnalité juridique et leur participation au marché public » est consacré à l'analyse de substance des groupements sans personnalité juridique et des particularités de leur participation dans le cadre de marché public.

Derrière ces particularités, se cache une collision d'intérêts – la liberté contractuelle¹ des opérateurs économiques de choisir la forme convenable de collaboration qui correspond à ces nécessités économiques d'un côté et les exigences de droit du marché public qui protègent les intérêts publics mis en œuvre par les principes fondamentaux en la matière - l'égalité, la transparence, la concurrence et les normes réglementaires de procédure.

Pour entrer dans le sujet, le chapitre I proposera l'analyse de la notion de « personnalité » dont les attributs expliquent l'importance de cette question en lien avec le fonctionnement des groupements. Nous ferons aussi un bref examen de la distinction des « personnalité morale » et « personnalité juridique » afin de souligner ces différences et éviter les confusions en parlant de « la personnalité » d'un groupement comme telle.

Inévitablement, en parlant des groupements sans personnalité juridique nous constaterons la pluralité importante des sociétés, des groupes et groupements, même des associations non personnalisés. Pour analyser leur participation dans le cadre du marché public nous serons obligés de les identifier et de restreindre le cercle autour des groupements qui s'exposent réellement sur la scène des activités économiques.

Ensuite, les principes fondamentaux en matière de marchés publics inscrits dans l'article 2 de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil relatif à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services² (ci-après Directive 2004/18) et dans l'article 10 de la Directive 2004/17/CE du 31

¹ L'article 1134 § 1 du Code civil (Code Civil du 21 mars 1804, *M.B.*, 03 mars 1807, n°1804032150).

² *J.O.*, L. 134, 30 avril 2004, p. 114.

mars 2004 du Parlement européen et portant sur la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux³ (ci-après Directive 2004/17), transposés par le législateur belge dans l'article 5, alinéa 1 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁴ (ci-après Loi du 15 juin 2006) prévoient que les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. De plus, le considérant 2 de la Directive 2004/18 prévoit le respect de tels principes du traité, comme la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. La nouvelle Directive 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics⁵ (ci-après Directive 2014/24) dont les normes doivent être disposées par les États membres au plus tard le 18 avril 2016 et qui abrogera la Directive 2004/18⁶, réaffirme les principes fondamentaux mentionnés. Pour cette raison, la suite de ce travail fera plutôt la référence à la nouvelle directive en parlant de la réglementation européenne et la loi du 15 juin 2006 en parlant de la législation belge.

L'article 2, 10° de la Directive 2014/24 établit que «l'opérateur économique» est toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché. En conséquence, nous constaterons que tous les opérateurs économiques doivent être traités sur pied d'égalité. Mais la question se posant est – « est-ce possible »? C'est la question à laquelle de répondre se proposera le chapitre II. Ce chapitre démontrera également comment par l'application des principes annoncés les groupements sans personnalité juridique apparaissent et trouvent leur place dans le marché public.

Ensuite nous étudierons la problématique suivante – afin de garantir l'égalité et la concurrence équitable entre les candidats ou soumissionnaires et protéger ses propres intérêts

³ *J.O.*, L. 134, 30 avril 2004, p.1.

⁴ *M.B.*, 15 février 2007, p. 6532.

⁵ *J.O.U.E.*, 28 mars 2014, L.94/65.

⁶ Art. 90 de la Directive 2014/24.

– est-ce que l’adjudicateur a les moyens légaux pour adapter les critères de sélection à toutes les formes sociales ou, tenant en compte des exigences générales du droit du marché public et les exigences du marché *in concreto* et sa propre vision de collaboration entre les associés, des opérateurs économiques doivent choisir et adopter la forme sociale appropriée.

Finalement, l’étape la plus distinctive de la procédure du marché public dans lequel on rencontre le plus de problématiques est la sélection des candidats ou des soumissionnaires qui prévoit la vérification des qualités et des capacités nécessaires pour la bonne exécution du marché. Les différentes exigences de sélection sont formées dans le lien direct avec l’objet ou l’exécution du marché en question⁷ et les clauses d’exclusion sont fondées sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à l’opérateur économique concerné, de nature à jeter le discrédit sur l’honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière⁸ et technique. Ici, donc notre objectif sera d’examiner comment les diverses formes de groupements sans personnalité juridique s’inscrivent dans le cadre du marché public.

Compte tenu de la diversité et de la spécificité des objectifs invoqués dans ce mémoire, l’analyse complète de toute la procédure de l’attribution du marché public ne pourra être effectuée. Les accents ne seront mis que sur les questions qui touchent les intérêts des groupements sans personnalité juridique.

Pour compléter le chapitre III nous verrons une question fréquemment illustrée par la jurisprudence – l’action en justice des groupements sans personnalité juridique dès lors que l’analyse de cette question met pertinemment en évidence les caractéristiques des groupements non personnifiés.

⁷ P.THIEL « Mémento des marchés publics et des PPP 2013 », Waterloo, Wolters Kluwer Belgium, 2012, p. 268.

⁸ P.THIEL, *Op.cit.*, p.271.

Chapitre I Les groupements sans personnalité juridique

Section 1 La notion de personnalité

Pour approcher les spécificités de participation des groupements sans personnalité juridique dans le cadre du marché public, nous commencerons par une clarification de ses attributs et des éléments essentiels de sa constitution. Ultérieurement, nous verrons que la notion de groupement telle qu'utilisée dans la législation sur le marché public a des contours assez flous et souvent cette ambiguïté commence déjà par les notions de personnalité juridique et de personnalité morale. Les deux notions ne sont pas définies dans le Code des sociétés⁹ et dans la jurisprudence et dans la doctrine sont souvent confondues ce qui crée une certaine confusion en parlant des sociétés et des groupements non personnalisés. La distinction des deux notions devient importante en parlant des attributs de chacune d'entre elles dont les conséquences sont incontestables dans le fonctionnement des groupements, par exemple, dans l'analyse de la capacité des groupements, de leurs relations avec les tiers, etc.

§1 La personnalité morale

La personnalité morale « désigne la reconnaissance de la personnalité juridique à autre chose qu'un être humain¹⁰ ». Pour arriver à ce postulat, il faut passer par l'évolution des théories concernées.

⁹ Code des sociétés du 7 mai 1999, *M.B.*, 6 août 1999, p.29440.

¹⁰ B.DONDERO « Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Tome I », Presses Universitaires D'Aix-Marseille , Aix-En-Provence, 2006, p.20.

Madame Nathalie Baruchel dans son ouvrage « *La personnalité morale en droit privé* »¹¹ examine l'apparition de la notion de la personnalité morale en exposant notamment le fait que « *la personnalité suppose non seulement une existence biologique qui ne se trouve que chez l'être humain, mais également une faculté de vouloir et d'agir, qui est lié au cerveau, aux nerfs, aux muscles. Or, seules les personnes physiques sont dotées d'une telle volonté. Par conséquent, seuls les êtres humains sont aptes à jouir d'une personnalité juridique propre à leur conférer des droits et des obligations* ». ¹²

A côté de certaines théories qui ont contesté l'existence même de la personnalité morale en tant que catégorie juridique autonome ¹³, les théories de « la réalité psychosociologique » essaient de montrer comment un simple esprit commun peut aboutir à une volonté collective véritablement distincte des volontés individuelles¹⁴.

Michaud dans son ouvrage de 1906 intitulé « *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français* » fut le principal artisan de la théorie de la réalité technique¹⁵ qui s'appuie sur une nouvelle définition du droit subjectif fondée sur autre chose que la volonté et dissociant pour la première fois les concepts d'être humain et de sujets de droit¹⁶. La reconnaissance d'une personne morale suppose, en vertu de cette théorie, que soient réunies deux conditions : d'une part l'existence d'un intérêt collectif et d'autre part une organisation capable de dégager une volonté qui puisse représenter et défendre cet intérêt.¹⁷

Le Cour de Cassation admet que, dotées de la personnalité morale, les sociétés ont, en principe, la même capacité que les personnes physiques pour tous les actes juridiques qui ne sont pas exclus par leur nature d'être moral.¹⁸ « *La reconnaissance de la personnalité morale présente une utilité certaine, et qui ne se limite pas au groupement bénéficiaire. La personnification entraînera notamment l'attribution d'un patrimoine propre, sur lequel les*

¹¹ N.BARUCHEL « *La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie* », L.G.D.J., Paris, 2004.

¹² N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.22.

¹³ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.24.

¹⁴ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.30-35.

¹⁵ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.35.

¹⁶ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.21.

¹⁷ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.36.

¹⁸ Cass., 17 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 504.

créanciers du groupement auront seules les droits, à l'exclusion des créanciers personnels des membres »¹⁹. « *L'activité de la société dans ses rapports avec les tiers suppose nécessairement la personnalité morale et par la suite la capacité* ». ²⁰

« *Revêtue de la personnalité morale, la société possède des droits et des obligations distinctes de ceux de ses associés. Elle agit par ses organes qui l'incarnent et la représentent sans qu'un mandat ne soit nécessaire. Elle est, en vertu de la théorie de l'organe, directement engagée par les actes des organes : elle en répond quant aux fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. Elle possède un patrimoine, un nom, un siège et une nationalité* »²¹. Son activité est limitée par sa spécialité légale, « *correspondant aux finalités en vue desquelles le législateur les a instituées* »²² et sa spécialité statutaire est choisie par les associés dans les statuts pour l'accomplissement de son objet social²³.

§2 La personnalité juridique

Le lexique des termes juridiques « Dalloz » formule la notion de « Personnalité juridique » comme « *aptitude à être sujet de droit qui est reconnue de plein droit et sans distinction à tous les êtres humains (personnes physiques) et, sous certaines conditions, variables selon leur nature, aux personnes morales* »²⁴.

« *La personnalité juridique désigne la reconnaissance de la qualité de sujet de droit quel que soit le support de cette attribution* »²⁵. C'est la qualité de sujet de droit qui permet à

¹⁹ B.DONDERO, *Op. cit.*, p.22.

²⁰ C.BOULOGNE-YANG-TING « Les incapacités et le droit des sociétés », L.G.D.J., Paris, 2007, p. 51.

²¹ Y.DE CORDT, C.DELFORGE, T.LEONARD, Y.POULLET « Manuel de droit commercial », 2^e édition, Anthemis, Liman, 2011, p.172.

²² Y.DE CORDT, C.DELFORGE, T.LEONARD, Y.POULLET, *Op. cit.*, p.173.

²³ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, P.LAMBRECHT, P.MALHERBE « Droit des sociétés. Précis. Droit Européen, droit Belge », Brylant, Bruxelles, 2011, p.259.

²⁴ S.GUINCHARD, TH. DEBARD « 19^e édition Lexique des termes juridiques 2012 », Dalloz, Paris, 2011, p.638.

²⁵ B.DONDERO, *Op.cit.*, p.20.

une société, quelle qu'elle soit, d'accéder à la vie juridique en son propre nom²⁶. « *L'accession à la qualité de sujet de droit requiert de la personne la vocation à être titulaire de droits et tenu d'obligations. C'est de cette aptitude que rend compte la notion de capacité de jouissance* ». ²⁷ Il est classiquement soutenu que la personnalité juridique est l'aptitude à être sujet de droits, alors que la capacité est en revanche, l'aptitude à en être titulaire, à acquérir des droits et à les exercer.²⁸

L'article 2 du Code des sociétés fait la distinction entre les sociétés sans et entre les sociétés avec la personnalité juridique en prévoyant dans le paragraphe 1 que la société de droit commun, la société momentanée et la société interne ne bénéficient pas de la personnalité juridique mais le paragraphe 2 du même article reconnaît en tant que sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société privée en responsabilité limitée, la société coopérative qui peut être à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée, la société anonyme, la société en commandite par actions, le groupement d'intérêt économique, la société européenne et la société coopérative européenne.

Dans son paragraphe 3, il reconnaît la société agricole en tant que société civile dotée de la personnalité juridique.

L'alinéa 1 du paragraphe 4 de l'article mentionné relie la formalité de publicité prévue dans les articles 67 et 68 du Code des sociétés avec l'obtention de la personnalité juridique dont notamment les sociétés visées aux paragraphes 2 et 3 qui acquièrent la personnalité juridique à partir du jour du dépôt de l'extrait de l'acte constitutif de la société au greffe du tribunal du commerce dans le ressort territorial duquel la société a son siège social.

En conséquence, l'attribution de personnalité juridique à la société commerciale est liée au choix d'une forme parmi les celles de sociétés proposées dans cet article et à l'accomplissement des formalités prévues par le législateur. L'existence d'un formalisme régissant l'acquisition et la disparition de la personnalité morale peut ainsi apparaître comme

²⁶ C.BOULOGNE-YANG-TING, *Op.cit.*, p.39.

²⁷ C.BOULOGNE-YANG-TING, *Op.cit.*, p.40.

²⁸ C.BOULOGNE-YANG-TING, *Op.cit.*, p.39.

un contrôle étatique en vue de la protection de l'intérêt général²⁹, aussi comme une fonction d'opposabilité du groupement personnifié à l'égard des tiers³⁰.

« La Cour de cassation, par plusieurs arrêts, avait consacré ce que la doctrine appelait la théorie des « cadres légaux obligatoires », en d'autres termes l'obligation pour des personnes voulant constituer une société commerciale de choisir parmi les formes de sociétés commerciales reconnues par la loi, celles qu'elles destinaient à leur entreprise commune. On était alors forcé de constituer une société dotée de la personnalité juridique en accomplissant à cet effet toutes les formalités nécessaires. La sanction était sévère et sans doute de trop : à défaut de respect de cette obligation, la société constituée dans les faits était considérée comme une société en nom collectif irrégulière, possédant la personnalité juridique, mais incapable de l'invoquer à l'égard des tiers »³¹. La loi du 13 avril 1995 a profondément modifié le processus d'attribution de la personnalité morale en la subordonnant à une formalité volontaire accomplie par les fondateurs.³²

Pour résumer cette section nous pouvons constater que les notions « la personnalité juridique » et « la personnalité morale » se trouvent dans une superposition. Les éléments de l'une et de l'autre sont tellement liés que leur séparation semble inefficace. Sans matérialisation de la volonté de créer une nouvelle personne – personne morale avec une identité séparée de ses associés, et sans attribution des éléments nécessaires pour cet effet on ne peut pas parler de la personnalité juridique – le pouvoir de prendre la véritable place sur la scène juridique. La séparation des deux notions semble encore moins efficace en parlant des groupements *sans* personnalité juridique. Dans la section suivante on verra qu'un groupement non personnifié se caractérise par l'absence des éléments essentiels des deux notions. Ce nonobstant, ces groupements trouvent aussi leur place sur la scène juridique en tant que véritable sujet de droit.

²⁹ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.99.

³⁰ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.100.

³¹ P.LOICQ « Les sociétés commerciales sans personnalité juridique » *C&FP*, 1977., liv.7, p.61-64.

³² Y.DE CORDT, C.DELFORGE, T.LEONARD, Y.POULLET, *Op. cit.*, p.170-171 [*cit.* V.Simonart « La personnalité morale en droit privé comparé », p.65].

Section 2 Le groupement sans personnalité juridique

§1 La notion de groupement sans personnalité juridique

Les groupements dépourvus de personnalité n'ont aucune existence juridique : ils ne peuvent donc être titulaires de droits ou obligations et le droit doit ignorer le fait social que représente le groupement de personnes physiques : c'est seulement dans le chef de celles-ci qu'il faut envisager les conséquences juridiques du groupement.³³

*« Par conséquent, ils [les groupements] sont fréquemment vus comme une catégorie à part, opposée aux personnes morales. Cependant, le nombre de rassemblements, collectivités, réunions et groupes qui ne sont pas dotés de la personnalité morale est potentiellement infini ».*³⁴ *« La difficulté rencontrée résulte du fait que la notion de groupement n'est pas une notion juridique »*³⁵. Donc les questions à se poser sont : comment limiter l'examen de ces groupements et comment trouver des caractéristiques communes pour les identifier?

Nous distinguons les groupements non personnalisés selon la finalité poursuivie par ces différents groupements : certains d'entre eux exercent une activité économique, tandis que d'autres visent à garantir la défense d'intérêts collectifs³⁶. Parmi les groupements qui visent à garantir la défense d'intérêts collectifs, on peut distinguer les groupements destinés à la défense d'intérêts collectifs qui pour atteindre leurs objectifs ont la nécessité d'un encadrement juridique, les associations avec ou sans personnalité juridique, et les groupements qui *« constitués pour la revendication d'intérêts collectifs, mais n'ayant pas*

³³ M.COIPEL "Les associations de fait: notion, régime juridique et conséquences de l'absence de personnalité morale" in Les associations de fait, in Les dossiers d'ASBL Actualités", 2012 – Dossier n°14, Edi.pro, Liège, p.45.

³⁴ B.DONDERO, *Op.cit.*, p.37.

³⁵ B.DONDERO, *Op.cit.*, p.38.

³⁶ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.133.

vocation à durer»³⁷. « *En droit belge, selon De Page, la summa divisio classique oppose association et société sur base du critère tenant au but de lucre poursuivi ou non par le groupement* ».³⁸

Les associations « de fait » sont nombreuses et variées, par exemple, le comité des parents d'une école, la fanfare municipale, les syndicats de travailleurs, beaucoup de petits clubs sportifs, etc.³⁹

La plupart du temps les groupement qui participent dans la vie économique et entrent dans les relations contractuelles avec les tiers comme un « tout » sont établis par un contrat qui, en engageant les parties, offre aux cocontractants du groupement la certitude quant au caractère du groupement, les capacités des associés à exécuter leurs obligations.

« *En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la libre volonté des parties peut, en règle, dans tous les domaines, créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de contrats* »⁴⁰. Les parties sont donc libres en principe de conclure tout contrat, de déroger aux règles des contrats nommés, d'inventer de nouvelles formes contractuelles notamment en se fondant sur le droit commun des obligations, de contracter ou de ne pas contracter, de choisir librement leur contractant, de modifier de commun accord leur contrat, de faire toute convention relative à la preuve, etc., sous la réserve des dispositions d'ordre public, tenant aux bonnes mœurs ou impératives. Tout ce qui n'est pas interdit au nom de l'ordre public, des bonnes mœurs ou des lois impératives est permis.⁴¹

³⁷ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.148.

³⁸ D.-B.FLOOR « La société momentanée », Larcier, Bruxelles, 2002, p.46.

³⁹ M.COIPEL "Les associations de fait: notion, régime juridique et conséquences de l'absence de personnalité morale" *in* Les associations de fait, *in* Les dossiers d'ASBL Actualités", 2012 – Dossier n°14, Edi.pro, Liège, p.29.

⁴⁰ P.VAN OMMESLAGHE "Droit des obligations", Tome premier "Introduction sources des obligations", Bruylant, Bruxelles, 2010, p.152.

⁴¹ P.VAN OMMESLAGHE, *Op.cit.*, p.155.

La liberté contractuelle servant comme le fondement de constitution des groupements non personnalisés présente un grand avantage pour les associés permettant aménager leurs relations internes reflétant leurs intérêts effectifs.

C'est aussi le contrat qui va déterminer le caractère du groupement, avant tout si le groupement correspond à une forme sociale (sans personnalité juridique) adéquate telle que prévue par le Codes des sociétés et correspond aux règles qui lui sont imposés.

Une société régulière qui est constituée librement et qui n'est pas interdite par le droit est une société ou une association « *de droit* » [...] même si elle n'est pas spécialement réglementée par la loi. Ce type de société ou d'association dépourvue de personnalité juridique demeure parfaitement valable en tant que contrat. La liberté contractuelle demeure entière et les parties peuvent conclure tel ou tel contrat qu'elles désirent.⁴²

« Le contrat de société sans personnalité juridique peut, selon son objet, être prouvé selon les règles de preuve du droit civil ou du droit commercial »⁴³.

Pour les sociétés non dotées de la personnalité juridique, le Code (des sociétés) n'impose pas d'écrit. Il ne s'agit, en effet, aucunement d'une condition d'existence ou de validité du contrat. En ce qui concerne la preuve de son existence, le contrat de société est soumis aux dispositions du droit commun. Vis-à-vis des tiers, le contrat ne constitue qu'un fait matériel dont l'existence s'établit par toutes voies de droit⁴⁴.

Dans le cadre de ce mémoire, nous allons accentuer l'examen des groupements qui exercent une activité économique et plus souvent se présentent sur la scène des marchés publics.

⁴² J.MALHERBE, Y.DE CORDT, P.LAMBRECHT, P.MALHERBE, *Op.cit.*, p.209.

⁴³ Art.49 du Code des sociétés.

⁴⁴ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, P.LAMBRECHT, P.MALHERBE, , *Op.cit.*, p.228-229.

§2 Les groupements exerçant une activité économique

Dans la vie économique les groupements sont créés dans un but lucratif et dans le but de réalisation de certains projets économiques complexes qui demandent non seulement la réunion de patrimoines mais aussi de spécialités diverses et/ou de *know-how* nécessaires. Or, « *c'est donc le but de lucre présent en société et absent en association, qui établit la distinction entre deux contrats qui, pour le reste, ont les mêmes caractéristiques fondamentales* ». ⁴⁵

« *Bien que le nombre de formes sociales offertes aux entrepreneurs soit en constante augmentation, il existe des groupements à vocation économique qui empruntent d'autres techniques juridiques pour développer leur activité. Certaines de ces techniques sont prévues par le législateur* ». ⁴⁶ Ici notamment on peut citer une parmi d'elles – les sociétés sans personnalité juridique, telles que prévues dans l'article 2 paragraphe 1 du Code des sociétés.

La définition proposée par T.Tilquin et V.Simonart dit que « *les sociétés sans personnalité sont celles qui ne jouissent pas de la personnalité morale, que les associés aient délibérément opté pour ce type de société ou non : certes, ils peuvent créer délibérément une société non personnalisée, mais aussi sans en être conscients, en voulant constituer une société dotée de la personnalité morale, ou même sans satisfaire aux conditions de la société* » ⁴⁷. La désignation de « *la société* » présente un lien avec l'article 1 du Code des sociétés qui prévoit qu'une société est constituée par un contrat (bilatéral ou multilatéral) ou par un acte juridique émanant de la volonté d'une seule personne.

« *En admettant que la personnalité morale ainsi que la pleine capacité d'une personne juridique sont obtenues par une société avec l'accomplissement des formalités de publicité prévues par le législateur, le contrat qui lie les associés d'un groupement n'est pas soumis aux règles de publicité et continue de les lier indépendamment de la raison pour laquelle ces formalités n'ont pas été accomplies. Les associés se sont d'ores et déjà engagés*

⁴⁵ M.COIPEL, *Op.cit.*, p. 34.

⁴⁶ N.BARUCHEL, *Op. cit.*, p.134.

⁴⁷ T.TILQUIN, V.SIMONART « *Traité des sociétés* » T.2, Kluwer, Diegem, 1997, p.9.

les uns envers les autres de manière irrévocable dans un but précis et dans un intérêt commun, créant un intérêt collectif à l'ensemble des cocontractants. Dès lors, leur comportement et les actes passés par eux ne sauraient méconnaître cet intérêt et plus largement les stipulations du contrat de société »⁴⁸. En plus, même si le contrat ne lie que les parties, on ne peut pas nier que sur la scène juridique cette collaboration peut être prise en compte par les tierces personnes, notamment, comme nous verrons dans le chapitre III – dans le cadre du marché public.

Des structures telles que les contrats de collaboration entre entreprises peuvent constituer des « groupements non personnifiés » mais l'extrême diversité de ces contrats empêche d'y voir une catégorie véritable⁴⁹ même si ils font une partie évidente de la vie économique.

Le système juridique anglais ne reconnaît à un groupement la personnalité morale qu'en vertu d'un texte ou d'une reconnaissance ponctuelle émanant d'Etat. (...) C'est le cas pour « *unincorporated associations* », « *partnerships* », les syndicats (*trade unions*), et différentes formes de copropriété, comme « *joint tenancy* » et la « *tenancy in commun* »⁵⁰.

*« English partnerships do not have legal personality. They are only relationships but the confusion, which arises from this lack of legal personality is not helped by the fact that in common usage a partnership often looks like and is regarded as a separate entity »*⁵¹. *« Unlike a company, therefore, a partnership cannot of itself make contracts, employ people, commit wrongs, or even be sued, any more than marriage can »*⁵².

« La doctrine et la jurisprudence française reconnaissent comme groupements non personnifiés certaines sociétés, notamment la société en participation, la société créée de fait, la société en formation, mais aussi les fonds communs de placement et les fonds communs de

⁴⁸ C. BOULOGNE-YANG-TING, *op.cit.*, p.42-43.

⁴⁹ B. DONDERO, *op.cit.*, p.40.

⁵⁰ B. DONDERO, *op.cit.*, p.51.

⁵¹ G. MORSE « Partnership law », Oxford University Press, Oxford, 2010, p.4.

⁵² G. MORSE « Partnership law », *Op.cit.*, p.1.

créances, le groupe de sociétés, le groupement des créanciers, l'indivision régie par le Code civil et la copropriété de navire ». ⁵³

En droit belge, comme on l'a vu antérieurement, le paragraphe 1 de l'article 2 du Code des sociétés va aussi dans ce sens-là en prévoyant que les sociétés de droit commun, les sociétés momentanées et les sociétés internes comme sociétés ne bénéficient pas de la personnalité juridique. Selon T.Tilquin et V.Simonart, il est possible de spécifier les caractères communs des sociétés sans personnalité juridique qui relèvent de leur essence et auxquels il est conceptuellement impossible de déroger quelle que soit l'ingéniosité des parties ou la force de la pratique. Ces sont des caractères dit *essentiels* : l'absence de capacité, de patrimoine, de capital, de nationalité et d'impossibilité d'être déclarées en faillite. ⁵⁴

La **société de droit commun** est une société à l'objet civil ou commercial qui ne bénéficie pas de la personnalité juridique. ⁵⁵

La **société momentanée** est une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. ⁵⁶ Elle ne constitue un type particulier de société que depuis la loi du 18 mai 1873. Le législateur a créé cette société en 1873 comme un type distinct de la société interne (anciennement *la société en participation*) pour la dispenser d'avoir le caractère occulte. ⁵⁷ « *Le Code des sociétés à l'occasion de la codification a corrigé cette erreur de terminologie et a opportunément rebaptisé « société » l'ancienne « association momentanée* » » ⁵⁸.

La **société interne** est une société sans personnalité juridique par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans les opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom. ⁵⁹

⁵³ B.DONDERO, *op.cit.*, p.41-44.

⁵⁴ T.TILQUIN, V.SIMONART "Traité des sociétés", Tome 2, *Op.cit.*, p.11.

⁵⁵ Art.46 du Code des sociétés.

⁵⁶ Art.47 du Code des sociétés.

⁵⁷ T.TILQUIN, V.SIMONART "Traité des sociétés", Tome 2, *Op.cit.*, p.21.

⁵⁸ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.47.

⁵⁹ Art.48 du Code des sociétés.

Certains auteurs⁶⁰ optent pour l'unité des formes sociales non personnifiées, disant que la forme d'une société de droit commun (anciennement *la société du Code civil*) réunit toutes les caractéristiques qui appartiennent à la société momentanée et à la société interne étant entendu que les règles applicables varient en fonction de leur caractère civil ou commercial, occulte ou ostensible et de l'usage ou non d'une raison social⁶¹. « *Plusieurs droits étrangers connaissent, avec diverses nuances, une telle unité, génératrice d'une plus grande simplicité* ». ⁶²

Pour éviter les confusion des notions, nous allons distinguer parmi les groupements qui exercent une activité économique et sont très courants dans la vie commerciale - les « **groupes de sociétés** ».

« *Le droit positif consacre l'existence juridique du groupe de sociétés en le dotant de prérogatives juridiques, lesquelles ont trait principalement à la restriction de l'autonomie de ses filiales. Il en résulte un paradoxe, voire une contradiction, entre l'indépendance des sociétés personnes morales et la prépondérance de l'intérêt du groupe* ». ⁶³

C'est difficile de designer les contours de cette notion car « l'émergence d'un groupe peut prendre une multitude de formes en fonction des impératifs économiques et juridiques poursuivis » ⁶⁴. Dans le sens du Code des sociétés, la notion de « groupe des sociétés » est invoquée plutôt dans le cadre des règles du contrôle – soit le contrôle présumé par la loi ⁶⁵, soit le contrôle de fait ⁶⁶.

Le groupe de sociétés est traditionnellement défini comme « *un ensemble de sociétés qui tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou*

⁶⁰ T.TILQUIN, V.SIMONART "Traité des sociétés", Tome 2, *Op.cit.*, p.28-30.

⁶¹ T.TILQUIN, V.SIMONART "Traité des sociétés", Tome 2, *Op.cit.*, p.28.

⁶² T.TILQUIN, V.SIMONART "Traité des sociétés", Tome 2, *Op.cit.*, p.28.

⁶³ N. BARUCHEL, *Op. cit.*, p.140 [cit. R.Marrau « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *Pétites Affiches*, 5.août 1996, n° 94, p.4].

⁶⁴ F.MAGNUS "Les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels. Aspects juridiques" Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 81, Larcier, Bruxelles, p.25.

⁶⁵ Art.5, §2 du Code des sociétés.

⁶⁶ Art.5, §3 du Code des sociétés.

*en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait valoir une unité de décision ».*⁶⁷

Par « contrôle » d'une société, il faut entendre le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion.⁶⁸ Bien, que l'organisation des différentes sociétés au sein d'un groupe puisse s'interpréter, d'un point de vue économique, comme l'émanation d'une seule entité, autonome et cohérente, le droit belge des sociétés n'accorde pas de personnalité juridique spécifique au groupe. (...) Chaque société conserve ainsi son identité propre et demeure soumise aux dispositions du droit commun des sociétés, sans considération, de son intégration au sein d'un groupe.⁶⁹ « *L'appartenance à un groupe ne permet donc pas de conférer à la collectivité un droit supérieur qui primerait sur les intérêts individuels de chaque société* ». ⁷⁰

*« La constitution d'un groupe peut, en outre, s'inscrire dans le cadre de conventions ou de clauses statutaires visant à soumettre plusieurs sociétés à une seule et même direction. Une telle organisation aboutit alors à la constitution d'un groupe dit « horizontal », plus connu sous le vocable « consortium » ».*⁷¹

Le paragraphe 1 de l'article 10 du Code des sociétés stipule l'existence « consortium » lorsqu'une société et une ou plusieurs autres sociétés de droit belge ou étranger qui ne sont ni filiales les unes des autres ni filiales d'une même société sont placées sous une direction unique.

Le consortium « *recouvre des formes variées de contrat de coopération et est conclu entre les sociétés commerciales en vue de réaliser un marché ou de poursuivre conjointement des études, des recherches ou des activités commerciales. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une société mais d'une sorte d'alliance impliquant un abandon partiel d'autonomie dans la*

⁶⁷ F.MAGNUS «Les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels. Aspects juridiques » Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 81, Larcier, Bruxelles, p.34.

⁶⁸ Art.5, §1 du Code des sociétés.

⁶⁹ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.34.

⁷⁰ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.51.

⁷¹ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.27.

*gestion, celle-ci étant transférée à une structure de décision réunissant le plus souvent des représentants de la direction de chacune des entreprises membres : un organe de coordination est constitué et un chef de file désigné ».*⁷²

Le paragraphe 2 de l'article 10 du Code des sociétés prévoit une présomption irréfutable des situations de la direction unique :

- 1° lorsque la direction unique de ces sociétés résulte de contrats conclus entre ces sociétés ou de clauses statutaires, ou,
- 2° lorsque leurs organes d'administration sont composés en majorité des mêmes personnes.

Le paragraphe 3 de l'article 10 du Code des sociétés prévoit par contre que des sociétés sont présumées, sauf preuve contraire, être placées sous une direction unique, lorsque leurs actions, parts ou droits d'associés sont détenus en majorité par les mêmes personnes.

*« Le consortium se distingue de la société momentanée, précisément en raison de l'absence d'affectio societatis et de partage des bénéfices et des pertes. Dans une convention de consortium, chaque membre exécute les prestations qui lui reviennent pour un prix dans lequel est déjà incluse sa marge bénéficiaire de sorte que le bénéfice est directement réalisé par chacun des membres ».*⁷³

*« A la différence des associés momentanés, les parties à un contrat de consortium ne sont pas – sauf convention contraire – solidairement liées vis-à-vis de leur cocontractant ; chacun demeure seul responsable de sa part du contrat ».*⁷⁴

⁷² D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

⁷³ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

⁷⁴ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

Chapitre II. Le fondement de la participation aux marchés publics pour les groupements sans personnalité juridique

Section 1 Introduction

Le chapitre précédant a été consacré à l'analyse des groupements sans personnalité juridique et notamment à ses particularités en comparaison avec les sociétés auxquelles le législateur a attribué la personnalité morale. En s'engageant dans les relations contractuelles, les co-contractants des sociétés avec une personnalité juridique obtiennent une incontestable garantie dans la mesure où le cadre du fonctionnement de ces acteurs sur la scène économique est organisé par le législateur, garantissant la transparence et la sécurité juridique vis-à-vis de leur qualité, capacité, prévisibilité et protection au cas de faillite.

En suivant le constat que la liberté contractuelle permet aux sociétés et groupements non personnalisés de participer dans la vie économique « *non seulement sur le plan du droit civil et du droit commercial, mais aussi dans un cadre administratif* »⁷⁵, il est intéressant d'étudier comment ils sont apparus et quels sont leur règles de jeu sur la scène du marché public.

L'importance de cette question peut être accentuée pour plusieurs raisons. Sans doute, le marché public joue absolument un rôle important sur le plan économique, comme « *le soutien des investissements en période de récession, réalisation des investissements structurels fondamentaux pour les échanges économiques en créant des infrastructures indispensables telles que les réseaux de transports ou télécommunication* »⁷⁶. En plus, « *les dépenses publiques, et leur volume croissant, ne sont en effet plus comparables au caractère limité des dépenses d'autrefois, lesquelles, considérées comme neutres et improductives par*

⁷⁵ P.QUERTAINMONT « Droit administratif de l'économie », Troisième édition, Kluwer et Story-Scintia, Diegem, 2000, p.3.

⁷⁶ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", Larcier, Bruxelles, 2006, p.31.

nature, étaient réduites aux frais de fonctionnement de l'administration »⁷⁷. La nouvelle directive 2014/24 pour cette raison invoque le marché public comme étant « *un instrument à utiliser pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics* »⁷⁸. L'ouverture du marché public aux acteurs divers du marché économique précisément sert à cette fin.

Or, l'article 3, alinéa 1 de la loi du 15 juin 2006, exprime clairement que « le marché public » est un contrat à titre onéreux et donc la législation sur marché public régit le lien contractuel entre l'acteur public – le pouvoir adjudicateur, tel quel défini dans l'article 2, aliéna 1 de la loi du 15 juin 2006 et l'entrepreneur, fournisseur et prestataire de service, définis dans l'article 2, aliéna 5 de la loi du 15 juin 2006. Est-ce qu'un groupement sans personnalité juridique peut se manifester comme un entrepreneur, fournisseur ou prestataire au sens de la loi du 15 juin 2006 ? Est-ce que les relations contractuelles par lesquelles sont liées les groupements non personnalisés peuvent être voilées par la même transparence et sécurité juridique telle qu'elle est garantie par le législateur par rapport aux personnes morales définies dans le Code des sociétés ? Quel est le support normatif pour son intervention dans la sphère du marché public ?

Section 2 Liberté du commerce et de l'industrie

La liberté de commerce et d'industrie est étroitement liée à la liberté professionnelle, au droit de travailler et à la liberté d'entreprise, qui sont garantis par les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁹ et à plusieurs libertés fondamentales consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁸⁰ (ci-après: TFUE) comme la libre circulation des biens, la libre prestation des services et la liberté

⁷⁷ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.213.

⁷⁸ Considérant n° 2 de la Directive 2014/24.

⁷⁹ J.O.C.E., 18 décembre 2000, 2000/C 364/01.

⁸⁰ J.O.U.E., 26 octobre 2012, C/326/47.

d'établissement⁸¹.

La reconnaissance de cette liberté a commencé dans notre pays par une simple loi fiscale, la loi des 2-17 mars 1791, connue sous nom de « décret d'Allarde », qui est considérée comme le texte sur lequel repose la liberté du commerce et d'industrie⁸². Le texte déclare que «... *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon*» et que « *chacun est autorisé à exercer librement le commerce de son choix sous la seule condition de se conformer aux règlements de police* »⁸³. L'un des principaux mobiles de la Révolution française de 1789 résidait dans le fait qu'en raison du régime corporatif sclérosant, la libre l'entreprise était noyée sous le poids des réglementations. « *Aussi n'est – ce pas un hasard si l'une des principales décisions prise à l'époque fut la promulgation du décret d'Allarde qui proclamait la liberté économique et abolissait le régime corporatif* »⁸⁴. Cette disposition légale, a été rendue applicable dans notre pays à la suite de son annexion à la France en 1795⁸⁵. Il a d'ailleurs été réaffirmé par le législateur belge à l'occasion du vote de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1988⁸⁶, en modifiant l'article 6, § 1^{er}, VI de la loi spéciale du 8 août 1980⁸⁷, disant : « *En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux* ». Récemment le décret a été supprimé de l'ordre juridique belge en introduisant le 28 février 2013 le Code de droit économique⁸⁸ où l'article II.3 dit que chacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix et l'article II.4 prévoit que la liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en

⁸¹ C.Const., n° 119/2012 du 18 octobre 2012, B.5.2.

⁸² A.DE LAUBADERE "Droit public économique", Troisième édition, Dalloz, Paris, 1979, p.238.

⁸³ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.37.

⁸⁴ Proposition de révision de la Constitution, 18 octobre 2007, doc. Sénat n°4-311/1-2007-2008.

⁸⁵ P.VAN OMMESLAGHE "Droit des obligations", Tome premier "Introduction sources des obligations", Bruylant, Bruxelles, 2010, p.539.

⁸⁶ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.37.

⁸⁷ La loi spéciale de réformes institutionnelles du 15 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p.9434.

⁸⁸ *M.B.*, 29 mars 2013, p.19975.

vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives.

Les travaux préparatoires du Code de droit économique soutiennent l'utilité de réapparition de la liberté d'entreprendre dans un texte législatif moderne, mais contiennent aussi un certain regret par rapport à l'abrogation du décret car « *la subsistance du droit révolutionnaire est non seulement exceptionnelle, mais qu'elle a également donné lieu à une abondante jurisprudence, qui doit bien sûr rester en place étant donné qu'elle constitue la toile de fond de l'activité économique* »⁸⁹.

L'invocation de la liberté du commerce et de l'industrie nous semble ici importante car elle comporte plusieurs aspects liés aux marchés publics:

- en premier lieu, elle est liée à la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté de créer une entreprise ou exercer une profession de son choix, ainsi que la liberté de diriger à son gré son entreprise ;
- en second lieu, elle est liée à la libre concurrence.⁹⁰

Ces éléments, nous allons les prendre en compte notamment en suivant l'évolution législative et doctrinale des notions « opérateur économique », « entrepreneur », « fournisseur », « prestataire de services » tels quels visés dans la législation sur les marchés publics (voir. *infra*).

Section 3 La législation en matière de marché public

Les principes analysés dans le chapitre précédant sont de nouveau mis en œuvre en matière de marché public par la Directive 2014/24 dont le considérant 1 dit que la passation de marchés publics par les autorités des Etats membres ou en leur nom doit être conforme aux

⁸⁹ Projet de loi du 17 janvier 2013 introduisant le Code de droit économique, Rapport de K.UYTTERSROT, *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53 2543/004.

⁹⁰ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.37.

principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.

La loi du 15 juin 2006 qui avait transposé la directive 2004/17 et la directive 2004/18, dans son alinéa 1 de l'article 5 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de service dans le respect d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. L'alinéa 2 continue en énonçant que les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV de la loi mentionnée.

Cette obligation de passer tout marché en respectant certaines règles de concurrence se fonde sur le respect des principes d'égalité, de non discrimination, de transparence⁹¹ tels qu'ils sont explicitement inscrits dans la loi. Ils créent un fondement incontestable du droit des marchés publics, assurent, entre autres, l'accès au marché public aux groupements sans personnalité juridique, et finalement garantissent l'atteinte du but binaire de la procédure - d'un côté, l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs d'obtenir les biens, services, travaux nécessaires pour l'exécution de ses missions et de protéger ses ressources financières et obtenir le meilleur rapport entre la qualité demandée et le prix payé⁹² (*value for money*), et, d'autre part - les intérêts des opérateurs économiques de participer dans la vie économique, dans le libre marché des biens et services, fondé sur des règles « *claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables* »⁹³.

Ainsi, dans les paragraphes suivants nous allons examiner comment les principes d'égalité, de non discrimination, de transparence, de concurrence et comment la notion

⁹¹ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS "Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique », Larcier, Bruxelles, 2013, p. 74.

⁹² D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT « Initiation aux marchés publics », Bruylant, Bruxelles, 2001, p.65.

⁹³ C.J.U.E., 17 juillet 2008 (*ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*), C-347/06, Cons.69.

d'opérateur économique ouvrent la porte aux groupements sans personnalité juridique aux marchés publics.

§1 Les principes fondamentaux du marché public

a) Le principe d'égalité

Le principe d'égalité tel qu'invoqué dans la législation mentionnée sur le marché public, trouve aussi la source dans l'article 6, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 10 de la Constitution⁹⁴ et est applicable en toutes matières et non uniquement à celle des marchés publics⁹⁵.

Le principe d'égalité a une structure de base unique. Cette structure de base, c'est, on le sait, à « situation égale, traitement égal ». [...] Seules des différences de situations objectives peuvent justifier une différence de traitement.⁹⁶ Le problème réside évidemment dans la recherche des critères qui doivent être retenus pour justifier l'application d'un traitement inégal sans encourir le reproche arbitraire.⁹⁷ Donc, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit.⁹⁸

Ainsi, « *il n'y a pas de méconnaissance du principe d'égalité devant la loi ou devant le service public, si les discriminations sont établies en fonction d'éléments objectifs et*

⁹⁴ M.B., 17 février 1994, p.4054.

⁹⁵ C.E., n° 212.55 du 7 avril 2011.

⁹⁶ J.-Y.CHEROT "Droit public économique", Economica, Paris, 2002, p.25.

⁹⁷ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.52.

⁹⁸ C.E., n° 212.55 du 7 avril 2011.

raisonnables, non arbitrairement choisis, et en rapport avec l'objet, la nature et le but de la mesure appliquée »⁹⁹.

Finalement, « *le principe de l'égalité devant la loi s'affine de la sorte au contact de l'idée de proportionnalité, qui sert à mesurer la validité des distinctions que pratique l'administration »¹⁰⁰* Le principe de proportionnalité implique, dans la passation des marchés publics que la mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au but recherché. Ainsi, précise la Commission européenne, lors de la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur veillera utilement à ne pas exiger des capacités techniques, économiques et financières disproportionnées par rapport à l'objet du marché¹⁰¹.

Lesdits principes, qui signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur, constituent, en effet, la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics, et le devoir des pouvoirs adjudicateurs d'en assurer le respect correspond à l'essence même de ces directives¹⁰².

« Le principe d'égalité ne peut s'appliquer qu'à des soumissionnaires se trouvant dans la même situation; tel est le cas, par exemple, lorsqu'un soumissionnaire a déposé une offre entachée d'une irrégularité substantielle par rapport à un soumissionnaire ayant déposé une offre régulière. Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à l'analyse des offres, ce sont toutes les offres se trouvant dans la même situation qui doivent être comparées »¹⁰³.

Quid des groupements sans personnalité juridique ? Est-ce que le principe d'égalité peut être considéré comme un garant pour leur participation aux marchés ?

⁹⁹ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.48.

¹⁰⁰ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.54.

¹⁰¹ A.L.DURVIAUX , Y.MARIQUE, A.VANDEBURIE “Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics”, Anthemis, Liman, 2014, p.12 .

¹⁰² C.J.U.E., 4 octobre 2012 (*Salvodi v. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*), C-502/11, Cons.38.

¹⁰³ P.THIEL, *Op.cit.*, p.101.

En adoptant la nouvelle directive 2014/24, le législateur européen a expressément mis sur pied d'égalité les opérateurs économiques sans prendre en compte leur personnalité¹⁰⁴ et a précisé que les groupements d'opérateurs économiques y compris lorsqu'ils se sont constitués sous la forme d'une association temporaire peuvent participer aux procédures de passation de marchés sans devoir nécessairement adopter une forme juridique déterminée¹⁰⁵. La même approche est affirmée dans le paragraphe 2 de l'article 19 de la même directive.

Donc, lorsque le groupement sans personnalité juridique se présente comme un candidat ou soumissionnaire d'une offre, le pouvoir adjudicateur est tenu de garantir le traitement égal de tous les candidats ou soumissionnaires, notamment :

- avant l'introduction d'une demande de participation¹⁰⁶ ou d'un offre¹⁰⁷ le pouvoir adjudicateur est tenu de suivre les règles de publicité¹⁰⁸ afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres¹⁰⁹ – « *toutes les entreprises doivent pouvoir accéder librement à une commande publique. A toutes étapes de la procédure, elles doivent bénéficier des mêmes informations et des mêmes règles de compétition* »¹¹⁰.
- l'introduction des offres - un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. Pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.¹¹¹ Dans ce cas le législateur a suivi le principe d'égalité en interdisant aux membres des groupements d'abuser de leurs droits en introduisant plusieurs offres compétitives au sein de plusieurs groupements. Cette pratique est de nature à fausser le jeu

¹⁰⁴ voir le considérant n°14 de la Directive 2004/24.

¹⁰⁵ voir le considérant n°15, §1 de la Directive 2004/24.

¹⁰⁶ Art 2, 7° de la loi du 15 juillet 2006.

¹⁰⁷ Art 2, 11° de la loi du 15 juillet 2006.

¹⁰⁸ Art 29 et suiv. de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p.44862.

¹⁰⁹ C.J.U.E., 25 avril 1996 (*Commission c. Royaume de Belgique*), C-87/94, Cons. 54.

¹¹⁰ D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.65.

¹¹¹ Art 54, §2, al 1, de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p.44862 (modifié par AR du 7 février 2014, *M.B.*, 21 février 2014, p.13992.)

normal de la concurrence.¹¹² Le principe d'unicité de l'offre était inscrit dans la réglementation de longue date et a toujours été considéré comme une exigence qui tendait à lutter contre manipulations des uns et des autres tout en assurant le respect du principe d'égalité des soumissionnaires¹¹³. Cette exigence semble contraire au droit européen. Le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de justice, pourrait impliquer, qu'un soumissionnaire (ou son offre) ne puisse être écarté que pour autant qu'il soit établi dans les faits que la concurrence a été faussée d'une manière ou d'autre *in concreto*.¹¹⁴ Une telle solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire.¹¹⁵

- pendant l'ouverture des offres¹¹⁶ – l'ouverture d'une offre de marché public lors de la séance publique d'ouverture constitue une prescription essentielle qui est étroitement liée à l'égalité des soumissionnaires du marché, dès lors que cette formalité vise à donner aux soumissionnaires des informations sur leurs concurrents au marché¹¹⁷.

- la sélection des candidats et des soumissionnaires – les mêmes règles d'égalité continuent à s'appliquer pendant toute la procédure de passation du marché public. Cependant comme nous l'avons constaté auparavant, devant les candidats ou soumissionnaires dont statut et fondement juridique divergent, il faut d'abord constater les critères objectifs qui permettront au pouvoir adjudicateur d'établir que dans la situation factuelle les deux candidats ou soumissionnaires sont comparables et conséquemment traités également. Le législateur communautaire dans le considérant 15, §3 de la Directive 2014/24 a expressément prévu que « l'exécution d'un marché par des groupements d'opérateurs

¹¹² P.THIEL, *Op.cit.*, p.497.

¹¹³ A.L.DURVIAUX "La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux", Larcier, Bruxelles, 2013, p.17.

¹¹⁴ A.L.DURVIAUX, "La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux", *Op.cit.*, p.17.

¹¹⁵ C.J.U.E., 19 mai 2009 (*Assitur Srl contre Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07, Cons. 28.

¹¹⁶ art 92 et suiv. de l'AR du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p.44862.

¹¹⁷ C.E., n° 221.867 du 20 décembre 2012.

économiques peut nécessiter la fixation de conditions qui ne sont pas imposées aux participants individuels ». Le considérant continue disant que les conditions « *qui devraient être justifiées par des motifs objectifs et être proportionnés* », pourraient par exemple imposer des règles différentes de représentation ou permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer la manière dont les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir les conditions d'accès ou la sélection qualitative.

Pour conclure, on peut citer la Cour de Justice qui dans l'affaire C-331/04 du 25 novembre 2005 sur la question préjudicielle introduite par le *Consiglio di Stato* (Italie), a répété, que « *le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement correspond à l'essence même des directives dans le domaine des marchés publics et que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées* ».

b) Le principe de non discrimination

Le principe de non-discrimination qui se situe au sommet des valeurs affirmées par TFUE, interdit tout acte, comportement ou omission des pouvoirs publics qui défavoriseraient les travailleurs, les entrepreneurs ou les prestataires d'autres Etats membres par rapport aux ressortissants nationaux possédant la même qualification¹¹⁸. Dans la Constitution, c'est dans l'article 11 où ce principe trouve son siège. Dans son arrêt n°23/89 du 13 octobre 1989, la Cour d'arbitrage a reconnu que « *cette disposition revêt une portée générale et interdit toute discrimination quelle que soit son origine : la règle constitutionnelle de non-discrimination est applicable à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges* », et bien sûr par application de l'article 191 de la Constitution, elle est applicable à tous les étrangers qui se trouvent sur la territoire belge sauf les exceptions établies par la loi.

Le principe d'égalité de traitement, corollaire du principe de non-discrimination qui l'élargit et l'enrichit : alors que le principe de non-discrimination constitue une règle d'interdiction, c'est à dire une obligation de ne pas adopter des actes ou des comportements

¹¹⁸ D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.67.

discriminatoires, le principe d'égalité de traitement comporte l'obligation de suivre des comportements positifs, c'est à dire de mettre en oeuvre des mesures concrètes visant à atteindre l'objectif.¹¹⁹ « Une discrimination n'est arbitraire que dans la mesure où elle n'est pas susceptible de justification ». ¹²⁰

Le principe de non-discrimination tout comme le principe d'égalité peuvent « intervenir à différents niveaux »¹²¹. Dans le cadre du marché public, le principe de non-discrimination est souvent appliqué avec celui d'égalité et plus souvent par rapport à la discrimination des candidats ou soumissionnaires venant des autres Etats membres par rapport au protectionnisme des producteurs nationaux mais encore toute autre forme dissimulée de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutit en fait au même résultat¹²², par exemple, en introduisant dans la spécification technique des exigences caractéristiques des biens ou services d'origine particulière ou aussi en adoptant les critères du cahier spécial de charges en faveur d'un soumissionnaire ou candidat¹²³.

Tel est le cas où la Cour de Justice a prononcé le caractère discriminatoire du régime qui favorise les marchandises transformées dans une région déterminée d'un Etat membre et qui empêche les administrations et les organismes publics concernés de s'approvisionner pour une partie de leurs besoins auprès d'entreprises situées dans d'autres Etats membres (...) et qui ainsi fait obstacle au cours normal des échanges intracommunautaires .¹²⁴

La jurisprudence de Cour de Justice nous permet de constater que les mêmes interdictions s'appliquent vis à vis de la discrimination des groupements sans personnalité juridique. Or, l'absence de la personnalité juridique ou la forme juridique qui ne correspond pas à une catégorie spécifique de personnes morales ne peut former le critère de différenciation de traitement et le candidat ou soumissionnaires ne peut être écarté d'une

¹¹⁹ D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.67-68.

¹²⁰ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.49.

¹²¹ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 76.

¹²² A.L.DURVIAUX, "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.389.

¹²³ voir. C.E. n°220.315 du 12 juillet 2012.

¹²⁴ C.J.E.U., 20 mars 1990 (*Du Pont de Nemours Italiana SPA c. Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*), C-21/88, Cons. 11.

procédure du marché public s'il est habilité en vertu de la législation d'un État membre à fournir le service en question¹²⁵. De la même façon la Cour de Justice a admis, que peut prétendre à l'attribution de marchés publics de travaux non seulement une personne physique ou morale qui exécute elle-même ces travaux mais également une personne qui les fait exécuter par l'intermédiaire d'agences ou de succursales ou qui a recours à des techniciens ou organes techniques extérieurs ou encore un groupement d'entrepreneurs quelle que soit sa forme juridique¹²⁶.

Comme nous l'avons constaté préalablement, la discrimination des candidats ou soumissionnaires sur la base de leur forme juridique est interdite mais est-il possible objectivement de mettre les deux catégories de candidats ou soumissionnaires – sociétés dotées de la personnalité et groupements non personnalisés – sur un pied d'égalité et de les traiter sans discrimination? La différence de traitement implique-t-elle toujours l'effet négatif ou illégal? Nous verrons dans le chapitre III l'impact des critères de différenciation sur la procédure du marché public mais à l'égard du principe de non discrimination et d'égalité nous pouvons conclure ici qu'une « distinction » n'est pas la même chose qu'une « discrimination »¹²⁷. Pour qu'une distinction respecte le principe constitutionnel d'égalité :

- Il faut que le critère de différenciation utilisé soit objectif ;
- Il faut que la différence de traitement soit fondée sur une justification raisonnable au regard du but et des effets de la mesure critiquée, compte tenu de la nature des principes en cause ;
- Il faut enfin que le contenu du traitement différencié établi par la règle de droit soit en rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé.¹²⁸

¹²⁵ C.J.E.U., 18 décembre 2007 (*Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio*), C-357/06, Cons. 21.

¹²⁶ C.J.E.U., 14 avril 1994 (*Ballast Nedam Groep NV c. Belgische Staat*), C-389/92, Cons. 13.

¹²⁷ Y.LEJEUNE "Droit constitutionnel Belge. Fondements et institutions", Larcier, Bruxelles, 2010, p.129.

¹²⁸ Y.LEJEUNE, *Op.cit.*, p.129.

c) Le principe de proportionnalité

Dans le prolongement du principe de non discrimination et d'égalité, comme explicité antérieurement, le contrôle d'égalité et de la discrimination implique notamment l'examen du but des mesures en question et l'examen de la proportionnalité.

« Le principe de proportionnalité implique, dans la passation des marchés publics, que la mesure choisie soit à la fois nécessaire et appropriée au but recherché. Ainsi, précise la Commission européenne, lors de la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur veillera utilement à ne pas exiger des capacités techniques, économiques et financières disproportionnés par rapport à l'objet du marché »¹²⁹ et « lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante »¹³⁰.

« Une application cumulative des principes de proportionnalité, de bonne administration et d'égalité limite donc de manière sensible et relativement imprévisible le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur ».¹³¹

d) Le principe de transparence

« La transparence est la pierre angulaire d'un régime de passation des marchés publics stable et prévisible. Elle profite à tous les participants au processus de passation qu'il s'agisse du gouvernement en tant qu'acheteur ou en tant que régulateur, des soumissionnaires potentiels ou des investisseurs ».¹³²

¹²⁹ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.382.

¹³⁰ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.386.

¹³¹ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.386.

¹³² E.CLERC "La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics" dans "Les marchés publics à l'aube du XXI^e Siècle", Bruylant, Bruxelles, 2000, p.190.

L'obligation de transparence de la procédure est un principe général qui a été intégré dans le texte des directives. (...) La transparence est, en effet, généralement présentée comme un moyen d'assurer l'effet utile du principe d'égalité de traitement.¹³³ La Cour de Justice aussi indique, que le principe d'égalité de traitement¹³⁴ et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité¹³⁵ implique une obligation de transparence afin de permettre de vérifier son respect¹³⁶.

L'obligation de transparence incombe au pouvoir adjudicateur et consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.¹³⁷

Le principe de transparence se révèle dans la procédure du marché public par facettes diverses.

D'abord ce principe implique des obligations prévues dans l'article 19 de la loi du 15 juin 2006 disant que les marchés publics sont soumis à une publicité appropriée. Le Chapitre 3 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après Arrêté royal du 15 juillet 2011) fixe les modalités de la publication des marchés soumis :

- à la publicité européenne – un avis de pré-information, un avis de marché et un avis d'attribution de marché¹³⁸ est publié au *Journal officiel de l'Union européenne* et au

¹³³ A.L.DURVIAUX , Y.MARIQUE, A.VANDEBURIE “Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics”, *Op.cit.*, p.10.

¹³⁴ C.J.U.E., 18 octobre 2001, (*SIAC Construction Ltd contre County Council of the County of Mayo*), C-19/00, Cons. 41.

¹³⁵ C.J.U.E., 18 novembre 1999, (*Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab v Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*), C-275/98, Cons. 31.

¹³⁶ C.J.U.E., 7 décembre 2000, (*Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*), C-324/98, Cons. 60-61.

¹³⁷ C.J.U.E., 7 décembre 2000, (*Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*), C-324/98, Cons. 62.

¹³⁸ Art.35 de l'AR du 15 juillet 2011.

*Bulletin des Adjudications*¹³⁹, si le marché entre dans champs d'application de l'article 32 et 33 de l'Arrêté Royale du 15 juillet 2011;

- à la publicité belge - sont soumis les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens fixés à l'article 32¹⁴⁰, conformément aux modèles présentés dans les annexes de l'Arrêté Royale mentionné, soit par obligation, soit en raison d'un choix délibéré du pouvoir adjudicateur¹⁴¹.

Par ces publications le pouvoir adjudicateur ouvre le marché à la concurrence et annonce les règles de participation – par exemple, le type de procédure, son objet, les documents nécessaires, les critères de sélection qualitative, le délais d'introduction de l'offre, les critères de l'attribution du marché, etc. Cette publication sert principalement comme source d'information univoque relative au marché public en question mais garantit aussi la stabilité des règles du jeu et l'égalité vis à vis des candidats ou soumissionnaires.

La Cour de Justice considère qu'il découle (...) du principe d'égalité de traitement, de l'obligation de transparence ainsi que du principe de sécurité juridique que les conditions et les modalités d'un appel d'offres (...) soient formulées de manière claire, précise et univoque, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier¹⁴². Ceci signifie en particulier, selon le Conseil d'État¹⁴³, « *que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent doit être en mesure d'interpréter ces critères de la même manière, que le pouvoir adjudicateur doit interpréter les critères d'attribution tout au long de la procédure de la même manière et que les critères d'attribution doivent être appliqués d'une manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires lors de l'examen des offres* ». ¹⁴⁴

Ensuite, la transparence dans l'étape d'ouverture des offres est de mise. La stricte observation des formalités prescrites¹⁴⁵ par l'article 3, 5° et 6°, l'article 92 à 94 de l'AR du 15

¹³⁹ Art.29 de l'AR du 15 juillet 2011.

¹⁴⁰ Art 39 de l'AR du 15 juillet 2011.

¹⁴¹ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 463.

¹⁴² C.J.U.E., 16 février 2012 (*Marcello Costa et Ugo Cifone*), C-72/10 et n° C-77/10, Cons. 92.

¹⁴³ C.E., n° 196.608 du 1 octobre 2009.

¹⁴⁴ A.L.DURVIAUX, Y.MARIQUE, A.VANDEBURIE "Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics", *Anthemis, Op.cit.*, p.46-47.

¹⁴⁵ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 512.

juillet 2011 assure l'égalité entre des soumissionnaires ou les candidats. Le but de ces dispositions est de garantir le dépôt des offres avant l'ouverture et que les offres ne puissent être modifiées après ce moment¹⁴⁶ et d'éviter toute manipulation des offres et toute contestation au sujet du déroulement de la séance¹⁴⁷.

Enfin, 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 services¹⁴⁸ (ci-après La loi du 17 juin 2013) prévoit des règles qui renforcent la transparence dans la procédure en mettant en place l'obligation de motivation et de communication des décisions mentionnées dans l'article 4 de la loi. Cette information permet aux candidats¹⁴⁹ ou soumissionnaires non sélectionnés ou dont l'offre a été jugée irrégulière ou dont l'offre n'a pas été retenue, de connaître les motifs et d'apprécier son intérêt de se diriger vers l'instance de recours en demandant l'annulation¹⁵⁰, la suspension¹⁵¹ des décisions de l'autorité adjudicatrice, la déclaration d'absence d'effets¹⁵² ou des dommages et intérêts¹⁵³.

Or, nous avons vu que le principe de transparence sert comme outil pour veiller au respect du principe d'égalité et de non-discrimination mais aussi des autres principes généraux du droit administratif tel que les principes de légalité, de proportionnalité, l'impartialité et de bonne administration¹⁵⁴. « *Une application cumulative de ces principes limite donc de manière sensible et relativement imprévisible le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur* »¹⁵⁵.

¹⁴⁶ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M. VASTMANS, *Op.cit.*, p. 512.

¹⁴⁷ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 513.

¹⁴⁸ 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, *M.B.*, 21 juin 2013, p.39949.

¹⁴⁹ Art.7 de la loi du 17 juin 2013.

¹⁵⁰ Art.14 de la loi du 17 juin 2013.

¹⁵¹ Art.15 de la loi du 17 juin 2013.

¹⁵² Art.17 de la loi du 17 juin 2013.

¹⁵³ Art.16 de la loi du 17 juin 2013.

¹⁵⁴ P.LEWALLE, L.DONNAY « Contentieux administratif » 3^e édition, Larcier, Bruxelles, 2008, p.992 à 1002.

¹⁵⁵ A.L.DURVIAUX, Y.MARIQUE, A.VANDEBURIE "Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence dans l'attribution des marchés et contrats publics", *Op.cit.*, p.16.

Quand bien même, le principe de transparence n'offre pas directement aux groupements une protection particulière dans la procédure du marché public, l'application du principe et son lien direct aux autres principes joue un rôle essentiel dans le bon déroulement de l'attribution du marché et donc dans la protection des intérêts des tous les candidats ou soumissionnaires.

e) Le principe de concurrence

Les principes examinés préalablement dans leur substance se superposent avec le principe de concurrence. Cette obligation de passer tout marché en respectant certaines règles de concurrence se fonde sur le respect de ces principes¹⁵⁶. Par contre pour expliquer le but de « la concurrence », il faut ajouter quelques aspects de cette notion.

La notion relative à « la concurrence » telle que reflétée dans la définition suivante supporte l'idée des intérêts opposés : c'est « *l'obligation à laquelle est soumise toute personne soumise au champ d'application de la loi, de consulter des entrepreneurs, des fournisseurs ou des prestataires de services désireux de lui offrir leurs biens et services contre rémunération. Elle vise à donner la garantie aux pouvoirs publics de contracter dans les conditions les plus favorables.* »¹⁵⁷ La mise en concurrence des opérateurs économiques étant reconnue au-delà d'un concept strict de marché public, la définition précise de l'expression « marché public » reste néanmoins essentielle puisqu'elle permet de définir des modalités de mise en concurrence adaptées aux différentes situations visées.¹⁵⁸ La doctrine juridique contemporaine constate dans la « commande publique » que la concurrence est à la fois une technique et une finalité et souligne que celle-ci est un des piliers de nos sociétés libérales et marchandes.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p.74.

¹⁵⁷ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p.74.

¹⁵⁸ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.216.

¹⁵⁹ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.217.

La Cour de Justice dans son arrêt du 23 décembre 2009¹⁶⁰ a aussi souligné que l'un des objectifs des règles communautaires en matière de marchés publics est l'ouverture à la concurrence la plus large possible¹⁶¹ et qu'il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible de soumissionnaires à un appel d'offres¹⁶² pour l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée. De même, comme l'a rappelé la Cour de justice à plusieurs reprises, les directives européennes ont pour objectif de développer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics afin d'exclure à la fois le risque qu'une préférence ne soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques.¹⁶³ En parlant du protectionnisme national, c.à.d., « *le recours aux commandes publiques en vue de favoriser un développement économique local ou régional, de soutenir certains secteurs économiques menacés, ou plus simplement de « sponsoriser » des entreprises nationales* »¹⁶⁴, il faut tenir compte du fait que le protectionnisme peut être dirigé vers les entreprises nationales mais aussi vers l'objet du marché public en introduisant des caractéristiques de produit dans la spécification technique qui limitent l'offre du marché et ne sont pas nécessaires et proportionnelles pour atteindre le but du marché public.

Si nous transmettons le principe de libre concurrence dans l'analyse de groupements sans personnalité juridique dans le cadre du marché public, nous constatons que ce principe fait appel au recoupement des notions relatives à « l'opérateur économique »¹⁶⁵, à

¹⁶⁰ C.J.U.E., 23 décembre 2009 (*Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare v. Regione Marche*), C-305/08.

¹⁶¹ C.J.U.E., 13 décembre 2007, (*Bayerischer Rundfunk e.a. contre. GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH.*), C-337/06, Cons. 39.

¹⁶² C.J.U.E., 19 mai 2009, (*Assitur Srl contre Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07, Cons. 26.

¹⁶³ S.BEN MESSAOUD, F.VISEUR « Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1er juillet 2013 », Larcier, Bruxelles, 2014, p. 50.

¹⁶⁴ P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.220.

¹⁶⁵ Art. 2, al. 1, 10° de la Directive 2014/24.

«l'entrepreneur », au « fournisseur » et au « prestataire de services »¹⁶⁶ pour la raison simple que la discrimination et les restrictions à l'accès au marché public proviennent notamment de l'application et de l'interprétation de ces notions, ainsi nous verrons ultérieurement, que l'origine, la forme sociale ou contractuelle ou même l'objet social ne peuvent servir comme un obstacle à libre concurrence dans le marché.

2§ Entrepreneur, fournisseur, prestataire de services et la notion d'opérateur économique

La définition de « l'entrepreneur », « le fournisseur » et « le prestataire de services » telle qu'elle est proposée dans l'article 1, 8°, alinéa 1 de la Directive 2004/18 a été transposée dans l'article 2, 5° de la loi du 15 juin 2006 et annonce ce qu'on entend par l'entrepreneur, le fournisseur et le prestataire de services toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des fournitures ou des services sur le marché.

Les notions « l'entreprise » et l'« entrepreneur » sont des notions « à contours variables » dont le contenu paraît dépendre sensiblement des objectifs poursuivis par les branches du droit concernée.¹⁶⁷ MM. Van Ryn et Heenen à la suite de la Cour des Justice caractérisent l'entreprise comme étant « *l'organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* ».¹⁶⁸

« On pourrait imaginer en premier lieu que l'entreprise, telle que définie suivant les enseignements de l'analyse économique, devienne un sujet de droit – ce qui impliquerait que la personnalité morale lui soit conférée. En ce cas, elle disposerait d'un patrimoine, pourrait

¹⁶⁶ Art. 2, 5° de la loi du 15 juin 2006.

¹⁶⁷ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.38.

¹⁶⁸ P.VAN OMMESLAGHE "En guise d'introduction: entreprise, entreprise en difficulté, concepts juridiques" dans *Revue de droit de l'ULB*, 1991, n°3, Bruylant, Bruxelles, 1991, p.3.

être appréhendée et organisée comme telle par le droit, serait titulaire de droits et d'obligations et disposerait des autres attributs de la personnalité morale »¹⁶⁹. Cependant, « le droit positif, n'a jamais accepté de reconnaître la personnalité morale à l'entreprise comme telle. (...) Entreprise comme telle ne dispose ni de la personnalité morale complète ni même d'une personnalité morale incomplète. En réalité, elle n'a aucun des attributs de la personnalité morale ».¹⁷⁰

La Directive 2004/18 dans le même article 1, 8°, alinéa 2, précise que le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services et que cette notion est utilisée uniquement dans un souci de simplification du texte, sans donner une définition précise de celle-ci¹⁷¹. Aux termes du paragraphe 1, alinéa 1 de l'article 4 de la même directive, les candidats ou soumissionnaires qui, en vertu de la législation de l'État membre où ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation en question ne peuvent être rejetés seulement du fait qu'ils auraient été tenus, en vertu de la législation de l'État membre où le marché est attribué, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Or, la Directive telle qu'était transposée par la Loi du 15 juillet 2006 qui est en vigueur, interdit la discrimination des opérateurs économiques sur la base de leur statut juridique.

Ces notions ont fait naître une jurisprudence remarquable de la Cour de Justice, dont l'importance doit être analysée dans le contexte des principes de libre concurrence attendu que l'application *ratione personae* de la législation sur les marchés publics soit ouvre, soit restreint l'accès des acteurs du marché économique aux marchés publics.

Principalement, la Cour de Justice dans son arrêt n° 305/08 du 23 décembre 2009 a affirmé¹⁷² que la directive n'exige pas une forme juridique particulière et qu'elle ne contient aucune condition quant à la qualité d'entreprise de l'opérateur économique, ni quant à un quelconque but lucratif ou à une présence stable et régulière sur le marché. La directive établit

¹⁶⁹ P.VAN OMMESLAGHE *Op.cit.*, p.6.

¹⁷⁰ P.VAN OMMESLAGHE, *Op.cit.*, p.7.

¹⁷¹ C.J.U.E., 23 décembre 2009, (*Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) contre Regione Marche.*) C-305/08, Cons. 20.

¹⁷² voir aussi C.J.U.E., 18 décembre 2007, (*Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio.*) C-357/06.

seulement que la notion d'«opérateur économique» signifie, notamment, toute entité publique qui offre la réalisation de travaux, de produits ou de services sur le marché. Elle ne dit rien de plus. À cet égard, en ne fournissant aucune indication quant aux caractéristiques et/ou à la forme juridique des opérateurs économiques qui peuvent participer à un appel d'offres, le législateur communautaire n'a pas voulu donner une définition de cette notion qui introduise des conditions particulières, susceptibles de limiter en amont l'accès aux appels d'offres selon ces critères¹⁷³. De la même manière la Cour de Justice a affirmé son raisonnement dans la décision du 4 octobre 2012 disant qu'un État membre est en droit de prévoir des causes d'exclusion fondées sur des considérations objectives de qualité professionnelle, des mesures d'exclusion destinées à assurer le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires ainsi que de transparence dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et les États membres ont une certaine marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres. La Cour admet aussi que les États membres peuvent réglementer les activités des entités, telles que les universités et les instituts de recherche qui ne poursuivent pas un but lucratif et dont l'objet est orienté principalement vers l'enseignement et la recherche. Et pour répondre à la question si une dérogation au principe selon lequel aucune forme juridique déterminée ne saurait être imposée est admissible vis à vis d'une société simple, la Cour précise que les restrictions vis à vis des sociétés qui ont la qualité d'«entrepreneur» de participer aux procédures d'appel d'offres du seul fait de leur forme juridique sont inadmissibles¹⁷⁴.

Suivant l'argumentation de la jurisprudence citée, l'article 2, paragraphe 1, 10° de la nouvelle Directive 2014/24, qui va abroger la Directive 2004/18, consacre la nouvelle définition de «**l'opérateur économique**» en précisant que *“l'opérateur économique est toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le*

¹⁷³ C.J.U.E., 23 décembre 2009 (*Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare v. Regione Marche*), C-305/08, Cons. 22-24.

¹⁷⁴ C.J.U.E. 4 octobre 2012 (*Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi c. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*), C-502/11, Cons. 40-51.

marché”. Cette définition élargit explicitement le champ d’application de la notion et, à la lumière de la jurisprudence invoquée, efface les doutes relatifs aux participants au marché public.

Le considérant 14 de la Directive 2014/24 par la suite explique que la notion d’«opérateur économique» devrait s’interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d’opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu’elles soient publiques ou privées, ainsi que d’autres formes d’entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d’opérateur économique, qu’il s’agisse ou non de «personnes morales» et ce en toutes circonstances.

En ce qui concerne les groupements des opérateurs économiques, le considérant 15 de la Directive 2014/24 dit qu’il convient de préciser que les groupements d’opérateurs économiques y compris lorsqu’ils se sont constitués sous la forme d’une association temporaire, peuvent participer aux procédures de passation de marchés sans devoir nécessairement adopter une forme juridique déterminée. Dans la mesure où cela s’avère nécessaire, par exemple lorsqu’une responsabilité solidaire est requise, les groupements d’opérateurs économiques peuvent être tenus d’adopter une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir indiquer expressément la manière dont les groupements d’opérateurs économiques doivent remplir les conditions relatives à la capacité économique et financière énoncées dans la présente directive, ou les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles qui sont imposées aux opérateurs économiques participant à titre individuel¹⁷⁵.

Dans ce chapitre nous avons examiné l’apparition des groupements sans personnalité juridique sur la scène du marché public – par la liberté de commerce, par les libertés fondamentales de l’Union Européenne, par les principes primordiaux de la législation sur les

¹⁷⁵ §§1,2 du considérant 15 de la Directive 2014/24.

marchés publics et finalement par l'évolution de l'application et de l'interprétation des notions de « l'entreprise et l'entrepreneur » et de « l'opérateur économique ».

Dans le chapitre suivant, nous allons analyser plus précisément les règles de participation des groupements sans personnalité juridique dans la procédure du marché public notamment le droit d'accès aux marchés publics ainsi que les règles de la sélection qualitative et les règles concernant les recours.

Chapitre III La participation des groupements sans personnalité juridique aux marchés publics et l'action justice

Section 1 Introduction

Le chapitre III poursuit l'analyse de la participation des groupements sans personnalité juridique aux marchés publics en ralliant la théorie des groupements sans personnalité juridique exposée dans le chapitre I conformément aux règles de la législation du marché public.

Comme il en ressort du chapitre I, il existe une pluralité des groupements non personnifiés qui participent à la vie économique. Tout d'abord, ce sont des groupements auxquels le législateur a accordé le statut de société au sens de l'article 1 du Code des sociétés. Ces sont les sociétés – de droit commun, la société momentanée et la société interne¹⁷⁶. Ensuite, il suit les groupes de sociétés et autres associations de sociétés sans personnalité juridique dont l'existence relève soit des règles de contrôle¹⁷⁷ soit d'une présomption de la direction unique¹⁷⁸.

En rappelant ce qui était annoncé dans les chapitre I et chapitre II, cette pluralité s'explique par le phénomène de suppression des cadres légaux obligatoires dans la constitution des sociétés et est soutenue par la liberté contractuelle, la liberté de commerce et les libertés établies dans le TFUE.

Aussi, pour la législation sur les marchés publics cette pluralité n'est pas étrange. Comme nous l'avons déjà constaté, l'article 2, 5° de la loi du 15 juin 2006 explicite ce que nous entendons par entrepreneur, fournisseur et prestataire de services - il s'agit de « *toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de personnes ou organismes*

¹⁷⁶ Art. 2, §1, du Code des sociétés.

¹⁷⁷ Art. 5 du Codes des sociétés.

¹⁷⁸ Art. 10 du Code des sociétés.

qui offrent, respectivement, la réalisation de travaux ou d'ouvrages, des fournitures ou des services sur le marché » et de la directive du 24 février 2014 invoquant la notion de groupement d'opérateurs économiques. Cette notion floue « le groupement » permet aux opérateurs économiques sans obligation d'obtenir une forme sociétale particulière, de créer des liens de collaboration en toute liberté et de se présenter en libre concurrence comme candidat ou soumissionnaire dans la procédure d'attribution du marché public.

La jurisprudence de la Cour de Justice et du Conseil d'Etat nous montre que les formes de groupements plus courantes choisies pour la participation aux marchés publics sont la société momentanée au sens de l'article 47 du Code des Sociétés et le consortium au sens de l'article 10 du Code des Sociétés. Nonobstant la nature un peu différente des deux groupements telle qu'elle était invoquée dans le chapitre I, la jurisprudence applique les mêmes règles concernant leur participation aux marchés publics. L'examen des groupements dans le cadre du marché public suivra en tenant compte premièrement, du fait que nous n'allons faire une analyse des traits des groupements qu'au niveau touchant à leur participation dans la procédure du marché public et, deuxièmement, du fait que les règles applicables aux groupements sont souvent identiques, nous ne ferons dès lors pas la distinction entre les groupements hormis dans les situations où cela se justifie par la nature même et propre à ces groupements.

Section 2 Intervention d'un groupement sans personnalité juridique dans le marché public

§ 1. Introduction d'une demande de participation ou d'une offre et la preuve de l'engagement

Dans l'étape de l'introduction de l'offre, la nature des relations entre les associés du groupement joue un rôle majeur étant donné que la stabilité, la durée et l'engagement des associés sont évalués par le pouvoir adjudicateur au regard de l'objet du marché public.

Le marché public, comme l'indique l'article 3, 1° de la Loi du 15 juin 2006, est un contrat dont caractère temporairement limité est établi par le paragraphe 1 de l'article 37 de la même loi. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. L'établissement d'un groupement dans l'intention de participation au marché public correspond au caractère momentané aussi bien entre les associés qu'entre le groupement et le cocontractant – le pouvoir adjudicateur. Tel est le cas, par exemple, d'une société momentanée dont le montage juridique permet de lier plusieurs sociétés dans le but d'exercer une ou plusieurs opérations de commerce déterminées – déterminées au sens de l'objet, mais aussi de la durée. Comme cette société est une société de personnes dominée par l'*intuitu personae*¹⁷⁹ et que la souplesse de la société permet des degrés divers de collaboration¹⁸⁰, cela permet de choisir « sur mesure » les associés et d'adapter les capacités financières, économiques et techniques du groupement par rapport à la nécessité de l'exécution d'un contrat.

En ce qui concerne un autre type de groupement - le consortium, nous voyons que même si les conventions de consortium sont surtout d'usage dans les contrats d'entreprise de longue durée¹⁸¹, explicable par la nature de la gestion et la direction vers les objectifs plus permanents, aussi cette forme de groupement prend sa place sur la scène des marchés publics. Comme explication, nous trouvons précisément le fait que les sociétés liées mises sous la direction unique permettent de réunir des capacités individuelles et par la gestion coordonnée, de synchroniser les activités vers un but commun.

Les questions se posant ici sont les suivantes : « est-ce que ces constructions contractuelles et factuelles sont opposables au pouvoir adjudicateur » et « quels sont les moyens de prouver l'existence d'un groupement » ?

¹⁷⁹ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.54.

¹⁸⁰ T.TILQUIN et V.SIMONART «Traité des sociétés» Tome 2, *Op.cit.*, p.34.

¹⁸¹ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

« *L'adoption obligatoire d'une forme de société sert de plus en plus fréquemment dans une perspective de protection des intérêts tiers* »¹⁸². Or, la protection des intérêts des tiers est inévitablement liée à l'opposabilité d'une société et sa personnalité juridique. Par contre, « *dépourvue de la personnalité juridique, la constitution d'une société momentanée n'affecte en rien les droits des tiers* ».¹⁸³

Contrat portant sur la constitution d'une société momentanée ou d'un autre groupement non personnalisé constitue un contrat consensuel qui naît par simple accord entre les fondateurs. Il n'est dès lors soumis à aucune condition de forme,¹⁸⁴ et, selon son objet, il peut être prouvé selon les règles de preuve du droit civil ou du droit commercial¹⁸⁵. En principe, son existence peut être prouvée aussi par correspondance, témoignage, remise de comptes, etc.¹⁸⁶ De plus, l'existence d'un consortium peut être prouvée par les présomptions visées dans l'article 10 du Code des Sociétés.

Mais il faut prendre en considération, « *qu'en droit commun, les conventions sont opposables de plein droit aux tiers mais elles n'ont qu'un effet relatif à leur égard ce qui signifie qu'elles ne peuvent créer ni droits ni obligations dans leur chef. Ce principe est atténué par la théorie de la tierce complicité qui est définie comme la connaissance du fait que le tiers avait ou devait avoir du contrat et la participation qu'il a néanmoins apporté à sa violation. Conformément à ces principes, l'existence du contrat de la société non dotée de la personnalité est opposable de plein droit aux tiers. Ainsi, les tiers doivent dans leurs relations avec les associés respecter l'existence du contrat de société qu'ils ont conclu. Donc, le contrat de société ne peut créer aucune obligation dans le chef des tiers. Mais dans certains cas, les associés peuvent engager la responsabilité des tiers cocontractants sur la base de la théorie de la tierce complicité* »¹⁸⁷.

¹⁸² T.TILQUIN et V.SIMONART "Traité des sociétés." Tome 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, Diegem, 1996, p.127-128.

¹⁸³ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.82.

¹⁸⁴ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, PH.LAMBRECHT, PH.MALHERBE, *Op.cit.*, p.373.

¹⁸⁵ Art.49 du Code des sociétés.

¹⁸⁶ M. van der Linden "Associations commerciales momentanées et associations commerciales en participation", *C&FP*, 1997, liv.10, 5-10.

¹⁸⁷ T.TILQUIN et V.SIMONART, "Traité des sociétés", Tome 1, *Op.cit.*, p.615-617.

Les règles du marché public qui permettent la participation des groupements sans personnalité juridique dans les procédures d'attribution tiennent compte des caractéristiques mentionnées en prévoyant les exigences permettant d'identifier la nature du groupement et l'existence de l'engagement entre les associés.

Ainsi, au stade de l'introduction des demandes de participation et des offres, le paragraphe 2 de l'article 51 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 dit que toute offre est déposée par écrit et est signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitées à engager le soumissionnaire. Cette règle s'applique à tous les participants lorsque l'offre est déposée par un groupement sans personnalité juridique. « *Le marché ne peut être attribué à une association momentanée lorsque chaque soumissionnaire de la prétendue association momentanée a, en réalité, présenté une offre séparée* »¹⁸⁸.

Comme se prononce le Conseil d'Etat dans son arrêt du 2 août 2013, la signature valide de l'offre est une condition essentielle de régularité de la soumission.¹⁸⁹

La règle annoncée dans le paragraphe 2, de l'article 51 est adaptée au manque de personnalité du groupement ainsi qu'à la qualité du sujet de droit et à l'absence de signature sociale¹⁹⁰. La demande de participation ou l'offre qui n'est pas signée par tous les associés ayant une personnalité juridique par conséquent ne peut valablement engager le groupement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et comme l'indique P.Thiel, « *l'objectif de ces dispositions est qu'il n'y ait aucun doute quant à l'engagement de chacun des membres de l'association. L'omission d'une ou plusieurs signatures est une irrégularité qui ne peut être couverte ou régularisée par la suite* ». ¹⁹¹ Donc la nature de l'engagement des associés d'un groupement est exprimée vis-à-vis du pouvoir adjudicateur par la signature de l'offre qui dorénavant engage chaque associé du groupement vis-vis du pouvoir adjudicateur et comme nous le verrons ultérieurement, la responsabilité solidaire va servir en tant que sécurisation de l'engagement collectif du groupement.

¹⁸⁸ P.THIEL, *Op.cit.*, p.496.

¹⁸⁹ C.E., n°224.458 du 2 août 2013.

¹⁹⁰ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.59.

¹⁹¹ P.THIEL, *Op.cit.*, p.483.

L'existence et la preuve d'établissement d'un groupement s'apprécient ainsi *in concreto*. Or, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 26 février 2007¹⁹² a été confronté à une « équipe pluridisciplinaire » composée de sept partenaires, dont un mandataire qui avait pour mission de représenter l'équipe d'auteurs de projet auprès du Maître de l'ouvrage et d'assurer la coordination de l'équipe qui prendra la forme d'une association momentanée. Le mandataire qui avait introduit le recours en son nom individuel soutenait, qu'au stade de l'introduction de l'offre et de recours, aucun contrat ne lie les membres de l'équipe, par contre le Conseil d'Etat a considéré, qu'en se groupant en vue de présenter une candidature pluridisciplinaire, les membres de l'équipe ont décidé de s'associer à cet effet et que le mandat, qui est un contrat, sert comme preuve de la constitution d'une association de fait.

Cette démarche logique prouve le caractère prépondérant du consensualisme dans la formation d'un groupement et le fait qu'un mandat qui par soi n'est pas un contrat de constitution d'une société momentanée peut révéler l'intention des associés et dès lors créer les conséquences juridiques imputables aux groupements sans personnalité juridique.

Le paragraphe 2 de l'article 51 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit entre autre que les participants d'un groupement sont tenus de désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur. Cette notion de représentant du groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur ne peut être confondue avec le mandat d'introduire l'offre et d'engager les associés vis-à-vis le pouvoir adjudicateur.

Dans la théorie générale des sociétés sans personnalité juridique, Tilquin et Simonart constatent que « *la prudence recommande donc aux tiers qui traitent avec le gérant d'une société sans personnalité ou un de ses associés, relativement à un bien social, d'exiger la production préalable d'une procuration émanant des autres associés* ». ¹⁹³

Le Conseil d'Etat admet également cette importance de la formalité de mandat, en rappelant dans son arrêt du 2 août 2013¹⁹⁴ l'obligation d'indiquer clairement l'identité du mandant au nom de qui le mandataire agit et d'apposer obligatoirement une signature individualisée pour chacun des soumissionnaires sur une offre déposée en société

¹⁹² C.E., n°168.281 du 26 février 2007.

¹⁹³ T.TILQUIN et V.SIMONART "Traité des sociétés." Tome 1, *Op.cit.*, p.617.

¹⁹⁴ C.E., n°224.458 du 2 août 2013.

momentanée. Dans les faits, l'administrateur délégué de l'associé A a signé une offre en sa qualité d'administrateur délégué agissant à la fois en cette qualité et comme mandataire de l'association momentanée. La seule procuration figurant au dossier a mandaté cet administrateur délégué pour agir, signer et négocier au nom de l'associé A. En revanche, le signataire de l'offre n'a pas indiqué agir en sa qualité de mandataire de l'associé B. L'offre elle-même n'a contenu aucun renvoi à cette procuration. Confronté à ces pièces, face à l'absence de signature de l'offre par un représentant de B, et à l'absence d'indication de la qualité de mandataire de B du signataire unique, le pouvoir a pu considérer que l'offre n'était pas signée par chaque associé.

§2 Introduction des offres concurrentes

Le paragraphe 2 de l'article 54 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 tel que modifié par l'Arrêté royal du 7 février 2014¹⁹⁵ dit qu'un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes et de dialogue compétitif. Pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.

Cette disposition cependant demande une précision. L'objectif est d'éviter à l'acheteur public de se trouver face à des multiples candidatures de la même entreprise sous plusieurs formes, aboutissant en fait à restreindre ou à fausser la concurrence.¹⁹⁶

Néanmoins, la Cour de Justice dans son arrêt du 19 mai 2009 rappelle que dans le contexte d'un marché intérieur unique et de concurrence effective, il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible des soumissionnaires.

¹⁹⁵ AR du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 3 mars 2014, p.13992

¹⁹⁶ P. THIEL, *Op.cit.*, p.463.

Donc, la cour constate « *qu'il serait contraire à une application efficace du droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles du droit de participer à une même procédure de passation de marché public. Cette solution réduirait en effet considérablement la concurrence au niveau communautaire. Une telle réglementation, qui est fondée sur une présomption irréfragable selon laquelle les offres respectent le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne laisse pas à ces entreprises la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence* »¹⁹⁷. Cet arrêt accentue la pluralité des formes et des objectifs des groupements d'entreprises dont le contrôle n'exclut pas forcément une certaine autonomie dans la conduite de leur politique commerciale et de leurs activités économiques. « *La question de savoir si le rapport de contrôle a exercé une influence sur le contenu des offres exige un examen et une appréciation des faits qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'effectuer* »¹⁹⁸. Qui parle de « rapport de contrôle » parle de « groupe de sociétés ». Par contre, dans son arrêt du 23 décembre du 2009 la Cour de Justice a adapté une approche similaire par rapport aux « groupements stables » – les consortiums (*it. Consorzio stabile edili Scrl*) en interdisant l'exclusion automatique de la participation et l'infliction des sanctions pénales à l'encontre tant d'un groupement stable que des entreprises qui sont membres de celui-ci, lorsque ces dernières ont présenté des offres concurrentes de celle de ce groupement dans le cadre de la procédure en question, quand bien même l'offre dudit groupement n'aurait pas été déposée pour le compte et dans l'intérêt de ces entreprises.¹⁹⁹

La situation des sociétés momentanées a été analysée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 31 janvier 2013. Le Conseil d'Etat a décidé que « *lorsqu'une société momentanée dépose une offre, elle le fait en cette qualité et non comme mandataire des entreprises qui la constituent. Les intérêts de la société momentanée sont d'ailleurs distincts de ceux de ses membres. Ainsi, lorsqu'une société momentanée dépose une offre, c'est elle, et non chacun de ses membres, qui est le cocontractant de l'autorité adjudicatrice. L'offre ainsi déposée*

¹⁹⁷ C.J.U.E., 19 mai 2009 (*Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07, Cons. 28.

¹⁹⁸ C.J.U.E., 19 mai 2009 (*Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07, Cons. 32.

¹⁹⁹ C.J.U.E., 23 décembre 2009 (*Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*), C-376/08, Cons. 47.

*constitue un tout et non la somme des offres des membres de ladite société. (...) L'autorité adjudicatrice ne pouvait, sans violer les principes d'égalité et de transparence, écarter la soumission de la partie requérante, présentée en son nom propre, sans lui permettre d'établir que le dépôt d'une offre par la société momentanée dont elle faisait partie ne portait pas atteinte au principe de la concurrence ».*²⁰⁰

Dans ces conditions, il y a donc lieu de conclure que le paragraphe 2 de l'article 54 de l'Ardu 15 juillet 2011 n'est pas applicable vis-à-vis des groupements sans personnalité juridique de manière catégorique sans appréciation réelle des faits et risques de fausser la concurrence et sans application du principe de proportionnalité.

§ 3 L'accès aux marchés et la sélection qualitative

L'article 2, 8° de la loi du 15 juin 2006 offre la définition de la notion « la sélection » - c.à.d., « *la décision d'un pouvoir adjudicateur portant sur le choix des candidats ou soumissionnaires sur la base du droit d'accès et de la sélection qualitative. La sélection comprend d'une part, l'examen des causes d'exclusion (droit d'accès) et d'autre part le contrôle de la capacité du candidat à exécuter le marché (sélection qualitative)* »²⁰¹. « *Les clauses d'exclusion sont fondées sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à l'opérateur économique concerné, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les travaux, fournitures ou services couverts par le marché public auquel il soumissionne* »²⁰².

Les articles 20 à 22 de la même loi du 2006 envisagent les règles générales du droit d'accès et de la sélection qualitative. Tenant compte de l'habilitation prévue dans la loi, le Roi a adopté l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 dont le chapitre 5 encadre les règles mentionnées.

²⁰⁰ C.E., n° 222.340 du 31 janvier 2013.

²⁰¹ K.WAUTERS, TH.CAMBIER "Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative", *CDPK*, 2012, p.391.

²⁰² P.THIEL, *Op.cit.*, p.271.

Concernant le droit d'accès, le paragraphe 1 de l'article 61 contient les causes d'exclusion obligatoires auxquelles le pouvoir adjudicateur peut déroger pour des exigences impératives d'intérêt général ; le paragraphe 2 du même article prévoit les causes d'exclusion facultatives laissant au pouvoir adjudicateur la place d'appréciation et le paragraphe 3 prévoit les moyens de preuves qui peuvent justifier que le candidat ou le soumissionnaire ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion.

« Les clauses d'exclusion, qui s'inscrivent dans le droit d'accès, concernent essentiellement la fiabilité générale du candidat ou soumissionnaire. Ces causes d'exclusion sont indépendantes du marché lui-même. Il s'agit généralement d'éléments qui permettent de vérifier que le candidat ou soumissionnaire est irréprochable à certains égards (malversation financières, sociales, moralité, ...) Par contre, la sélection qualitative porte sur la capacité du candidat à exécuter le marché et est dépendante de l'objet du marché. Il s'agit de vérifier la capacité technique, financière et économique d'un candidat ou soumissionnaire, soit son aptitude à exécuter le marché »²⁰³.

Les critères de la sélection qualitative sont prévus dans les articles 67 et suivants de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011.

Ci-après, nous allons analyser certaines situations particulières qui concernent la spécificité des groupements sans personnalité juridique.

a) L'application des principes généraux de marché public au stade de l'exclusion des candidats ou soumissionnaires

En revenant au thème examiné dans le chapitre II à l'égard de l'importance des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité dans l'attribution du marché public, nous allons accentuer le lien direct entre ces principes et la participation des groupements non personnifiés.

²⁰³ K. WAUTERS, TH. CAMBIER, *Op.cit.*, p.393.

Or, les sociétés auxquelles le législateur a octroyé la personnalité morale ainsi que la personnalité juridique par sa nature ne se trouvent pas sur pied d'égalité avec les groupements sans personnalité. Donc, les conditions d'accès au marché et les critères de la sélection qualitative consécutifs doivent être appliqués aux groupements sans personnalité juridique tenant compte des différences attribuables par sa nature juridique. *« C'est important dans la perspective des principes d'égalité et de non-discrimination, car, pour rappel, le principe d'égalité de traitement suppose la détermination de situations comparables ou lorsque les situations ne sont pas comparables, des éléments permettant de justifier, de manière objective, la différence de traitement »*²⁰⁴. *« Le principe d'égalité ne peut s'appliquer qu'à des soumissionnaires se trouvant dans la même situation »*²⁰⁵.

Pour cette raison, le paragraphe 3 du considérant 15 de la directive 2014/24 dit que l'exécution d'un marché par des groupements d'opérateurs économiques peut nécessiter la fixation de conditions qui ne sont pas imposées aux participants individuels et ces conditions devraient être justifiées par des motifs objectifs et être proportionnées. Par la différenciation des critères de la sélection, le pouvoir adjudicateur doit arriver au résultat qui remet sur pied d'égalité les candidats ou soumissionnaires et efface fictivement les différences objectives entre eux.

*« Le respect du principe de non-discrimination fondée par l'article 12 du Traité instituant l'union européenne engendre pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation d'accepter des preuves équivalentes des candidats ou des soumissionnaires qui ne peuvent produire certains certificats ou autres agréments exigés. A l'avis de marché et au cahier spécial des charges de préciser les preuves alternatives admissibles »*²⁰⁶.

« Le principe de transparence impose notamment à l'autorité adjudicatrice d'informer complètement les candidats ou les soumissionnaires des éléments qu'elle

²⁰⁴ A.L.DURVIAUX "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.384.

²⁰⁵ P.THIEL, *Op.cit.*, p.100.

²⁰⁶ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 162.

examinera »²⁰⁷. De ce fait le pouvoir adjudicateur publie aussi les critères tels qu'il les invoque aux groupements par le biais d'un avis du marché.

²⁰⁷ P.THIEL, *Op.cit.*, p.101.

b) L'aménagement contractuel des relations entre les associés afin de remplir des critères d'accès au marché et de la sélection qualitative

Il ressort de la définition des notions « le candidat » et « le soumissionnaire » telles que proposées par l'article 2 de la loi du 15 juillet 2006 que les groupements non personnifiés agissant comme l'entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services interviennent dans la procédure d'attribution de marché comme une structure unique. Tous les exigences légales concernant les candidats ou soumissionnaires incluses dans les documents du marché sont applicables tenant compte de la structure fractionnée du groupement. Dans le cas d'un groupement sans personnalité ou d'un groupe de sociétés qui ont l'intention de constituer un groupement en cas de sélection, les conditions d'accès au marché sont opposables individuellement à chacun des associés – personne juridique (personne physique ou morale) et si un des participants au groupement se trouve dans une situation d'exclusion²⁰⁸ la sanction par conséquent frappe tout le groupement. Telle est la règle établie dans l'article 66 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 concernant les sociétés qui introduisent ensemble une demande de participation et ont l'intention de constituer, en cas de sélection un groupement sans personnalité juridique et concernant les groupements sans personnalité juridique, déposent ensemble une offre.

Dans la phase de la sélection qualitative, la substance du concept de groupement se retrouve dans les règles du marché public, où le paragraphe 1 de l'article 74 de l'AR du 15 juillet 2011 permet aux candidats ou soumissionnaires pour un marché déterminé de faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existants entre lui-même et ces entités en transmettant les preuves nécessaires de tel engagement. Le paragraphe 2 permet aux groupements faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités. La Cour de Justice dans son arrêt du 10 octobre 2013 a aussi reconnu « *qu'il convient de considérer que la directive 2004/18 permet le cumul des capacités de plusieurs opérateurs économiques en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il soit prouvé à celui-ci que le candidat ou le soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'une ou de plusieurs autres*

²⁰⁸ voir l'art.61 de l'AR du 15 juillet 2011.

entités disposera effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché. Une telle interprétation est conforme à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible que poursuivent les directives en la matière au bénéfice non seulement des opérateurs économiques mais également des pouvoirs adjudicateurs »²⁰⁹.

« La qualité d'entrepreneur ne peut être refusée à un holding financier pourtant seul engagé juridiquement dans les liens du contrat dont l'objet est la réalisation des travaux. Cette solution est critiquable car elle contrarie la recherche de la qualité et d'un prix optimal et fait fi du lien juridique entre, d'une part, la personne qui commande les travaux et, d'autre part, l'entité qui les réalise »²¹⁰.

Dans le contexte du marché public, certains éléments du concept de la collaboration et d'établissement du groupement sans personnalité juridique obtiennent un rôle primordial, notamment dans le choix des entreprises :

- **l'objet** – *« la détermination de l'objet du marché est un élément fondamental dans le processus de commande publique. Pour que la législation sur les marchés publics s'applique, il faut que la commande repose sur la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou de services visés par la réglementation »²¹¹. L'objet d'une société momentanée « est circonscrit à une opération déterminée ou à un nombre limité d'opérations commerciales déterminées, à un marché d'un moment ou à une affaire d'un moment »²¹². Or, la société momentanée qui est établie ou sera établie en cas de sélection est tenue de remettre la preuve d'une concordance entre l'objet précis du marché et l'intention des associés de s'engager dans cette opération déterminée et définie comme telle en correspondant à l'objet du marché. Notamment, « l'union*

²⁰⁹ C.J.U.E., 10 octobre 2013 (*Swm Costruzioni 2 SpA et Mannocchi Luigino DI*), C-94/12, Cons. 33-34

²¹⁰ A.L.Durviaux "Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système", *Op.cit.*, p.194.

²¹¹ P.THIEL, *Op.cit.*, p.173.

²¹² D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.50.

imprécise contient dès sa conclusion les germes d'une inéluctable discorde »²¹³ et ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'apprécier le contenu et l'objectif d'engagement.

- **l'apport** - comme toute partie à un contrat d'une société, les associés momentanés doivent faire un apport ; les apports sont mis en commun pour poursuivre la réalisation de l'objet social.²¹⁴ Dans le cas d'une société momentanée, les règles de l'apport sont soumises à la liberté contractuelle et au consensualisme donc par la nature et le contenu d'apport les associés établissent la capacité financière, économique et technique du candidat ou soumissionnaire telle qu'imposée par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges, nécessaire pour l'exécution du marché public.

*« Il est de l'essence de la société momentanée de créer un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine individuel des associés. A partir du moment où il y a dissolution et liquidation corrélative d'une société momentanée, la liquidation implique nécessairement l'établissement d'un compte – lequel est un compte indivisible - dans lequel les créances et les dettes contractées dans le cadre de l'activité pour laquelle la société a été formée sont liées entre elles en raison de la nature même de l'association momentanée. Il en résulte que les créanciers personnels des associés sont sans droit sur une créance de la société momentanée envers ses débiteurs. Ils doivent attendre la clôture du compte par le liquidateur pour voir s'il dégage un solde bénéficiaire en faveur de leurs débiteurs personnels »*²¹⁵.

Pour les groupements de nature plus « stables », comme les consortiums ou les groupes des sociétés, l'absence du caractère momentané n'exclut pas la possibilité de réunion des capacités des sociétés liées et associées afin de participer au marché public. Donc, par exemple pour les consortiums, *« les apports se limitent souvent à la simple mise à disposition de matériel ou à la mise en place des structures destinées à coordonner les interventions respectives des entreprises membres, et comme un*

²¹³ D.-B.FLOOR « CAP sur la société momentanée », C.J., n° 4/2003, p.54.

²¹⁴ D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.85.

²¹⁵ Civ.Verviers du 30 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 04/205.

*élément distinctif, nous pouvons invoquer l'absence de partage des bénéfices et des pertes »*²¹⁶.

- **la responsabilité solidaire.** Afin de garantir l'engagement des tous les associés d'un groupement qui ne jouit pas de la personnalité juridique, l'alinéa 2, du paragraphe 2 de l'article 51 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit la responsabilité solidaire des associés. La solidarité des associés des sociétés momentanés est considérée comme une caractéristique propre des sociétés momentanées et est invoquée dans l'article 53 du Code des sociétés. « *Dans la mesure où tous les associés -parties ou représentés- à l'acte juridique litigieux sont par l'effet de la loi solidairement tenus, les tiers pourraient assigner un seul des associés avec lesquels ils ont traité »*²¹⁷.

Par contre, à la différence des associations momentanées, les parties à un contrat de consortium ne sont pas solidairement liées vis-à-vis de leur cocontractant ; chacun demeure seul responsable de sa part du contrat, sauf convention contraire²¹⁸. Concernant les groupes de sociétés, il n'existe aucune mesure particulière de protection des créanciers leur permettant d'étendre leurs droits à d'autres sociétés²¹⁹ sauf les recours à l'intervention de la société mère pour le recouvrement de dettes de sa filiale qui peuvent se justifier par la mise en cause de sa responsabilité contractuelle, aquilienne ou pour certaines fautes commises dans la gestion de cette filiale²²⁰. Donc pour les deux derniers types de groupements comme nous le constatons, la règle de solidarité imposée par l'article 51 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 sert pour garantir l'unicité de l'engagement exprimé dans l'offre et pour garantir ainsi la bonne exécution du marché public.

- **l'interdiction d'accès à certains marchés à cause de l'influence dominante.** Similairement aux règles déjà examinées concernant les offres concurrentes des associés du même groupement, l'article 64 de l'Arrêté royal du 15

²¹⁶ D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

²¹⁷ D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.62.

²¹⁸ D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.90.

²¹⁹ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.90.

²²⁰ F.MAGNUS, *Op.cit.*, p.91.

juillet 2011 contient les règles dont objectif est d'assurer la conjoncture favorable pour le déroulement de la libre concurrence. Alors, le paragraphe 1 de l'article mentionné contient les droits attribués au pouvoir adjudicateur de refuser l'accès à la procédure de passation d'un marché au candidat ou soumissionnaire lorsqu'il a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché s'il retire de ces prestations un avantage qui empêche ou qui fausse les conditions normales de concurrence. L'alinéa 1 du paragraphe 2 du même article transmet cette règle à l'entreprise liée. Par la notion propre à « une entreprise liée » au sens de cet article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. Ensuite, l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 64 propose une présomption de l'existence d'une influence dominante.

L'objectif de la règle mentionnée est notamment d'éviter la situation où un candidat ou soumissionnaire bénéficie d'un avantage faussant le jeu normal de la concurrence du fait qu'il a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché²²¹ et dans le cas d'une demande de participation ou d'une offre introduite par un groupement sans personnalité juridique le législateur fait une présomption du fait que par l'influence dominante entre les entreprises liées, l'avantage, telle que mentionné dans l'article peut aboutir au même résultat négatif.

Nous voyons que la notion « entreprise liée » telle quelle définie dans le paragraphe 2 de l'article 64 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 se réunit à l'idée de l'article 11, 1^o du Code des sociétés, qui, pour l'application du code, décrit « les sociétés liées à une société » en utilisant les règles du contrôle au sens de l'article 6 du Code des sociétés et en faisant la référence à la notion du « consortium ».

²²¹ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 202.

Donc, nous constatons que l'interdiction d'accès à certains marchés à cause du risque d'abus d'un avantage lorsqu'un associé d'un groupement a été chargé de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ce marché, s'applique aux groupements « stables » car les éléments de l'influence dominante s'inscrivent plutôt dans la logique de la durée mais nous ne pouvons pas exclure que les sociétés du même groupement stable ne se réunissent dans une société momentanée. A défaut, pour les associés d'une société momentanée qui ne sont pas liés au sens du paragraphe 2, c'est le paragraphe 1 qui s'applique individuellement à chaque associé.

Le paragraphe 2 de l'article 64 *in fine* interdit par contre au pouvoir adjudicateur le rejet d'une demande de participation ou l'offre d'une entreprise liée sans présenter au candidat ou soumissionnaire la possibilité d'introduire par écrit les justifications pertinentes qui lui permettraient d'établir que cette entreprise ne bénéficie pas d'avantage au sens du présent article²²². Cette étape nous démontre l'application du principe de proportionnalité dans l'application des causes d'exclusion.

c) L'agrération des entrepreneurs

La sélection qualitative s'opère selon les mêmes principes et les mêmes modalités pour les marchés de travaux, de fournitures et de services. Il convient toutefois de souligner que, pour les marchés de travaux, les dispositions consacrées à la sélection qualitative sont prévues « *sans préjudice des dispositions relatives à l'agrération d'entrepreneurs de travaux* »²²³. P.Thiel propose la définition de « *l'agrération des entrepreneurs* » comme « *le mécanisme de pré qualification des entrepreneurs de travaux, en fonction de la nature des travaux* » et de leur importance »²²⁴.

En Belgique principalement c'est la loi du 20 mars 1991 qui organise l'agrération des entrepreneurs de travaux²²⁵ avec l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures

²²² Art 64, §2, al.4 de l'AR du 15 juillet 2011.

²²³ D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.212.

²²⁴ P.THIEL, *Op.cit.*, p.39.

²²⁵ Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération des entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 6 avril 1991, p.7244.

d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux²²⁶ et deux arrêtés ministériels du 27 septembre 1991²²⁷.

Le Conseil d'Etat a rappelé à plusieurs reprises que les exigences édictées en matière d'agrément des entrepreneurs ne s'appliquent aux entrepreneurs que lorsqu'ils prétendent à l'attribution de marchés publics de travaux. A contrario pour la qualification à un marché public de services, la législation relative à l'agrément des entrepreneurs ne devrait pas être appliquée²²⁸.

« *L'agrément des entrepreneurs est une condition nécessaire mais non suffisante* »²²⁹ et par ailleurs l'agrément fait présumer que l'entrepreneur agréé répond à un niveau minimal de qualification mais rien n'empêche que le pouvoir adjudicateur renverse cette présomption ou impose des conditions particulières de capacité en vue de satisfaire aux exigences concrètes spécifiques au marché²³⁰.

Quel est l'intérêt d'invoquer la question de l'agrément des entrepreneurs dans le cadre du fonctionnement des groupements sans personnalité juridique dans le marché public?

Premièrement, nous allons constater, que la législation dans la matière d'agrément admet que les groupements sans personnalité juridique peuvent participer aux marchés publics des travaux en prévoyant les règles particulières.

²²⁶ Arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23286.

²²⁷ Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23304.

Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors de demandes d'agrément, d'agrément provisoire, de transfert d'agrément ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1er, 2°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23311.

²²⁸ C.E. n°216.387 du 22 novembre 2011 ; voir aussi C.E. n°219.175 du 4 mai 2012.

²²⁹ P.THIEL, *Op.cit.*, p.303.

²³⁰ C.Const., n°122/2000 du 29 novembre 2000.

« *Les groupements sans personnalité juridique n'ayant pas la personnalité juridique ne sont pas en mesure d'obtenir une agréation* »²³¹, mais par contre, comme la pluralité des règles dans le cadre du marché public est de mise, les règles de l'obtention de l'agréation s'appliquent individuellement aux associés du groupement.

Or, le paragraphe 1 de l'article 11 de la loi 20 mars 1991 qui organise l'agréation des entrepreneurs de travaux prévoit que les associations momentanées d'entrepreneurs sont admises à exécuter des travaux pour autant que l'un des associés au moins soit agréé en la classe et catégorie ou sous-catégorie requises pour ces travaux ou ait fourni les preuves prévues par l'article 3, le paragraphe 1er, 2°, c.à.d., qu'ils remplissent les conditions d'agréation fixées par la présente loi et pour autant que les autres associés répondent aux conditions visées à l'article 4, le paragraphe 1er, 1°, 2°, 3°, 4° et 7°.

Cette règle répond, premièrement, à la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la fiabilité et la capacité du cocontractant d'exécuter le marché, et, deuxièmement, elle laisse ainsi la liberté pour les entreprises de former les groupements qui correspondent aux exigences du marché public et à la diversité des apports dans le groupement. Chaque associé en participant dans le marché propose pour l'exécution du marché ses capacités qui incluent les capacités techniques et financières d'un associé vérifiées en accordant l'agréation correspondante. La réunion des capacités prouvées par l'agréation ou par les preuves admissibles présente finalement une offre indissociable.

« *Les exigences complémentaires, incluses dans le cahier spécial des charges, ne peuvent cependant contredire aux conditions légales, en imposant par exemple que chaque membre d'une association momentanée satisfasse à la classe demandée, alors que l'agréation prévoit un système d'évaluation spécifique des classes de chacun en cas d'association* »²³².

Par ailleurs, la Cour de Justice dans ce sens-là a reconnu que 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, il faut tenir compte des sociétés qui appartiennent à ce groupe pour autant que la personne morale en cause établisse qu'elle a

²³¹ D.BATSELE, P.FLAMME, P.QUERTAINMONT, *Op.cit.*, p.222.

²³² P.THIEL, *Op.cit.*, p.303.

effectivement la disposition des moyens de ces sociétés qui sont nécessaires à l'exécution des marchés.²³³ Dans un deuxième temps, la Cour de Justice a renforcé ses arguments disant qu'«*il résulte de l'ensemble de ces considérations qu'une société holding qui n'exécute pas elle-même des travaux ne peut pas être écartée des procédures de participation aux marchés publics de travaux, et donc de l'inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés, si elle démontre qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ses filiales qui sont nécessaires à l'exécution des marchés, à moins que les références de ces filiales ne répondent pas elles-mêmes aux critères de sélection qualitative*»²³⁴.

Deuxièmement, le paragraphe 2 de l'article 11 de la loi 20 mars 1991 déjà invoqué prévoit que les associations momentanées dont deux associés au moins sont agréés dans la même classe et catégorie ou sous-catégorie ou l'établissent conformément à l'article 3, § 1er, 2°, qu'ils répondent aux conditions de cette agrégation. Elles seront réputées posséder l'agrégation requise pour les travaux rangés dans la classe immédiatement supérieure de cette catégorie ou sous-catégorie. Cette disposition n'est pas d'application lorsque les associés de l'association momentanée ne sont agréés que dans la classe la moins élevée.

Ensuite, nous verrons un arrêt de la Cour d'appel de Liège²³⁵ cité par P.Thiel, expliquant que «*la convention d'association momentanée, qui permet d'obtenir un surclassement au niveau de l'agrégation, poursuit un objectif: la volonté qu'ont les contractants de coopérer sur pied d'égalité à la réalisation du but commun, en acceptant le partage des risques qu'elle comporte. Lorsque cet objectif est démenti par une convention secrète entre les parties, elle apparaît factice et ne peut servir de fondement juridique à une prétention*»²³⁶.

La norme légale citée renforce aussi la collaboration entre les associés d'un groupement mais cette fois dans les conditions où l'agrégation dans la classe similaire est obtenue par plusieurs associés individuellement. La jonction des capacités techniques et financières dont l'existence est prouvée par l'agrégation dans cette hypothèse donne le droit

²³³ C.J.U.E., 14 avril 1994 (*Ballast Nedam Groep c. Etat belge*), C-389/92, Cons.18.

²³⁴ C.J.U.E., 18 décembre 1997 (*Ballast Nedam Groep c. Etat belge*), C-5/97, Cons.13.

²³⁵ Liège, n° 2002RG/757 et 2004/RG/1544 du 3 octobre 2005, *MCPOoO*, 2012/01.

²³⁶ P.THIEL, *Op.cit.*, p.305.

d'accès aux travaux d'une catégorie supérieure sauf dans la situation particulière prévue par la loi concernant le cumul des agrégations dans la classe la moins élevée. La jurisprudence citée rappelle que le pouvoir adjudicateur est en droit d'obtenir la garantie et vérifier que la collaboration effective et les capacités réunies présentent la nature véritable de l'objectif du groupement pendant toute la durée d'exécution du marché.

Une analyse intéressante présentée par A.L.Durviaux²³⁷ nous permet de découvrir une problématique dans la question de la prise en considération des capacités de tiers – est-ce que le pouvoir adjudicateur en prenant en considération des capacités invoquées par un associé d'un groupement doit prendre en compte les liens juridiques entre ses associés ? Est-ce que les liens juridiques (par ex. les liens de contrôle ou de la direction unique) entre les associés servent comme garantie d'une bonne exécution d'un contrat ? Pour répondre à ces questions l'auteur avait invoqué, premièrement, la jurisprudence citée de la Cour de Justice *Ballast Nedam II*²³⁸, disant, que « *la Cour a, en quelque sorte, généralisé cette jurisprudence (...) et elle va ainsi réaffirmer sa solution en faisant abstraction de la nature juridique des liens existant entre l'entité qui invoque les capacités d'une entité tierce et l'entité tierce qui peut justifier des capacités requises, pour autant, certes, que la première soit en mesure de prouver qu'elle a effectivement la disposition des moyens de la deuxième, nécessaires à l'exécution du marché. Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée en espèce au principal* »²³⁹. Deuxièmement, Durviaux avait présentée la critique de la doctrine qui invoque les points faibles de cette solution, comme :

- le poids de la production des documents (contrats, statuts, pactes d'actionnaires, etc.) pour vérifier le caractère d'engagement ;
- les liens définitifs ne sont pas toujours présents au moment de la remise de l'offre ;
- les liens juridiques ne sont pas éternels ni forcément maîtrisés par le candidat ou le soumissionnaire ;

²³⁷ A.L.DURVIAUX “ Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système”, *Op.cit.*, p.456 et suiv.

²³⁸ C.J.U.E., 18 décembre 1997 (*Ballast Nedam Groep c. Etat belge*), C-5/97.

²³⁹ A.L.DURVIAUX “ Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système”, *Op.cit.*, p.457.

- la préférence par le pouvoir adjudicateur de certains liens juridiques et la nécessité de renforcer les liens entre toutes les associés et le pouvoir adjudicateur

Pour conclure, nous constatons que l'agrégation des entrepreneurs est considérée comme la preuve des capacités techniques, économiques et financières, dont la valeur probante est garantie par le législateur. Pour un groupement non personnifié qui participe dans la procédure du marché public des travaux, l'agrégation d'un associé permet d'exécuter les travaux dans la classe et la catégorie ou sous-catégorie pour laquelle une agrégation est sollicitée en réunissant les autres capacités des autres associés, prouvées séparément par les documents prévus dans le cahier spécial des charges, soit la jonction au niveau de l'agrégation, qui permet un surclassement et l'accès aux travaux d'une classe supérieure. L'agrégation n'exclut pas les droits du pouvoir adjudicateur de demander les preuves nécessaires pour l'exécution d'un marché particulier et la situation d'un groupement peut être traité différemment des autres candidats et soumissionnaires par le pouvoir adjudicateur en demandant la production des preuves de la stabilité d'engagement entre les associés pour toute la durée du marché.

Section 3 L'action en justice d'un groupement sans personnalité juridique

En prenant en compte l'amplitude et l'objectif de ce travail, l'exposition de la procédure d'attribution du marché public est limitée à l'identification et l'analyse des questions où se posent les nuances de procédure qui révèlent le caractère particulier des groupements sans personnalité juridique. Pour cette raison et dans ce paragraphe, nous allons nous diriger vers la question dont l'analyse approfondie est consacré dans la doctrine et la jurisprudence - les groupements non personnifiés et leur action en justice.

L'instance de recours dans le cadre du marché public pour les procédures en annulation et en suspension sont soit la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14 §1^{er} des lois coordonnées

sur le Conseil d'Etat²⁴⁰, soit le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14 §1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat²⁴¹. La question d'action en justice qui est liée avec la spécificité des groupements examinés dans le cadre du travail – l'absence de la personnalité, joue son rôle sans différence si l'action est menée devant le Conseil d'Etat ou devant le juge judiciaire.

Pour approcher systématiquement la question de l'action en justice, nous allons invoquer quelques éléments essentiels :

§1 La capacité

Pour rappel, en revenant à la théorie exposée dans le I chapitre du travail, la personnalité juridique désigne la reconnaissance de la qualité de sujet de droit²⁴² et c'est la qualité de sujet de droit qui permet à une société, quelle qu'elle soit, d'accéder à la vie juridique en son propre nom²⁴³. La capacité est en revanche une aptitude à être titulaire, à acquérir des droits et à les exercer.²⁴⁴ Cette règle trouve à s'exprimer dans l'adage « *pas d'action sans personnalité, pas de personnalité sans loi* ». ²⁴⁵ La Cour d'appel de Mons dans son arrêt du 30 avril 2009²⁴⁶ rappelle que l'absence d'une telle personnalité touche l'ordre public et peut être soulevée pour la première fois en degré d'appel.

Concernant la capacité à agir en justice des groupements sans personnalité juridique, le Conseil d'Etat a précisé à plusieurs reprises, que pour les sociétés momentanées, comme pour les autres groupements, à qui le législateur belge n'a pas octroyé la personnalité juridique, il est requis, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, que tous les membres de société momentanée agissent simultanément et régulièrement en

²⁴⁰ Lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 janvier 1973, p.3461.

²⁴¹ P.THIEL, *Op.cit.*, p.678.

²⁴² B.DONDERO, *Op.cit.*, p.20.

²⁴³ C.BOULOGNE-YANG-TING, *Op.cit.*, p.39.

²⁴⁴ C.BOULOGNE-YANG-TING., *Op.cit.*, p. 39

²⁴⁵ D.-B.FLOOR « La société momentanée », *Op.cit.*, p.60.

²⁴⁶ Mons, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 09/885.

justice mais non que la société momentanée ou certains de ses membres aient seuls accès au prétoire²⁴⁷. Donc, « toute action en justice qui intéresse la société sans personnalité juridique doit en principe être intentée par les associés agissant conjointement ou en leur nom »²⁴⁸. La Cour de justice dans son arrêt du 8 septembre 2005²⁴⁹ précise que la même règle s'applique aussi dans la situation où tous les membres d'une telle association momentanée agissent ensemble mais que l'action de l'un de ses membres est jugée irrecevable. En résumé, l'action en justice sera déclarée irrecevable dans tous les cas où :

- soit c'est un associé (ou plusieurs des associés) du groupement qui introduit le recours en son nom individuel ;
- soit c'est un associé (ou plusieurs des associés) du groupement qui introduit le recours au nom du groupement sans représentation valable;
- soit un groupement sans personnalité juridique qui introduit le recours en son nom propre;
- soit tous les membres d'un tel groupement qui agissent ensemble tandis que l'action de l'un de ses associés est jugée irrecevable.

§2 La représentation

Il convient que la société qui introduit une action soit valablement représentée. Pour ce faire, elle joint à son recours une copie de ses statuts à jour, mentionnant les personnes habilitées à la représenter, ainsi que la décision d'agir adoptée par l'organe légalement compétent ; à défaut le recours est irrecevable. Cette décision doit être valablement adoptée dans le délai de recours.²⁵⁰ Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 21 mars 2014²⁵¹ réaffirme ces règles de la représentation vis-à-vis des groupements sans personnalité juridique, *in casu* la société momentanée, disant, que le recours d'une telle association, dépourvue de la personnalité juridique, n'est recevable qu'à condition que chacune des requérantes ait décidé

²⁴⁷ C.E. n°155.960 du 7 mars 2006; voir aussi C.E., n° 182.270 du 23 avril 2008.

²⁴⁸ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, PH.LAMBRECHT, PH.MALHERBE, *Op.cit.*, p.357.

²⁴⁹ C.J.U.E., 8 septembre 2005 (*Espace Trianona SA et Sofibail c. FOREM*), C-129/04, Cons.29.

²⁵⁰ P.THIEL, *Op.cit.*, p.685.

²⁵¹ C.E., n°226.860 du 21 mars 2014.

régulièrement et simultanément d'agir en justice. Le même arrêt rappelle également que la décision d'introduction d'une demande en justice, en particulier devant le Conseil d'Etat, n'entre pas dans les limites légales de la notion de gestion journalière²⁵². Suivant une jurisprudence constante du Conseil d'Etat²⁵³, la décision d'introduire le recours doit être prise par le conseil d'administration de la requérante régulièrement composé²⁵⁴.

Une autre possibilité aux groupements sans personnalité juridique est de recourir au mécanisme du mandat, ou prévoir le pouvoir spécial de la représentation en justice dans le contrat d'établissement du groupement. En supportant cette hypothèse, l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 2006²⁵⁵ précise en outre qu'une simple clause de représentation ordinaire « pour engager les membres dans les limites de ce qui est spécifié dans ce document (le dépôt de l'offre) » ne peut tenir lieu de mandat spécial pour agir en justice, et en droit belge, les membres d'un groupement peuvent à tout moment, avant d'introduire un recours, régler la question concernant la capacité d'agir en justice de l'association par la voie d'un accord interne sans aucune autre formalité qu'il appartenait aux auteurs de l'offre d'adopter une telle clause comme elles l'ont fait pour le dépôt de l'offre. Or, « *le membre leader du consortium* » et « *single point of contact* » dans la proposition de consortium dans le cadre de l'appel d'offre ne peut être considéré comme le mandat spécial permettant d'agir en justice au nom du consortium.²⁵⁶

§3 L'intérêt d'agir

Le législateur, le juge et la doctrine ne rattachent que rarement l'intérêt de groupe au groupement lui-même lorsque ce dernier est dépourvu de la personnalité juridique. Cela

²⁵² voir aussi C.E., n°210.299 du 7 janvier 2011; C.E., 214.040 du 22 juin 2011.

²⁵³ C.E., n°217.590 du 27 janvier 2012; C.E., n°213.267 du 17 mai 2011.

²⁵⁴ C.E., n°223.633 du 29 mai 2013.

²⁵⁵ C.E., n°155.960 du 7 mars 2006.

²⁵⁶ C.E., n°211.866 du 9 mars 2011.

s'explique sans doute par le fait que la reconnaissance d'un intérêt propre au groupement est fréquemment liée à la personnification de ce groupement.²⁵⁷

L'alinéa 1 de l'article 14 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 prévoit qu'à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices. Dans les conditions précisées dans l'article 15 de la même loi, l'instance de recours peut suspendre l'exécution de la décision visée à l'article 14.

La notion de l'intérêt s'interprète de manière relativement large²⁵⁸. La doctrine en général précise que l'intérêt doit être certain et direct, légitime, moral, actuel, suffisamment individualisé²⁵⁹ et telle son existence apparaît donc comme une condition nécessaire de la recevabilité du recours²⁶⁰. Un tel intérêt suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat, procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté.²⁶¹ Dans le cadre du marché public l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'État une décision d'attribution d'un marché consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même.²⁶²

Nous avons déjà analysé cette question de l'angle de capacité, mais si nous tournons cette question vers la notion de « l'intérêt », nous constatons que le groupement comme « un tout » en proposant dans l'offre ses capacités nécessaires pour l'exécution du marché et en répondant aux critères du marché peut se voir attribuer le marché public. Donc c'est en attaquant la décision d'attribution du marché que ce groupement exprime son intérêt, c.à.d. l'intérêt à retrouver la chance de se le voir attribuer et d'exécuter le marché lui-même. Cette

²⁵⁷ B.DONDERO, *Op.cit.*, p.255

²⁵⁸ P.THIEL, *Op.cit.*, p.687.

²⁵⁹ P.LEWALLE, *Op.cit.*, p.782.

²⁶⁰ P.LEWALLE, p.793.

²⁶¹ Trib.U.E., n° T-17/09 du 22 mai 2012, *Evropaiki Dynamiki c. Commission*.

²⁶² C.E., n°223.899 du 14 juin 2013.

thèse est confirmée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 21 mars 2014 en disant que seule l'association momentanée a intérêt à l'annulation²⁶³.

Pour cette raison, un recours qui est introduit par l'associé d'un groupement sans personnalité juridique contre une décision d'attribution de marché public doit être jugé comme irrecevable à cause de l'absence de la capacité comme nous avons vu précédemment mais aussi du fait de l'absence d'intérêt au recours.

§4 Le paiement de la taxe

Le paragraphe 7 de l'article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit que les requêtes collectives donnent lieu au paiement de la taxe autant de fois qu'il y a de requérants. Concernant les groupements sans personnalité juridique le Conseil d'Etat dans son arrêt du 25 octobre 2006²⁶⁴ a précisé que lorsqu'une requête (*in casu* une requête en intervention) est introduite par deux sociétés agissant en association momentanée, pour celle qui ne dispose pas de la personnalité juridique, la taxe doit être payée par chaque requérant, et si la taxe n'est payée que pour le compte d'une seule société, la requête n'est dès lors recevable qu'en ce qui concerne la première requérante en intervention. Mais compte tenu du fait que seul l'ensemble des membres d'une association momentanée peut agir en justice, l'action de l'un de ses membres seul est donc irrecevable.

§5 Les exceptions

La jurisprudence a en revanche développé plusieurs exceptions aux règles mentionnées. Premièrement, dans le cadre du contentieux subjectif²⁶⁵, par l'arrêt du 13

²⁶³ C.E., n°226.860 du 21 mars 2014.

²⁶⁴ C.E. 164.090 du 25 octobre 2006.

²⁶⁵ PH.T'KINT "La représentation en justice de l'association de fait", *in Les associations de fait*, Les dossiers d'ASBL Actualités, 2012/n°14, Edi.pro, Liège, p.189.

septembre 1991²⁶⁶, la Cour de Cassation a toutefois admis une exception à la règle (de la capacité comme l'attribut à la personnalité juridique) disant que lorsqu'une association sans personnalité juridique contre laquelle une condamnation est prononcée introduit un recours contre sa condamnation, elle est une partie à l'instance et elle doit donc pouvoir exercer contre sa condamnation les voies de recours prévues par la loi. Par conséquent, l'association elle-même dispose de la qualité et de l'intérêt d'agir pour faire appel contre le jugement.²⁶⁷

Deuxièmement, la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 21 avril 2010 a jugé que « *la demande introduite pour une association de fait par quelque membre de celle-ci est en principe irrecevable car une telle demande doit émaner de tous les membres de l'association, le cas échéant par l'intermédiaire d'un gérant ou d'un mandataire commun. Toutefois, lorsque les membres qui sont intervenus sont créanciers de l'association et lorsque celle-ci reste inactive pour faire valoir ses droits, la demande de ces créanciers devient recevable en tant qu'action oblique introduite pour le compte de l'association, en d'autres mots, vu l'absence de personnalité morale de celle-ci, pour le compte de l'ensemble des membres* »²⁶⁸.

Les exceptions citées s'appliquent donc dans les situations très particulières et elles présentent un caractère exceptionnel vis-à-vis des règles de capacité des groupements non personnifiés.

²⁶⁶ Cass., RG 7015, 13 septembre 1991, *Pass.*, 1992, I, 33.

²⁶⁷ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, PH.LAMBRECHT, PH.MALHERBE, *Op.cit.*, p.357.

²⁶⁸ Bruxelles, 21 avril 2010, *Rev.prat.soc.*, 2013, pp.115-135.

Conclusion

- Les groupements sans personnalité juridique participent aux marchés publics en tant que membre à part entière à côté de sociétés revêtues de la personnalité juridique.
- La personnalité juridique qui dans notre système légal est octroyée par le législateur - dans les conditions prévues par la loi - « désigne l’aptitude des individus et des groupements à être titulaires de droits et d’obligations et qui leur confèrent la qualité de sujet de droit »²⁶⁹.
- Vu que les notions de « personnalité juridique » et de « personnalité morale » sont confondues dans le langage juridique, nous avons exposé clairement que la personnalité morale « désigne la reconnaissance de la personnalité juridique à autre chose qu’un être humain²⁷⁰ » et que « revêtue de la personnalité morale, la société possède des droits et des obligations distinctes de ceux de ses associés. Elle agit par ses organes qui l’incarnent et la représentent sans qu’un mandat ne soit nécessaire. Elle est, en vertu de la théorie de l’organe, directement engagée par les actes des organes : elle en répond quant aux fautes commises dans l’exercice de ses fonctions. Elle possède un patrimoine, un nom, un siège et une nationalité »²⁷¹.
- Les attributs des « personnalités » sont importants en faisant le lien avec le fonctionnement des groupements sans personnalité juridique car ils expliquent notamment les différences de fonctionnement des groupements et spécificités de participation aux procédures de marché public.
- La notion de « groupement » qui est utilisée par la législation relative aux marchés publics n’est pas une notion juridique²⁷² mais elle couvre plutôt une vaste variété de

²⁶⁹ V.SIMONART “La personnalité morale en droit privé comparé”, Bruylant, Bruxelles, 1995, p.7.

²⁷⁰ B.DONDERO, *Op.cit.*, p.20.

²⁷¹ Y.DE CORDT, C.DELFORGE, T.LEONARD, Y.POULLET *Op.cit.*, p.172.

²⁷² B.DONDERO, *Op.cit.*, p.38.

sociétés dépourvues de la personnalité, associations de fait, groupes des sociétés, consortiums dont l'établissement est basé soit sur la liberté contractuelle, soit son existence est prévue par le législateur suivant les règles de contrôle ou des présomptions de la direction unique. L'accent a été mis sur les groupements qui exercent une activité économique.

- Le fondement de la participation aux marchés publics pour les groupements sans personnalité juridique a été analysé dans plusieurs aspects – par la liberté de commerce et d'industrie qui est étroitement liée à la liberté professionnelle, au droit de travailler et à la liberté d'entreprise ; par les principes fondamentaux dans la matière des marchés publics, telles que les principes d'égalité, de non discrimination, de transparence, de concurrence qui ouvrent la porte aux groupements sans personnalité juridique aux marchés publics ; et par l'examen des notions « l'entrepreneur, le fournisseur, le prestataire de services et l'opérateur économique » dont analyse jurisprudentielle et l'évolution législative ont cessé de mettre des barrières aux groupements sans personnalité juridique à la participation aux marchés publics.
- Le lien contractuel entre les associés d'un groupement spécifie la nature de la collaboration, son objet, sa durée, les apports et délimite la responsabilité interne des associés. Ce contrat consensuel dont la forme n'est soumise à aucune condition²⁷³, selon son objet, peut être prouvé selon les règles de preuve du droit civil ou du droit commercial²⁷⁴. Le contrat n'affecte en rien les droits des tiers²⁷⁵ et pour cette raison la législation en matière de marché public prévoit les règles particulières afin de sécuriser ses propres relations contractuelles avec les groupements non personnalisés, par exemple :
 - la signature de l'offre - la demande de participation ou l'offre qui n'est pas signée par tous les associés ayant une personnalité juridique ou par leur mandataire ne peut valablement engager le groupement vis-à-vis du pouvoir

²⁷³ J.MALHERBE, Y.DE CORDT, PH.LAMBRECHT, PH.MALHERBE, *Op.cit.*, p.373.

²⁷⁴ Art.49 du Code des sociétés.

²⁷⁵ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.82.

- adjudicateur. Cette règle est adaptée au manque de personnalité du groupement ainsi qu'à la qualité du sujet de droit et à l'absence de signature sociale²⁷⁶.
- La responsabilité solidaire des associés²⁷⁷ nonobstant la forme ou la nature du groupement, nonobstant la nature et qualité de son apport et sa responsabilité interne dans le groupement.
 - La nécessité de désigner un associé d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur²⁷⁸. Cette notion de représentant du groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur ne peut être confondue avec le mandat d'introduire l'offre et d'engager les associés vis-à-vis le pouvoir adjudicateur.
- Pour éviter la fausse concurrence entre les participants, un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché sauf en cas d'éventuelles variantes ou de dialogue compétitif tenant compte du fait que pour l'application de cette disposition, chaque participant à un groupement sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire. La Cour de Justice a assoupli cette règle²⁷⁹ disant qu'il faut donner la possibilité aux soumissionnaires qui ont introduit plusieurs offres tant comme l'associé d'un groupement, tant individuellement ou comme associé d'un autre groupement la possibilité de démontrer que, dans leur cas, il n'existe pas de risque réel de survenance de risque de menacer la transparence et de fausser la concurrence, car dans le contexte d'un marché intérieur unique et de concurrence effective, il est de l'intérêt du droit communautaire que soit assurée la participation la plus large possible des soumissionnaires. Donc, l'interdiction absolue des offres concurrentielles comme mesure n'est pas proportionnelle au but de la législation en matière.
 - Les sociétés auxquelles le législateur a octroyé la personnalité morale ainsi que la personnalité juridique ne se trouvent pas -par leur nature- sur pied d'égalité avec les

²⁷⁶ D.-B.FLOOR, « La société momentanée », *Op.cit.*, p.59.

²⁷⁷ Art. 51, §2, al. 2 de l'AR du 15 juillet 2011.

²⁷⁸ Art. 51, §2, al. 2 de l'AR du 15 juillet 2011.

²⁷⁹ C.J.U.E., 19 mai 2009 (*Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07, Cons. 28.

groupements sans personnalité. Donc, les conditions d'accès au marché et les critères de la sélection qualitative consécutifs doivent être appliqués aux groupements sans personnalité juridique tenant compte des différences attribuables par leur nature juridique. « *Par la différenciation des critères de la sélection, le pouvoir adjudicateur doit arriver au résultat qui remet sur pied d'égalité les candidats ou soumissionnaires et efface fictivement les différences objectives entre eux* »²⁸⁰.

- Par exemple, l'avis de marché et le cahier spécial des charges peuvent préciser les preuves alternatives admissibles²⁸¹ ;
 - dans le cas d'un groupement sans personnalité ou d'un groupe de sociétés qui ont l'intention de constituer un groupement en cas de sélection, les conditions d'accès au marché sont opposables individuellement à chacun des associés – personne juridique (personne physique ou morale) et si un des participants au groupement se trouve dans une situation d'exclusion²⁸² la sanction par conséquent frappe tout le groupement ;
 - les règles de l'apport sont soumises à la liberté contractuelle et au consensualisme. Donc par la nature et le contenu de l'apport, les associés établissent la capacité financière, économique et technique du candidat ou soumissionnaire telle qu'imposée par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges nécessaire pour l'exécution du marché public. Le cumul des capacités des associés d'un groupement qui réside sur la base du concept d'un groupement sans personnalité juridique est pris en compte par le législateur dans les règles en matière de marché public et en matière d'agrégation des entrepreneurs de travaux.
- La question de l'action en justice par un groupement sans personnalité juridique est consacrée par la jurisprudence remarquable. Le Conseil d'Etat a précisé à plusieurs reprises²⁸³, que pour les sociétés momentanées, comme pour les autres groupements, à

²⁸⁰ § 3, cons. 15 de la directive 2014/24.

²⁸¹ Y.CABUY, G.DEREAU, V.DOR, P.THIEL, M.VASTMANS, *Op.cit.*, p. 162.

²⁸² voir l'art.61 de l'AR du 15 juillet 2011.

²⁸³ C.E. n°155.960 du 7 mars 2006; C.E., n° 182.270 du 23 avril 2008.

qui le législateur belge n'a pas octroyé la personnalité juridique, il est requis, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association que tous les membres de la société momentanée agissent en justice régulièrement et simultanément (sauf exceptions annoncées dans le chapitre III, paragraphe 3). Une autre possibilité réservée aux groupements sans personnalité juridique est de recourir au mécanisme du mandat, ou prévoir le pouvoir spécial de la représentation en justice dans le contrat d'établissement du groupement. Le paragraphe 7 de l'article 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit que les requêtes collectives donnent lieu au paiement de la taxe autant de fois qu'il y a de requérants et dans le cas d'un groupement sans personnalité juridique, chaque associé est considéré comme un requérant.

Bibliographie

Doctrine

Monographie

Baruchel N. « La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie », L.G.D.J., Paris, 2004, p.436.

Batselé D., Dony M., Durviaux A.-L., Quertainmont P., Flamme P., Clerc E., Flamme M.-A. “Les marchés publics à l’aube du XXI^e Siècle”, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.240.

Batselé D., Flamme P., Quertainmont P. « Initiation aux marchés publics », Bruylant, Bruxelles, 2001, p.441.

Ben Messaoud S., Viseur F. « Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1er juillet 2013 », Larcier, Bruxelles, 2014, p.703.

Boulogne-Yang-Ting C. « Les incapacités et le droit des sociétés », L.G.D.J., Paris, 2007, p. 438.

Cabuy Y., Dereau G., Dor V., Thiel P., Vastmans M. “Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l’article à la pratique », Larcier, Bruxelles, 2013, p. 1250.

Chérot J.-Y. “Droit public économique”, Economica, Paris, 2002, tot p.712.

Clerc E. “La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l’accord OMC sur les marchés publics” dans “Les marchés publics à l’aube du XXI^e Siècle”, Bruylant, Bruxelles, 2000, p.240.

Coipel M. “Les associations de fait: notion, régime juridique et conséquences de l’absence de personnalité morale” *in* Les associations de fait, *in* Les dossiers d’ASBL Actualités”, 2012 – Dossier n°14, Edi.pro, Liège, p. 27-64.

De Cordt Y., Delforge C., Léonard T., Pouillet Y. «Manuel de droit commercial », 2^e édition, Anthemis, Liman, 2011, p. 583.

de Laubadère A. “Droit public économique”, Troisième édition, Dalloz, Paris, 1979, p.545.

Dondero B. « Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Tome I », Presses Universitaires D’Aix-Marseille , Aix-En-Provence, 2006.

Dor V., De Koninck C. “Les recours juridiques en matière de marchés publics”, Kluwer, Waterloo, 2010, p.324.

Durviaux A.L. “Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d’un système”, Larcier, Bruxelles, 2006, p.612.

Durviaux A.L. “La passation et l’exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux”, Larcier, Bruxelles, 2013 p.189.

Durviaux A.L., Marique Y., Vandeburie A. “Le principe d’égalité de traitement et l’obligation de transparence dans l’attribution des marchés et contrats publics”, Anthemis, Liman, 2014, p.198.

Floor D.-B. « La société momentanée », Larcier, Bruxelles, 2002, p.243.

Guinchard S., Debard T. « 19^e édition Lexique des termes juridiques 2012 », Dalloz, Paris, 2011, p.638.

Lejeune Y. “Droit constitutionnel Belge. Fondements et institutions”, Larcier, Bruxelles, 2010, p.605.

Lewalle P., Donnay L. « Contentieux administratif » 3^e édition, Larcier, Bruxelles, 2008, p.1378.

Magnus F. “Les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels. Aspects juridiques”, Les Dossiers du Journal des tribunaux n°81, Larcier, Bruxelles, 2011, p.147.

Malherbe J., De Cordt Y., Lambrecht Ph., Malherbe Ph. « Droit des sociétés. Précis. Droit Européen, droit belge » 4^{ème} édition, Bruylant, Bruxelles, 2011, p.1530.

Marty N. “Contrats publics et droits européen des droits de l’homme” dans “Contrats publics” Volume I, textes réunis et présentés par G.Clamour, M.Ubaud-Bergeron, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, Montpellier, 2006, p.874.

Morse G.« Partnership law », Oxford Univesity Press, Oxford, 2010, p. 358.

Quertainmont P. « Droit administratif de l’économie », Troisième édition, Kluwer et Story-Scntia, Diegem , 2000, p.290.

Simonart V. « La personnalité morale en droit privé comparé », Bruylant, Bruxelles, 1995, p.670.

T’Kint Ph. “La représentation en justice de l’association de fait”, *in Les associations de fait*, Les dossiers d’ASBL Actualités, 2012/n°14, Edi.pro, Liège, p.185-194.

Thiel P. « Mémento des marchés publics et des PPP 2013 », Kluwer, Waterloo, 2012, p.1417.

Tilquin T. et Simonart V. “Traité des sociétés.” Tome 1, Kluwer Editions Juridiques Belgique, Diegem, 1996, p.939

Tilquin T. et Simonart V. “Traité des sociétés.” Tome 2, Kluwer Editions Juridiques Belgique, Diegem, 1997, p.399

Van Ommeslaghe P. “Droit des obligations”, Tome premier “Introduction sources des obligations”, Bruylant, Bruxelles, 2010, p.936.

Revue juridique

D.-B.Floor « CAP sur la société momentanée », *C.J.*, n° 4/2003, p.53-60.

Loicq P. « Les sociétés commerciales sans personnalité juridique » *C&FP*, 1977., liv.7, p.61-64.

Van der Linden M. “Associations commerciales momentanées et associations commerciales en participation”, *C&FP*, 1997, liv.10, 5-10.

Van Ommeslaghe P. “En guise d’introduction: entreprise, entreprise en difficulté, concepts juridiques” dans Revue de droit de l’ULB, 1991, n°3, Bruylant, Bruxelles, 1991, p.168.

Wauters K., Cambier Th. “Le droit d’accès aux marchés publics et la sélection qualitative”, *CDPK*, 2012, p.391.

Jurisprudence

Belge

C.A. n°23/89 du 13 octobre 1989.

C.Const., n°122/2000 du 29 novembre 2000.

Cass., 17 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, 504.

Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 33.

C.E. n°155.960 du 7 mars 2006.

C.E. 164.090 du 25 octobre 2006.

C.E., n°168.281 du 26 février 2007.

C.E., n° 182.270 du 23 avril 2008

C.E., n° 196.608 du 1 octobre 2009.

C.C., n° 119/2012 du 18 octobre 2012.

C.E., n°210.299 du 7 janvier 2011.

C.E., n°211.866 du 9 mars 2011.

C.E., n° 212.55 du 7 avril 2011.

C.E., n°213.267 du 17 mai 2011.

C.E., n°214.040 du 22 juin 2011.

C.E. n°216.387 du 22 novembre 2011.

C.E., n°217.590 du 27 janvier 2012.

C.E., n° 220.315 du 12 juillet 2012.

C.E. n°219.175 du 4 mai 2012.

C.E., n° 221.867 du 20 décembre 2012.

C.E., n° 222.340 du 31 janvier 2013.

C.E., n°223.899 du 14 juin 2013.

C.E., n°224.458 du 2 août 2013.

C.E., n°223.633 du 29 mai 2013

C.E., n°226.860 du 21 mars 2014.

Liège, n° 2002RG/757 et 2004/RG/1544 du 3 octobre 2005, *MCPOoO*, 2012/01.

Mons, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 09/885.

Bruxelles, 21 avril 2010, *Rev.prat.soc.*, 2013., pp.115-135

Européenne

C.J.E.U., 20 mars 1990, (*Du Pont de Nemours Italiana SPA c. Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara*), C-21/88.

C.J.E.U. 14 avril 1994, (*Ballast Nedam Groep NV c. Belgische Staat*), C-389/92.

C.J.U.E., 25 avril 1996, (*Commission c. Royaume de Belgique*), C-87/94.

C.J.U.E., 18 décembre 1997, (*Ballast Nedam Groep c. Etat belge*), C-5/97.

C.J.U.E., 18 novembre 1999, (*Unitron Scandinavia A/S and 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab c. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*), C-275/98.

C.J.U.E., 8 septembre 2005 (*Espace Trianona SA et Sofibail v. FOREM*), C-129/04.

C.J.U.E., 25 novembre 2005, (*ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl et Viaggi di Maio Snc c. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia et Comune di Venezia*), C-331/04.

C.J.U.E., 13 décembre 2007, (*Bayerischer Rundfunk e.a. c. GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH.*), C-337/06.

C.J.E.U., 18 décembre 2007, (*Frigerio Luigi & C. Snc c. Comune di Triuggio.*) C-357/06.

C.J.U.E., 17 juillet 2008, (*ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Saiano*), C-347/06.

C.J.U.E., 19 mai 2009, (*Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*), C-538/07.

C.J.U.E., 23 décembre 2009 (*Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare c. Regione Marche*), C-305/08.

C.J.U.E., 23 décembre 2009 (*Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*), C-376/08.

C.J.U.E., 7 décembre 2000, (*Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*), C-324/98.

C.J.U.E., 18 octobre 2001, (*SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo*), C-19/00.

C.J.U.E., 16 février 2012 (*Marcello Costa et Ugo Cifone*), C-72/10 et n° C-77/10.

C.J.U.E., 4 octobre 2012, (*Salvodi v. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*), C-502/11.

Trib.U.E., 22 mai 2012 (*Evropaiki Dynamiki c. Commission*), T-17/09.

Législation

Instrument européen

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.C.E., 18 décembre 2000, 2000/C 364/01

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, J.O.U.E., 26 octobre 2012, C/326/47

Directive 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics J.O.U.E., 28 mars 2014, L.94/65

Directive 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux J.O.U.E., 30 avril 2004, L.134, p.1.

Directive 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services J.O.U.E., 30 avril 2004, L.134, p.114

La législation belge

La Constitution, *M.B.*, 17 février 1994, p.4054.

La loi spéciale de réformes institutionnelles du 15 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p.9434.

Code Civil du 21 mars 1804, *M.B.*, 03 mars 1807, n°1804032150.

Lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, *M.B.*, 21 janvier 1973, p.3461.

Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 6 avril 1991, p.7244.

Code des sociétés du 7 mai 1999, *M.B.*, 6 août 1999, p.29440.

Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, p.7355.

Code de droit économique du 28 février 2013, *M.B.*, 29 mars 2013, p.19975.

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, *M.B.*, 21 juin 2013, p.39949.

Arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23286.

Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, p.44862.

Arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 3 mars 2014, p.13992.

Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23304.

Arrêté ministériel du 27 septembre 1991 relatif aux documents à produire lors de demandes d'agrément, d'agrément provisoire, de transfert d'agrément ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1er, 2°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991, p.23311.

Documents parlementaires

Proposition de révision de la Constitution du 18 octobre 2007, *doc. Sénat.*, n°4-311/1-2007-2008.

Projet de loi du 17 janvier 2013 introduisant le Code de droit économique, Rapport de K.Uyttersprot, *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53 2543/004.

Table des matières

Introduction	5
Chapitre I Les groupements sans personnalité juridique	8
Section 1 La notion de personnalité	8
§1 La personnalité morale	8
§2 La personnalité juridique	10
Section 2 Le groupement sans personnalité juridique	13
§1 La notion de groupement sans personnalité juridique	13
§2 Les groupements exerçant une activité économique	16
Chapitre II Le fondement de la participation aux marchés publics pour les groupements sans personnalité juridique	22
Section 1 Introduction	22
Section 2 Liberté du commerce et de l'industrie	23
Section 3 La législation en matière de marché public	25
§1 Les principes fondamentaux du marché public	27
a) Le principe d'égalité	27
b) Le principe de non discrimination	31
c) Le principe de proportionnalité	34
d) Le principe de transparence	34
e) Le principe de concurrence	38
2§ Les notions «entrepreneur, fournisseur, prestataire de services » et « l'opérateur économique »	36

Chapitre III	La participation des groupements sans personnalité juridique	45
	aux marchés publics et l'action justice	
Section 1	Introduction	45
Section 2	Intervention d'un groupement sans personnalité juridique dans le marché public	46
§ 1.	Introduction d'une demande de participation ou d'un offre et la preuve de l'engagement	46
§2	Introduction des offres concurrentes	51
§ 3	L'accès aux marchés et la sélection qualitative	53
d)	L'application des principes généraux de marché public au stade de l'exclusion des candidats ou soumissionnaires	54
e)	L'aménagement contractuel des relations entre les associés afin de remplir des critères d'accès au marché et de la sélection qualitative	56
f)	L'agrément des entrepreneurs	61
Section 3	L'action en justice d'un groupement sans personnalité juridique	66
§1	La capacité	67
§2	La représentation	68
§3	L'intérêt d'agir	69
§4	Le paiement de la taxe	71
§5	Les exceptions	71
Conclusions		73

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

