

Affaire C-631/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

le 14 octobre 2021

Juridiction de renvoi :

Gerechtshof 's-Hertogenbosch (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

le 5 octobre 2021

Partie appelante :

Taxi Horn Tours BV

Parties intimées :

Commune de Weert

Commune de Nederweert

Touringcars VOF

Arrêt

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH (cour d'appel de Bois-le-Duc, Pays-Bas)

Chambre de droit commercial

[OMISSIS]

Arrêt du 5 octobre 2021

dans l'affaire opposant

Taxi Horn Tours B.V.,
établie à Horn, dans la commune de Leudal,
partie appelante,

ci-après « Taxi Horn »,
[OMISSIS]

à

1. Commune de Weert,

[OMISSIS]

et

2. Commune de Nederweert,

[OMISSIS]

parties intimées,

ci-après les « communes »,

[OMISSIS]

3. [...] **Touringcars VOF**

établie à Weert,

partie intimée,

ci-après « [Touringcars] »,

[OMISSIS]

PARTIE I

[OMISSIS]

7. La procédure d'appel

[OMISSIS]

[Éléments de nature procédurale]

8. La suite de l'examen en appel

8.1 [OMISSIS]

8.3 [OMISSIS] Selon [OMISSIS] [les communes], il ne découle pas des règles du droit de l'Union ni de celles du droit national que, lorsqu'une société en nom

collectif soumet une offre, chaque associé est tenu de fournir un document unique de marché européen (ci-après le « DUME »).

8.4 [OMISSIS]

8.5 [OMISSIS]

8.6 [OMISSIS]

8.7 [OMISSIS] [La juridiction de renvoi considère que Taxi Horn a un intérêt suffisant à interjeter appel].

Les questions préjudicielles

8.8 [Les points 8.8 à 8.20 contiennent des observations des parties et de la juridiction de renvoi sur l'opportunité d'ajuster ou d'élargir les questions préjudicielles.]

8.9 [OMISSIS]

8.10 [OMISSIS]

8.11 [OMISSIS]

8.12 [OMISSIS]

8.13 [OMISSIS]

8.14 [OMISSIS]

8.15 [OMISSIS]

8.16 [OMISSIS]

8.17 [OMISSIS]

8.18 [OMISSIS]

8.19 [OMISSIS]

8.20 [OMISSIS]

PARTIE II

[OMISSIS]

9. Les faits

9.1 Taxi Horn a assuré, pour le compte des communes, le transport des élèves de l'enseignement primaire dans le cadre de cours d'éducation physique (ci-après le « transport de la classe de gymnastique »). Le marché courait jusqu'au 1^{er} août 2019, avec possibilité de prorogation. Les communes n'ont pas prorogé le marché, mais ont organisé le 28 février 2019 une procédure d'appel d'offres ouverte d'intérêt européen pour le transport de la classe de gymnastique pour la période allant du 1^{er} janvier 2020 à la fin de l'année scolaire 2027-2028. Le critère d'attribution était celui de l'offre la plus avantageuse du point de vue économique. [OMISSIS]

9.2 Parmi les documents de marché figure le guide du marché public établi par les communes aux fins de ce marché. Le guide du marché public prévoit, entre autres :

« 1.9 La délégation de signature

Un agent habilité à représenter et à engager l'entreprise doit signer la déclaration sur l'honneur complétée (DUME – document unique de marché européen), l'offre et les annexes. En apposant sa signature, le signataire garantit l'exactitude et la validité de l'offre globale.

[...]

1.18 Les offres

[...]

Les offres soumises par un groupement d'entreprises de transport sont également autorisées. Le groupement doit remplir les conditions requises. Si c'est le groupement qui soumet l'offre, il est tenu de désigner une personne de contact. Chaque membre du groupement est solidairement responsable de l'exécution du contrat de transport. L'offre soumise par le groupement doit indiquer de quelle manière la continuité du transport de la classe de gymnastique est assurée lorsqu'un ou plusieurs membres du groupement ne peuvent pas s'acquitter de leurs engagements.

[...]

2.1 Le nombre d'exemplaires/le caractère complet de l'offre

[...]

L'offre doit être complète et contenir les documents suivants :

- une déclaration sur l'honneur (DUME, annexe 2) dûment complétée et valablement signée ; le DUME est un fichier pdf à compléter que nous avons mis à disposition sur TenderNed.

- [...]. »

9.3 Le 11 novembre 2019, il est apparu que seuls Taxi Horn et [Touringcars] avaient répondu à l'appel d'offres. L'offre de [Touringcars] a été déposée par [..] [F]. [F] a déposé un DUME au nom de [Touringcars]. [OMISSIS]

9.4 Par lettres des 3 et 5 décembre 2019, les communes ont informé Taxi Horn de leur intention d'attribuer le marché à [Touringcars].

9.5 Taxi Horn a formé un recours en référé contre cette décision. [Touringcars] est intervenu dans cette procédure en référé. Le juge des référés a débouté Taxi Horn [OMISSIS].

9.6 Les communes ont conclu des contrats avec [Touringcars] pour le transport de la classe de gymnastique. Ces contrats ont débuté le 1^{er} mars 2020.

10. Le litige en degré d'appel

Introduction et arguments des parties

10.1 [OMISSIS]

10.2 La question qui se pose [OMISSIS] en appel est de savoir si [Touringcars] était autorisée à fournir un seul DUME pour la société en nom collectif ou si les deux associés auraient dû fournir chacun leur propre DUME.

10.3 Taxi Horn fait notamment valoir que [Touringcars] est une association permanente entre les entreprises des associés et, partant, un groupement d'entreprises. Il importe donc que les comportements et les déclarations des deux associés puissent être appréciés au regard de leur propre DUME.

10.4 Selon les communes, il convient de faire la distinction entre les associations temporaires et les associations permanentes. Un groupement d'opérateurs économiques tel que visé dans les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics fait référence à une association temporaire. Une société en nom collectif est une association, telle que visée au considérant 14 de la directive 2014/24/UE [du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65)], et constitue donc dans son ensemble, non pas un groupement, mais un opérateur économique. En outre, selon les communes, l'appréciation à porter sur des associés peut être effectuée au regard de la partie III.A du DUME.

[..] Touringcars VOF et ses associés

10.5 La consultation du registre du commerce nous donne les renseignements suivants.

10.5.1 [Touringcars] est une société en nom collectif constituée le 1^{er} janvier 2011 pour une durée indéterminée. Selon le registre du commerce, [Touringcars] emploie 82 personnes et ses activités sont « le transport occasionnel de voyageurs par route, le transport par taxi et le commerce et la réparation de voitures particulières et de véhicules utilitaires légers ».

Les associés de [Touringcars] sont [K] B.V. et [F] Touringcars B.V. Le directeur de [Touringcars] est [...] [F], disposant d'un mandat général. Les deux associés exploitent leur propre entreprise de transport.

10.5.2 L'administrateur de l'associé [K] B.V. est [...] [K].

[F] est le mandataire de [K] B.V., ayant le titre de directeur commercial.

Selon le registre du commerce, [K] B.V. emploie 39 personnes.

10.5.3 L'unique administrateur et actionnaire de l'associé [F] Touringcars B.V. est [...] [F] Beheer B.V.

L'unique administrateur et actionnaire de [...] [F] Beheer B.V. est [F].

Selon le registre du commerce, [F] Touringcars B.V. n'emploie pas de personnel.

10.6 Par lettre du 27 janvier 2020, [...] [K] a notamment déclaré :

« Le 5 janvier 2011, j'ai donné, en qualité d'administrateur habilité à agir seul et de manière autonome de [K] B.V., un mandat général à M. [...] [F] afin de représenter [K] B.V. [...]. Bien que M. [F] et moi-même nous consultations régulièrement sur l'évolution des activités de la société ou des sociétés liée(s) à [K] B.V., je lui laisse l'ensemble de la gestion de la société à compter de cette date.

En ce qui concerne ce dernier, je note également que, à compter du 1^{er} janvier 2011, [K] B.V. a constitué, conjointement avec [F] Touringcars B.V., une société en nom collectif sous la dénomination "[...] Touringcars V.O.F.". Au sein de cette association, M. [F] et moi-même nous consultations régulièrement, mais c'est M. [F] qui dirige effectivement l'entreprise ».

Le droit de l'Union

10.7 La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65) dispose notamment :

Considérant 14

Il convient de préciser 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 » en toutes circonstances.

Considérant 15

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. [...]

Article 2

Définitions

1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

10) « opérateur économique », 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 ;

[...]

Article 19

Opérateurs économiques

[...]

2. Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures de passation de marchés. Ils ne sont pas contraints par les pouvoirs adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre ou une demande de participation. [...]

Article 59

Document unique de marché européen

1. Lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit l'une des conditions suivantes :

- a) il ne se trouve pas dans l'une des situations, visées à l'article 57, qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur ;
- b) il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 58 ;
- c) le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs qui ont été établis conformément à l'article 65.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 63, le DUME comporte également les informations visées au premier alinéa, du présent paragraphe en ce qui concerne ces entités.

Le DUME consiste en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs.

Article 63

Recours aux capacités d'autres entités

1. Un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe XII, partie II, point f), ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 59, 60 et 61, si les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables et s'il existe des motifs d'exclusion en vertu de l'article 57. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur peut exiger ou peut être obligé par l'État membre à exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires.

Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 19, paragraphe 2, peut avoir recours aux capacités de participants du groupement ou d'autres entités.

2. Pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 19, paragraphe 2, par un participant dudit groupement.

10.8 La directive 2014/25/UE, qui s'applique notamment aux services de transport, contient des dispositions similaires (à savoir, respectivement, les considérants 17 et 18, l'article 2, initio et sous 6), l'article 37, paragraphe 2, l'article 80, paragraphe 3, et l'article 79).

10.9 Le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission, du 5 janvier 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (JO 2016, L 3, p. 16) se lit, notamment, comme suit :

Considérant 1

L'un des principaux objectifs des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE est de réduire les lourdeurs administratives auxquelles sont confrontés les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices et les opérateurs économiques, en particulier les petites et moyennes entreprises. Le document unique de marché européen (DUME) constitue un élément essentiel de cette démarche. Le formulaire type pour ce document devrait donc être conçu de manière à supprimer l'obligation de produire un nombre important de certificats ou autres documents relatifs aux critères d'exclusion et de sélection. Dans ce même objectif, le formulaire type devrait également fournir les informations pertinentes concernant les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique a recours, de manière que la vérification de ces informations puisse être effectuée parallèlement aux

vérifications concernant l'opérateur économique principal et aux mêmes conditions.

Annexe 1

Instructions

Le document unique de marché européen (DUME) est une déclaration sur l'honneur des opérateurs économiques servant de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers. Comme le dispose l'article 59 de la directive 2014/24/UE, il s'agit d'une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations qui doivent ou peuvent entraîner l'exclusion d'un opérateur, qu'il répond aux critères de sélection applicables et que, le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs qui ont été établis dans le but de limiter le nombre de candidats remplissant par ailleurs les conditions requises qui seront invités à participer. Il vise à atténuer les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection.

[...]

Un opérateur économique qui participe à **titre individuel** et qui **ne recourt pas aux capacités** d'autres entités pour remplir les critères de sélection doit remplir un DUME.

Un opérateur économique qui participe à **titre individuel**, mais qui **recourt aux capacités** d'une ou de plusieurs autres entités, doit veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice **reçoive** à la fois son DUME et un DUME **distinct** contenant les informations pertinentes pour **chacune des entités auxquelles il fait appel**.

Enfin, lorsqu'un groupement d'opérateurs économiques, y compris s'il s'agit d'une association temporaire, participe conjointement à la procédure de passation de marché, un DUME **distinct** indiquant les informations requises au titre des parties II à V doit être remis pour **chacun** des opérateurs économiques participants.

Dans tous les cas où plusieurs personnes sont membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance d'un opérateur économique ou détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein, chacune de ces personnes **peut avoir** à signer un même DUME, en fonction des règles nationales, y compris celles régissant la protection des données. [...]

Le droit national

10.10 Les directives sur les marchés publics ont été transposées aux Pays-Bas par l'Aanbestedingswet 2012 (loi sur les marchés publics de 2012, Pays-Bas). La loi sur les marchés publics de 2012 se lit comme suit dans les passages qui nous intéressent en l'espèce :

Article 2.52

[...]

3. Une association d'opérateurs économiques peut soumissionner ou se porter candidate.
4. Une association d'opérateurs économiques n'est pas contrainte par le pouvoir adjudicateur d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre ou une demande de participation.

Article 2.84

1. Une déclaration sur l'honneur est une déclaration faite par un opérateur économique dans laquelle il indique :
 - a. si les motifs d'exclusion lui sont applicables ;
 - b. s'il remplit les conditions d'aptitude requises dans l'avis ou dans les documents de marché ;
 - c. s'il respecte ou respectera les spécifications techniques et les conditions d'exécution qui concernent l'environnement et le bien-être des animaux ou qui sont fondées sur des considérations sociales ;
 - d. s'il remplit les critères de sélection et, le cas échéant, de quelle manière.
2. Les données et les informations qui peuvent être exigées dans une déclaration et le modèle ou les modèles de cette déclaration sont déterminés par ou en vertu d'un arrêté administratif de portée générale.

Article 2.85

1. Le pouvoir adjudicateur exige d'un opérateur économique qu'il fournisse, à l'appui de sa demande de participation ou de son offre, une déclaration sur l'honneur conforme au modèle prévu à cet effet, et précise à cet égard les données et les informations devant y figurer.
2. Le pouvoir adjudicateur n'exige pas d'un opérateur économique qu'il fournisse, à l'appui de sa demande de participation ou de son offre, des données et des informations par un autre moyen que la déclaration sur l'honneur, si elles peuvent être demandées dans celle-ci.

3. Le pouvoir adjudicateur peut uniquement demander à un opérateur économique de joindre à sa déclaration sur l'honneur des pièces justificatives qui ne concernent pas les données et les informations susceptibles d'être demandées dans la déclaration sur l'honneur, à moins qu'il ne s'agisse de pièces justificatives visées à l'article 2.93, paragraphe 1, sous a), dans la mesure où elles relèvent de la liste y figurant, ou à l'article 2.93, paragraphe 1, sous b).

4. Un opérateur économique visé au paragraphe 1 du présent article peut fournir une déclaration sur l'honneur déjà utilisée, à condition qu'il confirme que les informations qui y figurent sont toujours valables.

10.11 La loi sur les marchés publics de 2012 se lit comme suit dans les passages qui nous intéressent en l'espèce :

Article 2

1. La déclaration sur l'honneur visée à l'article 2.84 de la présente loi comprend au moins les informations suivantes :

a. des informations sur le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise opérant dans un secteur spécial et sur la procédure de passation de marché ;

b. des informations sur l'opérateur économique ;

c. une déclaration concernant les motifs d'exclusion ;

d. une déclaration concernant les conditions d'aptitude et une déclaration concernant les spécifications techniques et les conditions d'exécution relatives à l'environnement ;

e. une déclaration concernant la manière dont les critères de sélection sont remplis ;

f. une déclaration concernant l'exactitude de la déclaration sur l'honneur complétée et les pouvoirs du signataire ;

g. la date et la signature.

2. [...]

3. Le modèle ou les modèles de la déclaration sur l'honneur sont établis par arrêté ministériel.

La société en nom collectif en droit néerlandais

10.12 [Touringcars] a la forme juridique d'une société en nom collectif. La société en nom collectif est, comme la société simple et la société en commandite, une société de personnes.

10.13 Dans ses conclusions du 31 janvier 2020 (ECLI:NL:PHR:2020:97) (points 3.3 à 3.8), le procureur général près le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a décrit la société de personnes comme suit.

« *Les différentes sociétés de personnes*

3.3 Notre droit connaît trois sociétés de personnes : la société simple, la société en nom collectif et la société en commandite. Il s'agit de formes de coopération contractuelles, lesquelles, contrairement aux personnes morales visées au livre 2 du code civil néerlandais ¹, ne sont pas des institutions. Parallèlement, elles sont parfois, et peut-être devrions-nous dire de plus en plus souvent, considérées comme des entités, de sorte que la question de la personnalité juridique et/ou celle de la subjectivité juridique se posent (de manière plus insistante). La société en nom collectif ² et la société en commandite sont des formes qualifiées de société simple.

3.4 L'article 7A:1655 du code civil néerlandais définit la société simple ("maatschap") comme suit : "Une société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre quelque chose en commun, en vue de partager entre elles le bénéfice qui en résulte".

Une société simple peut être "interne" [ou] "publique" ; l'élément déterminant est de savoir si elle participe ou non à des activités commerciales sous une dénomination commune. Si elle agit sous une dénomination commune, la société simple est publique. Si ce n'est pas le cas, elle est dite "interne" ; les tiers ignorent alors l'existence de cette société simple (de sorte que ce n'est pas avec la "société simple" qu'ils concluent des contrats). La société en nom collectif et la société en commandite font toutes deux partie de la catégorie des "sociétés simples publiques". L'article 16 du code de commerce néerlandais ³ définit la société en nom collectif comme suit :

"Une société en nom collectif est une société simple conclue en vue d'exercer une activité commerciale sous une dénomination commune".

La société en nom collectif est donc une société simple ayant vocation à exercer une activité commerciale sous une dénomination commune. [OMISSIS]

3.5 Il résulte de la lecture combinée de l'article 16 du code de commerce néerlandais et de l'article 7A:1655 du code civil néerlandais mentionnés ci-dessus que la société en nom collectif :

a) est un contrat,

¹ En néerlandais : Burgerlijk Wetboek [OMISSIS].

² En néerlandais : vennootschap onder firma ou « vof ».

³ En néerlandais : Wetboek van Koophandel [OMISSIS].

- b) ayant pour objet la coopération entre deux ou plusieurs personnes,
- c) qui s'engagent à mettre quelque chose en commun,
- d) en vue d'obtenir un bénéfice commun,
- e) laquelle coopération sert à l'exercice d'une activité commerciale, et
- f) qui est conclu sous une dénomination commune.

La loi n'impose aucune condition de forme à la naissance d'une société simple, d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. Dès que l'association répond à la définition de l'article 7A:1655 du code civil néerlandais et/ou de l'article 16 ou de l'article 19 du code de commerce néerlandais, elle peut être qualifiée de société simple, de société en nom collectif ou de société en commandite. En ce qui concerne la société en nom collectif (et la société en commandite), la loi prévoit toutefois qu'elles doivent être conclues par acte authentique ou sous seing privé (article 22 du code de commerce néerlandais) et qu'elles doivent être inscrites au registre du commerce (article 23 du code de commerce néerlandais), mais il ne s'agit donc pas d'éléments constitutifs requis. L'obligation de produire un acte n'a qu'une fonction probatoire (article 157 du code de procédure civile néerlandais⁴), et l'obligation d'inscription au registre du commerce sert à protéger les tiers (sécurité juridique).

Pouvoir de représentation et responsabilité solidaire des associés

3.6 L'article 17, paragraphe 1, du code de commerce néerlandais prévoit que, sauf accord contractuel contraire, tout associé est habilité à agir au nom de la société en nom collectif :

“Chacun des associés, qui n'aura pas été privé du pouvoir de représentation, est habilité à agir, à dépenser et recevoir des fonds au nom de la société et à l'engager envers des tiers et à engager des tiers envers elle”.

L'article 18 du code de commerce néerlandais est consacré aux conséquences juridiques :

“Dans les sociétés en nom collectif, chacun des associés est solidairement tenu des engagements de la société”.

Les associés sont donc solidairement tenus au sens de l'article 6:6, paragraphe 2, du code civil néerlandais, ce qui signifie que chaque associé répond de toutes les dettes de la société ».

⁴ En néerlandais : Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

10.14 Dans son arrêt du 19 avril 2019, UWV/administrateur (ECLI:NL:HR:2019:649), le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a retenu le principe suivant pour la société en nom collectif :

« 3.4.1

Une société en nom collectif est une relation juridique contractuelle conclue dans le but d'exercer une activité commerciale sous une dénomination commune dans le cadre d'une association durable (voir article 16 du code de commerce néerlandais lu conjointement avec l'article 7A:1655 du code civil néerlandais). En l'état actuel de la législation, la société en nom collectif n'est pas dotée de la personnalité juridique. Néanmoins, la législation et la jurisprudence confèrent dans une certaine mesure à la société en nom collectif, lorsqu'elle agit dans les rapports juridiques, une position indépendante par rapport aux associés pris séparément. Par exemple, une société en nom collectif peut ester en justice en nom propre (article 51, paragraphe 2, du code de procédure civile néerlandais) et peut être déclarée en faillite en nom propre [article 4, paragraphe 3, de la Faillissementswet (loi sur la faillite néerlandaise)]. En outre, selon la jurisprudence constante du Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas), le patrimoine des associés affecté à l'activité de la société en nom collectif est distinct de leur patrimoine privé. Ce patrimoine distinct peut servir à rembourser les dettes contractées dans le cadre de l'activité exercée par la société en nom collectif. La faillite de la société en nom collectif emporte liquidation et partage du patrimoine distinct et n'entraîne pas toujours et automatiquement la faillite des associés. [...]

3.4.2

L'absence de personnalité juridique a pour conséquence que la société en nom collectif n'est pas titulaire en propre de droits subjectifs et d'obligations. Lorsqu'un associé agit au nom de la société en nom collectif (ce que chaque associé est, en principe, habilité à faire en vertu de l'article 17 du code de commerce néerlandais), il le fait au nom de l'ensemble des associés de la société en nom collectif (ci-après les "coassociés") et les lie. Un contrat conclut avec une société en nom collectif doit donc être considéré comme étant conclu avec les coassociés en leur qualité d'associés [...].

3.4.3

L'article 18 du code de commerce néerlandais dispose que chacun des associés est solidairement tenu des engagements de la société. Cette disposition signifie que chaque associé est responsable pour l'ensemble des engagements des coassociés en leur qualité d'associés. L'article 18 du code de commerce néerlandais constitue donc une exception au principe énoncé à l'article 6:6, paragraphe 1, du code civil néerlandais selon lequel, lorsque deux ou plusieurs débiteurs doivent une seule prestation, chacun d'eux est tenu à une part égale. L'article 18 du code de

commerce néerlandais crée par conséquent une solidarité entre les associés et non une solidarité de chaque associé avec la société en nom collectif (les coassociés).

3.4.4

Le créancier des coassociés peut agir tant contre les coassociés (“contre la société en nom collectif”) que contre chaque associé pris séparément. Le créancier de la société a donc envers chaque associé deux actions concurrentes : l’une envers les coassociés (“envers la société en nom collectif”) sur le patrimoine distinct de la société en nom collectif, et l’autre envers la personne de l’associé sur son patrimoine privé. L’associé ne peut pas opposer à la première action les moyens de défense qui lui sont personnels, mais il peut les opposer à la seconde. Un jugement rendu nommément à l’égard de la société en nom collectif et faisant droit à une action uniquement contre la société en nom collectif ne peut pas revêtir d’autorité de la chose jugée à l’égard de la personne d’un associé et ne peut pas être exécuté sur son patrimoine privé. Un créancier de la société en nom collectif peut attirer en justice tant la société en nom collectif (les coassociés en cette qualité) qu’un ou plusieurs associés à titre privé ; il peut également attirer à la fois la première et les seconds, et ce, consécutivement ou simultanément. [...] »

Les questions préjudicielles en interprétation

10.15 En l’espèce, les associés ([K] B.V. et [F] Touringcars B.V.) sont eux-mêmes des opérateurs économiques qui, avec une entreprise propre, ont également eux-mêmes des activités sur le même marché que l’entreprise (à savoir la société en nom collectif) qui a soumissionné (à savoir [Touringcars]). Taxi Horn a fait valoir à cet égard que [Touringcars] utilise des moyens mis à sa disposition par les propres entreprises des associés. Les communes l’ont récusé.

10.16 Il importe que le pouvoir adjudicateur puisse examiner si l’opérateur économique qui souhaite exécuter un marché doit être exclu et s’il remplit les conditions d’aptitude, les conditions spécifiques et les critères de sélection. Si des personnes coopèrent durablement et sous une dénomination commune dans une entreprise commune distincte, on se demande si cet examen peut se limiter à la seule entreprise commune ou s’il doit également porter sur chacune des personnes associées.

10.17 La question essentielle est de savoir quand un opérateur économique peut se limiter à fournir un seul DUME lorsqu’il se compose de personnes (physiques et/ou morales) associées. Cela nécessite une interprétation des articles 2, 19, 59 et 63 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et du règlement d’exécution (UE) 2016/7. [OMISSIS]

10.18 [Éléments de nature procédurale]

11. L'arrêt

La juridiction de céans :

11.1 demande à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter les articles 2, 19, 59 et 63 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et le règlement d'exécution (UE) 2016/7 en statuant sur les questions suivantes :

1. Lorsque des personnes (physiques et/ou morales) associées ont une entreprise commune (sous la forme, en l'espèce, d'une société en nom collectif), :
 - chacune des personnes associées est-elle tenue de fournir séparément un document unique de marché européen ; ou
 - chacune des personnes associées et leur entreprise commune sont-elles tenues de fournir séparément un document unique de marché européen ; ou
 - l'entreprise commune est-elle seule tenue de fournir un document unique de marché européen ?

2. La réponse à cette question varie-t-elle selon que :
 - l'entreprise commune est temporaire ou ne l'est pas (c'est-à-dire qu'elle est durable) ;
 - les personnes associées sont elles-mêmes des opérateurs économiques ;
 - les personnes associées exploitent leurs propres entreprises qui sont similaires à l'entreprise commune, ou du moins actives sur le même marché que celle-ci ;
 - l'entreprise commune n'est pas une personne morale ;
 - l'entreprise commune peut effectivement avoir un patrimoine distinct (de celui des associés) (gage des créanciers) ;
 - en vertu du droit national, l'entreprise commune a le pouvoir de représenter les personnes associées dans la réponse aux questions du document unique de marché européen ;
 - en vertu du droit national, dans une société en nom collectif, ce sont les associés qui assument les obligations découlant du marché et qui sont solidairement responsables de leur bonne exécution (et non, partant, la société en nom collectif elle-même) ?

3. Si plusieurs des facteurs mentionnés à la deuxième question ci-dessus ont une incidence, comment s'articulent-ils ? Certains facteurs ont-ils une plus grande incidence que d'autres, ou sont-ils même déterminants ?
4. Dans le cadre d'une entreprise commune, le document unique de marché européen distinct exigé en tout état de cause d'une personne associée l'est-il à juste titre si des moyens appartenant à la propre entreprise de cette personne (tels que le personnel et des moyens logistiques) seront (également) utilisés pour l'exécution du marché ?
5. L'entreprise commune doit-elle remplir certaines conditions pour pouvoir être considérée comme un opérateur économique unique ? En cas de réponse affirmative, quelles sont ces conditions ?

11.2 [Éléments de nature procédurale]

11.3 [idem] [OMISSIS]

[OMISSIS]