



GUIDES  
JURIDIQUES

3<sup>e</sup> édition

# Groupement d'entreprises et cotraitance

Montages contractuels – Obligations – Responsabilités

Jean-Pierre Babando

Groupement  
solidaire

Sous-traité

Groupement conjoint

Mandataire commun

Assurance

CONVENTION DE GROUPEMENT

Concurrence

Marché  
public

Maître

Travaux

GIE chef de file

d'ouvrage

Société en participation

EDITIONS

LE MONITEUR

# Sommaire

	Sigles et abréviations.....	7
	Introduction.....	9
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec le maître de l'ouvrage.....</b>	<b>11</b>
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés entre eux.....</b>	<b>69</b>
<b>CHAPITRE 3</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les tiers.....</b>	<b>159</b>
<b>ANNEXES</b>	<b>Modèles.....</b>	<b>195</b>
<b>MODÈLE 1</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises conjointes.....</b>	<b>197</b>
<b>MODÈLE 2</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises solidaires.....</b>	<b>207</b>
<b>MODÈLE 3</b>	<b>Statuts de société en participation.....</b>	<b>217</b>
<b>MODÈLE 4</b>	<b>Règlement intérieur de société en participation.....</b>	<b>229</b>
<b>MODÈLE 5</b>	<b>Délégation de pouvoirs.....</b>	<b>235</b>
<b>MODÈLE 6</b>	<b>Demande d'ouverture d'un compte commun sans solidarité... ..</b>	<b>237</b>
	Index.....	239
	Table des matières.....	245

Les obligations supportées par les cotraitants envers le maître de l'ouvrage revêtent des aspects plus originaux. Les différents types de cotraitance seront examinés dans une première section, puis, dans une seconde section, les obligations renforcées de l'un d'entre eux, le mandataire commun qui occupe une position particulière.

### **1.2.1 Différents types de cotraitance**

Il peut être distingué trois types de cotraitance, selon que la solidarité est absente de l'engagement des entrepreneurs groupés, qu'elle existe pour le mandataire commun qui devient le garant de la défaillance éventuelle des autres cotraitants ou bien qu'elle existe pour l'ensemble de ceux-ci.

#### **1.2.1.1 Chacun des cotraitants est seulement tenu de la réalisation de ses propres travaux**

L'originalité de ce type de groupement réside dans le fait qu'il exclut toute solidarité des cotraitants envers le maître de l'ouvrage. Chacun des cotraitants a des rapports contractuels directs avec le maître de l'ouvrage. Le mandataire commun désigné par les cotraitants n'est tenu à aucun engagement solidaire. Cette formule de groupement sans solidarité était d'ailleurs prévue par le projet de loi visant à donner un statut légal aux groupements momentanés d'entreprises. L'article 3 du projet de statut initial posait cependant le principe de la responsabilité solidaire du mandataire commun. Cette disposition du projet fut critiquée dans le rapport de la Commission des lois en ces termes « [...] l'impossibilité par le mandataire commun d'échapper à sa responsabilité globale, si elle est incontestablement protectrice des intérêts du maître de l'ouvrage, va à l'encontre de la liberté contractuelle. Or, ce qui est essentiel c'est que le maître de l'ouvrage connaisse les stipulations relatives à la responsabilité des membres du groupement. On ne voit pas pourquoi il serait interdit de traiter avec un groupement dont tous les membres seraient seulement tenus conjointement, dès lors que le maître de l'ouvrage ne risque pas d'être abusé sur la responsabilité de chacun. D'autant que le maître de l'ouvrage peut exiger une caution de bonne fin des travaux ». Cela aboutit à un amendement qui prévoyait au contraire le principe de l'absence de responsabilité solidaire de chacun des cotraitants, sauf stipulation contraire expresse.

#### **Cadre des marchés privés**

En pratique, ce type de groupement peut se rencontrer dans les marchés privés, lorsque le maître de l'ouvrage souhaite disposer d'un interlocuteur unique, voire d'un coordonnateur des différents cotraitants, mais ne veut pas nécessairement se garantir contre la défaillance d'un ou plusieurs d'entre eux par un engagement solidaire.

La norme NF P 03-001 applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés précise d'ailleurs bien dans son article 3.1.11 consacré au mandataire commun d'un groupement d'entreprise, que le mandataire peut être solidaire de chacun des autres entrepreneurs dans les obligations de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage, mais seulement si le marché le prévoit.

De même, le modèle de marché privé de travaux, entreprises cotraitantes de la CAPEB, destiné aux entreprises artisanales, précise dans son article 8 : « Pour l'exécution du présent

marché de travaux en cotraitance, aucune des entreprises (pas même le mandataire commun), n'est solidaire des autres cotraitants envers le client ».

### **Cadre des marchés publics**

C'est probablement parce que ce type de groupement prive le maître de l'ouvrage de la solidarité que le CCAG-travaux de 1976 n'avait pas envisagé ce type de groupement. On pouvait cependant déjà rencontrer ce type de groupement dans les marchés publics qui relevaient de cahiers des charges antérieurs aux CCAG-travaux de 1976. Ainsi, la jurisprudence avait eu l'occasion d'indiquer, pour un marché datant de 1965 qu'il n'existait aucune clause instaurant une quelconque solidarité et qu'aucun des cocontractants n'était solidaire (CE 18 avril 1984, COFEBA, OPHLM de Bayonne et SAE, req. n° 1460-1468).

Depuis l'entrée en vigueur du CCAG-travaux le 1<sup>er</sup> juin 1976, le défaut d'engagement solidaire du mandataire était difficilement possible puisque l'article 2.31 dudit document précisait qu'il n'existait que deux sortes d'entrepreneurs groupés : les entrepreneurs groupés solidaires lorsque le marché n'est pas divisé en lots et les entrepreneurs groupés conjoints lorsque le marché est divisé en lots. Le CCAG-travaux s'est vu en 2001 confisqué par le Code des marchés publics, l'essentiel des dispositions relatives à la cotraitance.

Le Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 avait innové en la matière puisque à compter du Code des marchés publics de 2001, le mandataire commun d'un groupement d'entreprises pouvait éventuellement ne pas assumer de solidarité envers le maître de l'ouvrage. Il s'agissait d'une mesure prise en faveur des petites et moyennes entreprises afin que celles-ci puissent plus facilement accéder à la fonction de mandataire. Cette règle a subsisté depuis le Code des marchés publics de 2001 et a été confirmée par le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

La création de cette catégorie de groupement d'entreprises dans les marchés publics est une bonne chose puisque cela permet un alignement de la pratique des marchés publics sur celle des marchés privés qui connaissait depuis la création des groupements d'entreprises, trois catégories de groupements alors que la pratique des marchés publics n'en connaissait que deux ; ce qui était source de confusion pour les utilisateurs des groupements d'entreprises.

Le CCAG-travaux, qui résulte de l'arrêté du 8 septembre 2009 et applicable à compter du 2 janvier 2010, renvoie dans son article 3.5 aux dispositions du Code des marchés publics pour la cotraitance. L'existence de trois catégories de cotraitance est ainsi consacrée, cela d'autant plus que le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics confirme dans le libellé de son article 45-III que le mandataire est solidaire seulement si le marché le prévoit.

#### **1.2.1.2 Chacun des cotraitants est tenu de la réalisation de ses propres travaux mais le mandataire commun est solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage**

On trouve le plus souvent ce type de groupement dans le domaine des travaux de bâtiment plutôt que dans celui du génie civil. En effet, lors de la réalisation d'un marché de bâtiment, peuvent coexister au sein d'un même groupement des entreprises de second œuvre (menuisiers, vitriers, plombiers, etc.), de taille et de surface financière le plus souvent modeste et l'entreprise de gros œuvre, de taille et de surface financière le plus souvent importante.

L'engagement solidaire de l'entreprise de gros œuvre, en tant que mandataire, constitue une garantie efficace pour le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'un des cotraitants, alors que l'engagement solidaire des entreprises de second œuvre ne constitue pour celui-ci qu'une garantie de nature limitée.

Il convient d'observer que lorsque des réserves ont été faites à la réception, les relations contractuelles peuvent se poursuivre au-delà de la réception et du délai de garantie de parfait achèvement. La solidarité peut alors se poursuivre au-delà du délai de garantie pour le mandataire commun.

### **JURISPRUDENCE**

#### **CE 26 janvier 2007, Société MAS, entreprise générale, req. n° 2064 306**

Considérant [...] que lorsque des travaux ou prestations sont rendus nécessaires par les désordres ayant donné lieu à des réserves de la part du maître de l'ouvrage lors de la réception et que ces travaux ou prestations ne sont pas exécutés, les relations contractuelles se poursuivent au-delà de l'expiration du délai de garantie, même s'il n'a fait l'objet d'aucune mesure de prolongation, tant que les réserves n'ont pas été levées ; qu'il en résulte qu'en cas de réserves opposées à des constructeurs membres d'un groupement conjoint, la responsabilité solidaire du mandataire de ce groupement peut être engagée sur un fondement contractuel jusqu'à la levée des réserves par le maître de l'ouvrage.

#### **Cadre des marchés privés**

Alors que la norme NF P 03-002 d'octobre 2014 pour les travaux de génie civil ne donne aucune définition de ce type de groupement, la norme NF P 03-001 pour les travaux de bâtiment dispose dans son article 3.1.7 : « les entrepreneurs groupés sont conjoints lorsque, les travaux étant divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs, chacun d'eux est engagé pour le ou les lots qui lui sont assignés ». Le même document prévoit dans son article 3.1.11 que le mandataire commun peut être solidaire si le marché le prévoit.

#### **Cadre des marchés publics**

Pour la réalisation des marchés publics, jusqu'au 31 mai 1976, le décret n° 62-1279 du 20 octobre 1962 (*JO* du 3 novembre 1962, p. 10640) rendait obligatoire le fascicule n° 02 du cahier des prestations communes applicables aux marchés de travaux de bâtiment pour les marchés passés par l'État et les établissements publics nationaux. Ce fascicule n° 02, spécialement applicable aux marchés de l'État passés avec des entreprises groupées, pouvait d'ailleurs être utilisé également par les collectivités locales. Le modèle de soumission annexé au fascicule n° 02 indiquait clairement que le mandataire commun était solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage jusqu'à la réception définitive.

Le 1<sup>er</sup> juin 1976 est entré en vigueur un nouveau CCAG de travaux applicable à la fois aux marchés de bâtiment et de génie civil. Il résultait de ce document que c'était la division des travaux en lots dans le marché qui constituait le signe de la présence d'entrepreneurs groupés conjoints.

Il faut attendre le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 qui ajoute un article 46-1, pour que le Code des marchés publics consacre une disposition aux groupements d'entreprises : « Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre groupée dans les conditions prévues au règlement de la consultation. Les candidatures ou les offres sont signées, soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations

## 2.2.1 Situation de la société en participation par rapport au marché

### 2.2.1.1 Cotraitance et société en participation

#### Facilité de constitution de la société en participation

Le secteur du bâtiment et des travaux publics est un secteur de prédilection pour l'usage des sociétés en participation. Plus que le caractère traditionnellement occulte de ce type de société, c'est le caractère fort souple de la société en participation qui intéresse les entrepreneurs dès lors qu'ils souhaitent se répartir dans une structure sociétaire le résultat d'un marché. La société en participation est actuellement régie par les articles 1871 à 1873 du Code civil tels qu'ils résultent de la loi du 4 janvier 1978.

#### **BIBLIOGRAPHIE**

*Encyclopédie Dalloz Sté*, « Société en participation » par M. Jeantin

*Jurisclassieurs Sté*, « Société en participation » par J. Derruppé, fasc. 44

Y. Chartier, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP* 1978, 1-2917 et « Remarques sur la société en participation », *RTD Commercial*. 1979.637

J. Guyenot, « Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil », *Gaz. Pal.* 1978. II. 386

« Les assises contractuelles de la société en participation », *LPA* 25 août 1986, p. 4 et suivantes

« Les sociétés en participation », *LPA* 1979, nos 137, 138 et 148

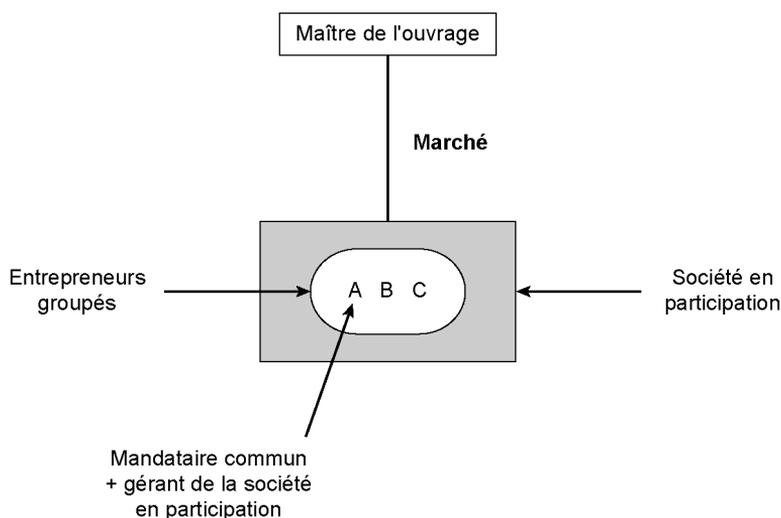
« Les sociétés en participation : rapports entre associés à l'égard des tiers », *LPA* 17 août 1987, p. 4 et suivantes

J. Foyer, « La réforme du titre IX du livre III du Code civil », *Revue des sociétés*, 1978.1

J.-P. Babando, « Réussir un chantier avec une société en participation », *Le Moniteur*, 4 juillet 2008, p. 89.

La société en participation n'est pas immatriculée et, par conséquent, elle n'a pas de personnalité morale. De ce fait, elle n'a ni siège social, ni raison sociale, ni patrimoine social. Les conditions légales exigées pour sa constitution sont peu contraignantes puisqu'en vertu des dispositions de l'article 1871 alinéa 2 du Code civil, les entrepreneurs peuvent s'organiser librement, sous la simple réserve de respecter les conditions prévues aux articles 1128 et 1129 du Code civil pour la validité de toute convention et de ne pas déroger à certaines dispositions impératives du droit des sociétés en général : respect de la définition de la société telle qu'indiquée à l'article 1832 du Code civil, consentement obligatoire de chaque associé pour l'augmentation de ses engagements, interdiction d'exclure un des associés des décisions collectives, interdiction d'attribuer à un associé la totalité du profit ou de l'exonérer de la totalité des pertes, interdiction également d'exclure un associé du profit ou de mettre à sa charge la totalité des pertes.

Pour constituer une société en participation, il n'est pas nécessaire que tous les entrepreneurs soient partie à un marché de travaux. En ce qui concerne les marchés publics, une circulaire du ministre de la Reconstruction du 7 août 1947 (voir *supra*, § 1.1) indiquait déjà : « Dans certains cas, vous vous apercevrez que l'entreprise avec laquelle vous traitez n'est en réalité que la gérante des intérêts d'autres entreprises groupées en association en participation [...]. Vous n'avez pas, en principe, à connaître ces sortes d'associations qui possèdent un caractère occulte à l'égard des tiers. » Une société en participation peut également être constituée entre des entrepreneurs titulaires de marchés séparés. Mais, le plus souvent pourtant ce sont les cotitulaires d'un même marché qui établissent entre eux des statuts de société en participation (voir fig. 2.1).



**Fig. 2.1. Cas où la société en participation est constituée avec l'ensemble des entrepreneurs groupés**

Cela s'explique évidemment par le fait que les entrepreneurs qui répondent à un appel d'offres en groupement d'entreprises sont animés déjà d'une volonté de coopération. De cette volonté de coopération à la volonté de s'associer il n'y a assez souvent qu'un pas, que certains franchissent dès lors qu'ils ont l'intention de supporter en commun le risque économique de la réalisation du marché. Pour cela, il faut que les entrepreneurs acceptent chacun, non pas d'être rémunérés en fonction de la partie des travaux qui leur est attribuée au titre du marché, mais en fonction d'une part définie en pourcentage dans les statuts de la société en participation correspondant aux apports effectués par chacun des associés.

### Organisation de la société en participation

Le choix que font les entreprises pour réaliser les travaux en société en participation plutôt que simplement en groupement d'entreprises obéit à des raisons pratiques :

- lorsque, par exemple, la nature des travaux à réaliser (percement d'un tunnel, réalisation d'un collecteur assainissement souterrain, etc.) exige que les équipes des différentes entreprises soient mise en commun. La société en participation est alors constituée du fait du caractère exigü de l'espace sur le chantier et des difficultés de partition des travaux à réaliser ;
- si, par exemple, les travaux à réaliser présentent certains points critiques sur le plan technique et financier. Si une entreprise ne veut pas assumer à elle seule le risque sur ce point critique, les entreprises décideront de s'unir selon une structure sociétaire afin que le risque économique et financier soit supporté en commun ;
- lorsque, par exemple, la nature des travaux à réaliser (percement d'un tunnel, fonçage souterrain, etc.) exige la location ou l'achat d'une machine onéreuse, qu'aucune des entreprises ne veut ou ne peut assumer à elle seule. La société en participation est alors constituée dans le but de se procurer en commun la machine en question.

Les cotraitants vont établir entre eux des statuts de société en participation, à la place de la convention de groupement d'entreprises qu'ils auraient rédigée s'ils n'avaient pas préféré adopter une structure sociétaire au sein de laquelle ils vont confondre leurs forces. Obéissant à des raisons pratiques, ce choix doit être clair et précis. Entre le groupement d'entreprises et la société en participation, il faut choisir l'une des deux formes d'union entre les entreprises, sous peine d'être confronté à de sérieuses difficultés. Il peut arriver que, une fois le marché obtenu, les entreprises qui souhaitent réaliser les travaux en société en participation ne se contentent pas toujours de rédiger des statuts de société en participation, mais établissent également entre elles une convention de groupement. La raison invoquée est parfois l'exigence du maître de l'ouvrage que lui soit communiquée la convention de groupement pour un marché dévolu en groupement d'entreprises. On rappellera ici que si, en matière de sous-traitance, en vertu de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, l'entrepreneur principal doit communiquer au maître de l'ouvrage le contrat de sous-traitance, il n'existe pas de dispositions légales semblables en matière de groupement d'entreprises. Les entrepreneurs groupés n'ont donc pas l'obligation de communiquer une convention de groupement, à moins naturellement qu'ils aient pris des engagements dans ce sens durant la consultation. Mais les raisons d'une telle pratique résident parfois simplement dans un manque d'anticipation par rapport à un montage contractuel complexe.

Une décision de la Cour de cassation du 14 février 1998 est le parfait témoignage du risque que constitue pour les entreprises la rédaction superposée d'un contrat de société en participation et d'une convention de groupement. Deux sociétés avaient obtenu un marché passé en groupement d'entreprises solidaires pour la réalisation de deux parcs souterrains. Elles avaient rédigé entre elles des statuts de société en participation ainsi qu'une convention de groupement où il était précisé que chacune des deux entreprises réaliserait un des deux parkings souterrains. Le maître de l'ouvrage s'étant plaint de désordres affectant l'un des deux parkings, une expertise judiciaire intervint, puis un accord amiable s'en suivit, selon lequel il fut convenu que les deux entreprises procéderaient au versement d'une indemnité forfaitaire entre les mains du maître de l'ouvrage. Ce qui conduisit les deux entreprises devant le juge, ce fut le différend né à propos de la manière dont devait être répartie l'indemnité à verser au maître de l'ouvrage. L'entreprise qui avait réalisé le parking affecté de malfaçons prétendait que la convention qui liait les deux entreprises était une société en participation et, qu'en conséquence, l'indemnité devait être supportée par moitié. À l'opposé, l'entreprise qui n'avait pas réalisé celui des parkings atteint de malfaçons prétendait qu'il s'agissait d'un groupement et que l'entreprise qui avait effectivement réalisé le parking affecté de malfaçons devait régler l'intégralité de cette indemnité.

Confrontés à des documents complexes et sur certains points contradictoires, les juges ont fait prévaloir la convention de groupement sur l'acte de société en participation.

#### **JURISPRUDENCE**

**Cass. Com., 24 février 1998, Entreprise Heulin, pourvoi n° 95-21542, MTP 4 décembre 1998, p. 344**

Mais, attendu que l'arrêt relève que les rapports des sociétés Heulin et Bouygues à l'occasion du marché de travaux conclu avec la société des parcs étaient régis par deux actes distincts et complémentaires, une convention de groupement d'entreprises et un acte de société en participation, que le premier de ces actes précisait que « le fait pour les entreprises de se grouper pour le marché susvisé n'impliquait en aucune façon d'*affectio societatis* de leur part » et que le second prévoyait une répartition par moitié des bénéfices et des pertes lors de la dissolution de la société ; qu'étant ainsi dans la nécessité de rapprocher et de combiner les actes en cause pour en dégager le sens

et la portée, la cour d'appel, qui a constaté que la société en participation ne s'analysait que comme une société de moyens chargée de la gestion du groupement d'entreprises mais ne se confondant pas avec lui et estimé qu'il en résultait qu'à défaut d'*affectio societatis* entre les membres du groupement, il n'y avait pas lieu à partage égal des indemnités transactionnelles dues au maître de l'ouvrage à la suite de malfaçons imputables à l'un d'entre eux, ne peut se voir reprocher d'avoir procédé à leur interprétation, laquelle excluait la dénaturation alléguée ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

Le caractère souple de la société en participation et, en particulier, le fait qu'elle n'a pas de personnalité juridique permettent aux entrepreneurs de s'organiser entre eux sans pour autant perturber le schéma contractuel existant entre eux et le maître de l'ouvrage.

Les entreprises créent généralement un comité de direction, organe souverain, composé d'un ou de deux représentants de chacun des associés, au sein duquel les décisions les plus importantes sont prises, le plus souvent à l'unanimité, ce qui est le reflet de l'*intuitu personae* qui caractérise le contrat de société en participation. Les entreprises associées désignent habituellement l'une d'entre elles pour assumer la mission de gérant administratif et comptable alors qu'une des autres entreprises associée est chargée en tant que mandataire du groupement, d'assurer une mission de représentation et de coordination des travaux.

Dans la situation où l'une des entreprises serait mandataire des entrepreneurs groupés et disposerait dans la société en participation d'un pourcentage très important, celle-ci pourrait être également chargée de la gérance administrative de la société en participation.

Toutefois, dans la pratique, l'un des associés cumule rarement le rôle de gérant administratif et de mandataire du groupement. Le souci qu'ont les associés d'équilibrer les pouvoirs au sein de la société en participation ainsi que la volonté de rationaliser les tâches conduisent assez souvent les associés à dissocier la fonction de gérance administrative de celle de mandataire. Dans ce cas, l'un des associés dont la part est jugée suffisamment importante dans la société se voit confier les tâches de gestion administrative et comptable de celle-ci tandis que le mandataire commun des entrepreneurs groupés est chargé de rechercher et de proposer le directeur des travaux. Cette fonction comporte à la fois la conduite technique du chantier ainsi qu'un rôle de représentation envers le maître de l'ouvrage. Le gérant de la société a évidemment, dans ce cas, un rôle plus effacé apparaissant simplement comme l'un des entrepreneurs groupés aux yeux du maître de l'ouvrage.

Ce mode d'organisation ne modifie en rien les rapports contractuels existant entre les cotraitants et le maître de l'ouvrage puisque les cotraitants continuent à être connus par le maître d'ouvrage en tant que simples entrepreneurs groupés. De plus, la simple présence de la société en participation ne crée en elle-même aucun lien de solidarité passive ou active entre les associés et le maître de l'ouvrage. La société en participation n'étant pas dotée de la personnalité juridique, seules les entreprises associées au sein de la société en participation peuvent être titulaires de droits et obligations envers le maître de l'ouvrage. Dans les marchés passés en groupement d'entreprises figure souvent une clause de solidarité passive garantissant le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'une des entreprises. S'agissant de la solidarité active, c'est-à-dire celle qui concernerait une créance envers le maître de l'ouvrage, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le fait pour deux entreprises d'être associées au sein d'une société en participation ne leur conférait pas à chacune le droit d'agir pour l'intégralité du paiement de travaux supplémentaires (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 octobre 2009, Société SICRA / société LESSEPS, pourvoi n° 08-17285).

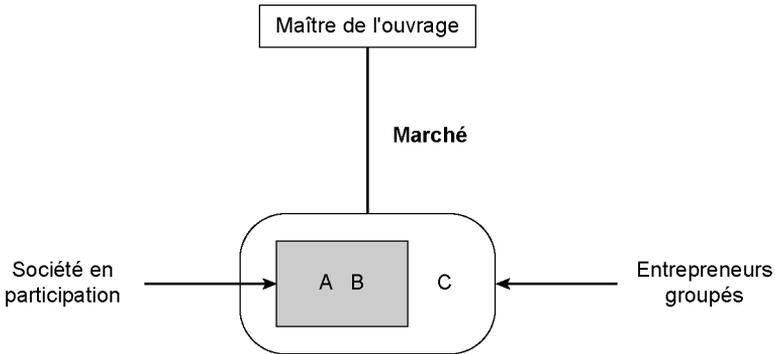
En ce qui concerne la solidarité passive, dans l'hypothèse où les associés se seraient comportés en tant qu'« associés au vu et au su des tiers » (par exemple envers le maître de l'ouvrage) ainsi que l'envisage l'article 1872-1 alinéa 2 du Code civil, les rapports entre le maître de l'ouvrage et les cotraitants pourraient en être modifiés. En effet, les entrepreneurs se trouveraient engagés envers le maître de l'ouvrage de façon solidaire malgré l'absence de clause prévoyant cette solidarité dans les pièces du marché (V. Petel, « La révélation aux tiers de la société en participation », *JCP* 1987, E I, n° 16369 ; Blanc-Jouvan, « La révélation aux tiers de la société en participation », *RTD Com.*, 1959, p. 649). En pratique, cependant, cette hypothèse ne peut viser que des cas assez marginaux puisque la plupart des sociétés en participation sont créées à partir d'offres en groupements solidaires où les cotraitants sont déjà groupés solidairement envers le maître de l'ouvrage au titre du marché de travaux. Nous ne connaissons d'ailleurs aucune décision déclarant des entrepreneurs groupés tenus à solidarité envers le maître de l'ouvrage du fait des comportements visés à l'article 1872-1 alinéa 2 du Code civil, aussi bien dans le domaine des travaux publics que dans celui du bâtiment, les entrepreneurs groupés s'en tenant dans leurs rapports avec le maître de l'ouvrage au schéma initial défini par le marché de travaux.

### **2.2.1.2 Modes d'utilisation de la société en participation**

#### **La société en participation est constituée avec l'ensemble des entrepreneurs groupés ou certains d'entre eux**

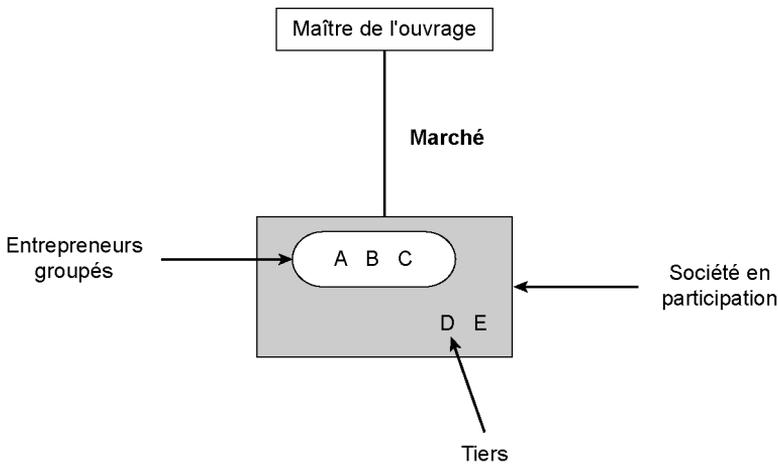
Lorsque c'est l'ensemble des entrepreneurs groupés qui entre dans la société en participation, des statuts de société en participation vont prendre la place de la convention de groupement que les entrepreneurs auraient adoptée s'ils n'avaient pas opté pour une forme sociétaire. Leurs rapports vont s'en trouver profondément modifiés, les entrepreneurs ayant accepté de supporter en commun l'aléa économique de la réalisation des travaux plutôt que d'assumer le risque de manière individuelle sur une partie des travaux à exécuter par chacun (voir *supra*, fig. 2.1).

Il est cependant des cas où seulement une partie des entrepreneurs groupés entre dans la société en participation (voir fig. 2.2, ci-après). Il en va notamment ainsi lorsque seulement certains des ouvrages obtenus au titre du marché en groupement nécessitent une intervention en symbiose des équipes des différents associés ou que du matériel nécessite d'être utilisé en commun. Ainsi, par exemple, si des entrepreneurs groupés se sont vus confier la réalisation d'un complexe routier comportant notamment, la réalisation d'un tunnel, cet ouvrage peut susciter la constitution d'une société en participation alors que les travaux routiers proprement dits peuvent faire simplement l'objet d'une convention de groupement d'entreprises au sein de laquelle chacun se verra attribuer une partie de travaux nettement individualisée. Dans ce cas, les entrepreneurs groupés établissent tout de même entre eux une convention de groupement et les entrepreneurs chargés de réaliser le tunnel rédigent seuls entre eux des statuts de société en participation.



**Fig. 2.2** Cas où la société en participation est constituée avec certains des entrepreneurs groupés

La raison qui peut conduire des entrepreneurs cotitulaires d'un marché à constituer une société en participation avec des entrepreneurs qui y sont étrangers, peut tenir à l'hostilité du maître de l'ouvrage à l'égard de ces derniers qui, de ce fait, ne pourraient pas être acceptés par celui-ci en tant que cotraitants ou sous-traitants. Les cotitulaires font alors appel au système de la société en participation pour son caractère occulte qui permettra aux entrepreneurs proscrits d'intervenir de façon discrète. La raison peut tenir aussi au fait que les cotitulaires du marché ne peuvent à eux seuls exécuter l'ensemble des travaux et qu'ils devraient nécessairement faire appel à une sous-traitance de spécialité pour une partie de ceux-ci dont la réalisation semble s'avérer intéressante économiquement surtout pour les sous-traitants. En constituant avec ces entrepreneurs non titulaires du marché, une société en participation, les cotitulaires du marché espèrent ainsi profiter de travaux jugés intéressants dont le résultat doit s'imputer dans les comptes de la société en participation dont ils font partie (voir fig. 2.3).



**Fig. 2.3** Cas où la société en participation est constituée avec les entrepreneurs groupés et des tiers

# Table des matières

Sommaire .....	5
Sigles et abréviations.....	7
Introduction .....	9
<b>CHAPITRE 1 Relations des entrepreneurs groupés avec le maître de l'ouvrage.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Création de règles propres à la cotraitance.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1.1 Impulsions conjuguées des pouvoirs publics et des fédérations professionnelles .....</b>	<b>11</b>
1.1.1.1 Raisons fiscales.....	12
1.1.1.2 Politique de l'allotissement.....	13
<b>1.1.2 Critère et définition de la cotraitance .....</b>	<b>15</b>
<b>1.1.3 Cotraitance dans les pays étrangers.....</b>	<b>19</b>
1.1.3.1 Association momentanée du droit belge .....	19
1.1.3.2 Groupement momentané d'entreprises du droit italien .....	21
1.1.3.3 Partnership du droit anglo-saxon.....	24
1.1.3.4 Société simple du droit suisse.....	26
1.1.3.5 Union temporaire d'entreprises du droit espagnol.....	28
<b>1.2 Obligations des cotraitants envers le maître de l'ouvrage.....</b>	<b>29</b>
<b>1.2.1 Différents types de cotraitance .....</b>	<b>30</b>
1.2.1.1 Chacun des cotraitants est seulement tenu de la réalisation de ses propres travaux .....	30
1.2.1.2 Chacun des cotraitants est tenu de la réalisation de ses propres travaux mais le mandataire commun est solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage.....	31
1.2.1.3 Chacun des cotraitants est à la fois tenu de la réalisation de ses propres travaux et solidaire des autres cotraitants envers le maître de l'ouvrage.....	33
<b>1.2.2 Obligations du mandataire commun.....</b>	<b>35</b>
1.2.2.1 Position du mandataire commun .....	35
1.2.2.2 Rôle du mandataire commun .....	37
1.2.2.3 Mandataire commun et représentation en justice .....	41
1.2.2.4 Responsabilité encourue par le mandataire commun.....	43

<b>1.3</b>	<b>Règles concernant la solidarité des cotraitants envers le maître de l'ouvrage</b> .....	46
<b>1.3.1</b>	<b>Conditions de la solidarité</b> .....	46
1.3.1.1	Dans les marchés privés .....	46
1.3.1.2	Dans les marchés publics.....	49
<b>1.3.2</b>	<b>Domaine de la solidarité</b> .....	50
1.3.2.1	Étendue de la solidarité .....	50
1.3.2.2	Durée de la solidarité .....	54
<b>1.3.3</b>	<b>Effets de la solidarité en cas de défaillance d'un cotraitant</b> .....	58
1.3.3.1	Effets principaux de la solidarité.....	58
1.3.3.2	Effets secondaires de la solidarité .....	62
1.3.3.3	Solidarité active et solidarité passive.....	66
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés entre eux</b> .....	69
<b>2.1</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises</b> .....	69
<b>2.1.1</b>	<b>Situation de la convention de groupement par rapport au marché</b> .....	69
2.1.1.1	Caractère distinct de la convention de groupement .....	69
2.1.1.2	Caractère subordonné de la convention de groupement.....	73
<b>2.1.2</b>	<b>Rédaction de la convention de groupement</b> .....	76
2.1.2.1	Convention de groupement préliminaire.....	76
2.1.2.2	Convention de groupement définitive.....	80
<b>2.1.3</b>	<b>Obligations et responsabilités des entrepreneurs groupés entre eux</b> .....	84
2.1.3.1	Obligations et responsabilités de chacun des entrepreneurs groupés .....	84
2.1.3.2	Obligations et responsabilités du mandataire commun et des entrepreneurs groupés .....	88
<b>2.2</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises complétée par une société en participation</b> .....	96
<b>2.2.1</b>	<b>Situation de la société en participation par rapport au marché</b> .....	97
2.2.1.1	Cotraitance et société en participation .....	97
2.2.1.2	Modes d'utilisation de la société en participation .....	101
<b>2.2.2</b>	<b>Rédaction des statuts de société en participation</b> .....	103
2.2.2.1	Promesse de société en participation .....	103
2.2.2.2	Statuts de la société en participation .....	104
<b>2.2.3</b>	<b>Obligations et responsabilités des associés entre eux</b> .....	107
2.2.3.1	Obligations et responsabilités des associés non investis d'une mission spéciale.....	107
2.2.3.2	Obligations et responsabilités des associés investis d'une mission spéciale.....	109
<b>2.3</b>	<b>Utilisation d'une entité chef de file</b> .....	115
<b>2.3.1</b>	<b>Choix de l'entité chef de file</b> .....	116

2.3.1.1	Création d'une association relevant de la loi de 1901 .....	116
2.3.1.2	Création d'un groupement d'intérêt économique (GIE).....	118
2.3.1.3	Création d'une société .....	119
<b>2.3.2</b>	<b>Différents modes d'utilisation d'un groupement d'intérêt économique chef de file .....</b>	<b>121</b>
2.3.2.1	Le groupement d'intérêt économique est surtout destiné à promouvoir l'activité de ses membres.....	121
2.3.2.2	Le groupement d'intérêt économique est surtout destiné à coordonner l'activité de ses membres durant la réalisation des travaux.....	123
2.3.2.3	Le groupement d'intérêt économique est surtout destiné à gérer les commandes passées aux fournisseurs.....	124
<b>2.3.3</b>	<b>Conventions établies pour le fonctionnement du groupement complexe .....</b>	<b>124</b>
2.3.3.1	Convention-cadre .....	125
2.3.3.2	Contrat constitutif de groupement d'intérêt économique .....	126
2.3.3.3	Contrats satellites .....	127
<b>2.3.4</b>	<b>Obligations et responsabilités des entrepreneurs au sein du groupement complexe .....</b>	<b>127</b>
<b>2.4</b>	<b>Groupements d'entreprises et droit de la concurrence .....</b>	<b>129</b>
<b>2.4.1</b>	<b>Concentrations .....</b>	<b>129</b>
2.4.1.1	Procédures de contrôle .....	130
2.4.1.2	Application du contrôle aux groupements d'entreprises .....	131
<b>2.4.2</b>	<b>Ententes anticoncurrentielles .....</b>	<b>132</b>
2.4.2.1	Dispositions réglementaires visant au respect des règles de la concurrence dans les marchés publics .....	133
2.4.2.2	Règles établies par l'Autorité de la concurrence .....	140
<b>2.4.3</b>	<b>Abus de position dominante.....</b>	<b>156</b>
2.4.3.1	Conditions d'application de la réglementation .....	156
2.4.3.2	Application aux groupements d'entreprises .....	157
<b>CHAPITRE 3</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les tiers.....</b>	<b>159</b>
<b>3.1</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les assureurs.....</b>	<b>159</b>
<b>3.1.1</b>	<b>Souscription de polices de responsabilité civile.....</b>	<b>159</b>
3.1.1.1	Une police indispensable .....	159
3.1.1.2	Une police pour chaque cotraitant ou une police commune.....	160
<b>3.1.2</b>	<b>Souscription de polices de garantie décennale .....</b>	<b>161</b>
3.1.2.1	Une obligation légale pour les travaux de construction .....	161
3.1.2.2	Une police pour chaque cotraitant ou une police commune.....	162
<b>3.1.3</b>	<b>Souscription de polices « tous risques chantiers » .....</b>	<b>164</b>
3.1.3.1	Responsabilité du mandataire .....	164
3.1.3.2	Ampleur des travaux .....	165

<b>3.1.4</b>	<b>Gestion d'un programme global d'assurances pour le chantier</b> .....	166
<b>3.2</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les banquiers</b> .....	168
<b>3.2.1</b>	<b>Ouverture des comptes bancaires</b> .....	168
3.2.1.1	Nécessité d'un compte bancaire .....	168
3.2.1.2	Organisation du compte commun.....	168
<b>3.2.2</b>	<b>Constitution des cautions</b> .....	170
3.2.2.1	Remplacement de la retenue de garantie.....	170
3.2.2.2	Garantie des avances .....	171
3.2.2.3	Mise en place des cautions .....	172
<b>3.2.3</b>	<b>Recours au crédit par le nantissement du marché ou une cession de créances</b> .....	173
3.2.3.1	Mécanismes bancaires offerts aux entrepreneurs.....	173
3.2.3.2	Risques supportés par les cotraitants .....	174
3.2.3.3	Organisation des relations entre le banquier et les cotraitants .....	175
<b>3.3</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les fournisseurs</b> .....	177
<b>3.3.1</b>	<b>Principe de l'individualisation des commandes</b> .....	177
3.3.1.1	Autonomie des entrepreneurs envers les fournisseurs .....	177
3.3.1.2	Obligations des fournisseurs envers les entrepreneurs.....	179
<b>3.3.2</b>	<b>Risques de disqualification du groupement en société créée de fait</b> .....	181
3.3.2.1	Évolution jurisprudentielle.....	181
3.3.2.2	Des risques mieux maîtrisés .....	182
<b>3.3.3</b>	<b>Risques liés à la création d'une société en participation</b> .....	183
<b>3.3.4</b>	<b>Risques liés à la création d'une entité chef de file</b> .....	185
3.3.4.1	Rôle commercial de l'entité chef de file .....	186
3.3.4.2	Gestion et coordination de l'activité des entrepreneurs par l'entité chef de file .....	186
3.3.4.3	L'entité chef de file est une centrale d'achat.....	187
<b>3.4</b>	<b>Relations des entrepreneurs groupés avec les sous-traitants</b> .....	187
<b>3.4.1</b>	<b>Sous-traitance au sens strict</b> .....	187
3.4.1.1	Les cotitulaires du marché confient une partie des travaux à un sous-traitant.....	188
3.4.1.2	Le titulaire unique du marché confie une partie des travaux en sous-traitance à des entrepreneurs groupés.....	189
3.4.1.3	Les cotitulaires du marché confient une partie des travaux à des entrepreneurs groupés .....	191
<b>3.4.2</b>	<b>Sous-traitance complétée par une société en participation</b> .....	192
3.4.2.1	Intérêt de ce mode d'organisation .....	192
3.4.2.2	Dispositions contractuelles .....	193

---

<b>ANNEXES</b>	<b>Modèles</b> .....	195
<b>MODÈLE 1</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises conjointes</b> .....	197
<b>MODÈLE 2</b>	<b>Convention de groupement d'entreprises solidaires</b> .....	207
<b>MODÈLE 3</b>	<b>Statuts de société en participation</b> .....	217
<b>MODÈLE 4</b>	<b>Règlement intérieur de société en participation</b> .....	229
<b>MODÈLE 5</b>	<b>Délégation de pouvoirs</b> .....	235
<b>MODÈLE 6</b>	<b>Demande d'ouverture d'un compte commun sans solidarité</b> ...	237
	<b>Index</b> .....	239



# Groupement d'entreprises et cotraitance

Le groupement d'entreprises – ou cotraitance – consiste en un groupement momentané de plusieurs entrepreneurs, créé en vue d'entretenir entre eux des liens juridiques, économiques et financiers. Il constitue notamment un moyen pour les petites et moyennes entreprises de s'associer afin d'obtenir des appels d'offres. En effet, pour des chantiers d'une certaine envergure, un maître d'ouvrage public comme privé peut attribuer un marché à des cotraitants qui bénéficient chacun de rapports contractuels directs et s'organisent au sein d'une convention de groupement en désignant un mandataire commun. Le maître d'ouvrage peut également susciter la création d'une entité spécialement dédiée à la coordination et à la gestion de l'activité des différents entrepreneurs.

Le groupement d'entreprises est essentiellement régi par le droit des obligations et le droit des contrats spéciaux auxquels viennent s'ajouter des règles du droit de la concurrence. En réponse à un appel d'offres, qu'il soit public ou privé, la cotraitance présente des avantages (possibilité de remporter de plus gros marchés) tout comme des risques (notamment en matière de responsabilité, etc.).

Constitué de trois parties, *Groupement d'entreprises et cotraitance* présente et décrit les relations entre chaque protagoniste, analyse les risques et obligations supportés par chacun. Il permet ainsi de réaliser en toute sécurité des montages contractuels adaptés, en marché public ou privé. À jour des réformes de la commande publique et du Code civil ainsi que de la révision de la norme NF P 03-001, cette nouvelle édition propose également en annexes les principaux modèles utiles à la constitution d'un groupement d'entreprises.

**Jean-Pierre Babando** est docteur en droit.

Sa fonction de responsable juridique en entreprise l'a conduit à pratiquer au quotidien le droit relatif aux groupements d'entreprises et à la cotraitance.

Destiné aux maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre et aux entrepreneurs, cet ouvrage de référence constitue une documentation pratique qui se révélera tout aussi indispensable aux banquiers, assureurs et fournisseurs.

ISSN 1272-2634  
ISBN 978-2-281-13264-9



9 782281 132649

EDITIONS

**LE MONITEUR**