

Paris, le 6 février 2018 – C05/2018

Jacques FOURNIER DE LAURIERE

☎ 01 40 69 52 87

fournier-de-lauriere@egfbtp.com

Intéresse :

Directions générales
Directions régionales
Directions commerciales
Directions juridiques

Entreprise générale et Groupement, ce n'est pas la même chose

Version complétée

Le groupement est parfois utilisé comme alternative au contrat d'entreprise générale. Mais attention, il n'offre pas les garanties de l'entreprise générale au maître d'ouvrage et il expose le mandataire et les co-traitants à d'éventuelles difficultés tant en marchés publics qu'en marchés privés. **Nous aborderons le cas des marchés publics et des marchés privés.**

Dans le cas d'une consultation en marché global (tant public que privé), l'offre des entreprises se fait librement, sous la forme d'une entreprise générale ou d'un groupement.

Dans ces conditions, il n'est pas toujours facile distinguer les différences, pourtant profondes, qui existent entre l'entreprise générale et le groupement.

Pour bien les comprendre, il faut rappeler que le groupement solidaire ou conjoint n'est pas en lui-même une entreprise, mais **un rassemblement conjoncturel d'entreprises distinctes qui ont choisi de se grouper momentanément** pour répondre à une consultation et exécuter ensemble un ouvrage.

NB : Le maître d'ouvrage public ne peut pas imposer l'une ou l'autre de ces formes d'exécution du marché¹.

¹ **Question écrite n°53032 du 08/09/2009 :** « L'article 51 du Code des marchés publics pose le principe de la liberté de groupement des entreprises : celles-ci peuvent présenter pour tous les marchés et accords-cadres, qu'ils soient passés selon une procédure formalisée ou adaptée, des candidatures et des offres en groupement. Le respect du principe de libre entreprise, qui signifie notamment que tout entrepreneur est libre d'exercer ou d'exploiter son activité professionnelle et de contracter, ne permet pas aux acheteurs publics d'interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés ou d'exiger que les candidats se présentent groupés ».

I. Les textes applicables dans les marchés publics :

Si l'ordonnance de 2015 ne dit rien sur le sujet, l'article 45 du Décret du 25 mars 2016 prévoit :

→ Article 45 du décret

I. - Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de **marchés publics** Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public.

Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché public.

II. - L'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public que dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

III. - Dans les deux formes de groupements mentionnées au I, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché public le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché public, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

→ CCAG TRAVAUX de 2010, publié officiellement, valant règlement :

3.5.1. *En cas de groupement conjoint, le mandataire est solidaire, si les documents particuliers du marché le prévoient, de chacun des autres opérateurs du groupement dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du représentant du pouvoir adjudicateur jusqu'à la date, définie à l'article 44.1, à laquelle ces obligations prennent fin.*

3.5.2. *En cas de groupement solidaire, chacun des membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché et doit palier une éventuelle défaillance de ses partenaires ; l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des entrepreneurs, vis-à-vis du représentant du pouvoir adjudicateur et du maître d'œuvre, pour l'exécution du marché.*

→ **NB** : le référentiel FNTF (site FNTF) n'est pas un document officiel et donc n'a pas de portée juridique générale, mais il n'est pas contradictoire avec ce qui est développé ici.

II. Les différences entre les deux modes «d'entreprise» : EG/Groupement, doivent être appréciées au regard des 5 points suivants

1) Au regard des engagements de résultat

➤ Le cas des marchés publics

Si dans les deux cas le marché est en lot unique, les engagements contractuels sont sensiblement différents selon qu'il s'agit d'une entreprise générale ou d'un groupement.

- En entreprise générale. Celle-ci a une obligation de résultat en termes d'exécution par rapport à l'ensemble du marché et assume donc seule **l'entière responsabilité de l'exécution** par rapport au maître d'ouvrage y compris bien sûr en ce qui concerne les travaux éventuellement confiés à des sous-traitants. Le maître d'ouvrage dispose donc, au sens complet de ce terme, d'un **interlocuteur unique** qui prend la responsabilité globale de réaliser un ouvrage TCE, d'atteindre des performances et de respecter le délai et le budget inscrits au contrat.
- En groupement conjoint ou solidaire. Dans ces deux cas, chacune des entreprises est responsable au regard du maître d'ouvrage de la partie du marché qui lui a été attribuée. Dans ce cadre, le maître d'ouvrage a juridiquement **autant d'interlocuteurs qu'il y a de cotraitants**, chacun ayant des obligations différenciées au sein d'un même contrat. Le mandataire, qui représente seul le groupement auprès du maître d'ouvrage ne peut avoir aucune obligation directe de faire c'est-à-dire de résultat sur la globalité du marché. Il ne dispose en effet d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard des membres du groupement et n'a vis-à-vis de son donneur d'ordre qu'une obligation de garantie financière.
- Dans l'hypothèse d'un groupement avec mandataire solidaire
En fin d'opération le maître d'ouvrage public trouvera la même garantie financière dans le cas d'un marché en entreprise générale ou d'un marché en groupement avec un mandataire solidaire.

Par contre, en ce qui concerne l'obligation de faire, c'est-à-dire l'obligation de résultat, la situation peut se révéler très différente.

En effet aucun des textes (CCAG ou Code des marchés) imposant au mandataire solidaire de se substituer à un membre du groupement défaillant ne peut avoir pour conséquence d'effacer le fait que dans un marché passé en groupement le marché n'est pas passé avec le mandataire mais avec chacun des cocontractants qui sont mentionnés individuellement par lots.

Dans ces conditions, si le maître d'ouvrage peut bien sur mettre en demeure le mandataire solidaire d'avoir à se substituer à l'entreprise défaillante, ce dernier peut se retrouver dans une situation très difficile.

Cette évolution a marqué un changement très important par rapport à la jurisprudence précédente qui, avant l'entrée en vigueur du Code des marchés publics de 2004, consacrait la notion de solidarité technique et garantissait le pouvoir adjudicateur d'une éventuelle inexécution du marché public en cause, en reportant sur les cotraitants solidaires non défaillants la réalisation du marché.

C'est notamment ce qu'avait retenu la Cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt du 10 octobre 2000, *Préfet de Seine-Saint-Denis*, n°99PA03442 précisant que l'entreprise solidaire s'engage à pallier la défaillance des autres membres du groupement et doit, pour remplir correctement cette obligation, disposer de toutes les qualifications nécessaires.

Une telle décision pouvait s'expliquer par le fait qu'un groupement ne disposant pas de la personnalité morale, l'appréciation des qualifications ne pouvait donc se faire que pour chacun des membres dudit groupement. Cette jurisprudence créait cependant une obligation de substitution directe, en cas de défaillance d'un cotraitant, difficilement justifiable.

Non seulement elle se heurtait au régime général des obligations de l'article 1142 du Code civil qui précise que : « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout par des dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », mais elle pouvait aussi obliger une entreprise à accomplir des actes étrangers à l'exercice de sa profession (CE, 7 novembre 1986, Ville de Toulouse, n°55131), condamnant par là même l'existence des groupements dont la vocation première est d'associer des cotraitants aux compétences techniques différentes.

Cette solution allait enfin à contrecourant de la jurisprudence européenne qui exigeait une analyse globale des capacités d'un groupement (CJCE, 14 avril 1994, *Ballast Nedam GroepNV*, aff. C-389/98).

- Le Code des marchés publics de 2004, puis celui de 2006, ont mis un terme à cette acception. Ils ont précisé, tous deux, à l'article 52, que : « *l'appréciation des capacités professionnelles et financières des membres d'un groupement est globale* » et qu'il n'est pas nécessaire que « *chaque entreprise ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché* ».
- L'article 51 du Code de 2006 susvisé a aussi consacré la solidarité « financière » en ces termes : « *le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché* ».

Les Codes des marchés publics de 2004 et 2006 qui ont donc consacré une solidarité dite « purement financière » des cotraitants solidaires, leur permettant ainsi de candidater en groupements momentanés d'entreprises - ou groupement d'opérateurs économiques depuis la récente réforme - à un marché public, sans qu'il soit nécessaire que chaque cotraitant détienne l'ensemble des compétences requises à l'exécution de ce marché.

Ainsi, si les cotraitants solidaires ne sont pas tenus de détenir l'ensemble des compétences nécessaires à la réalisation du marché, ils sont néanmoins responsables de sa bonne exécution. Ils s'engagent dès lors, en cas de défaillance de l'un d'entre eux, à faire appel à un sous-traitant ou à se substituer au membre défaillant, sans pour autant qu'il n'y ait obligation en la matière.

A noter enfin qu'il convient de relever que la récente réforme de la commande publique confirme les précédentes codifications et pérennise cette notion de solidarité financière.

- L'article 44 V du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit en effet que « *l'appréciation des offres des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public* ».
- Quant à l'article 45 de ce décret, il précise également que « *Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public* ». Ainsi que dans une réponse à une question parlementaire déposée par Jean Louis Bianco du 3 mars 2003.

Bien évidemment la solidarité qui pèse sur le mandataire solidaire est de même nature juridique.

Il faut pour bien analyser concrètement la portée de cette obligation distinguer deux cas de figure :

- Si une entreprise membre du groupement est totalement défaillante et a quitté le chantier, le mandataire solidaire va devoir, s'il le peut, soit poursuivre l'exécution du chantier avec les entreprises restant dans le groupement soit sous-traiter la partie non exécutée de la tâche.
- Mais si une entreprise ne remplit pas ses obligations contractuelles et par exemple prend un retard croissant au regard de son planning, le mandataire solidaire, mis en demeure par le maître d'ouvrage n'aura aucune possibilité réelle de se substituer à ladite entreprise si cette dernière refuse de quitter le chantier. En effet le mandataire solidaire n'a pas de pouvoir coercitif par rapport aux différents membres du groupement et va donc se trouver devant une impossibilité de faire et cela quel que soit le contenu de la convention de groupement qui n'est pas d'application immédiate en cas de contestation.

Dans cette situation, le maître d'ouvrage devra reprendre la main, résilier le marché de ce cotraitant et assurer par lui-même le remplacement de l'entreprise défaillante.

Par la suite la solidarité financière du mandataire solidaire jouera à plein et peut se révéler extrêmement lourde.

Cette situation est donc tout à fait différente de celle d'une entreprise générale qui, dans une situation similaire, pourra résilier très rapidement le marché de sous traitance la liant avec un sous-traitant défaillant.

L'entreprise générale a donc bien, à la différence d'un mandataire solidaire, la possibilité de respecter directement son obligation de faire c'est à dire son obligation de résultat.

Il apparaît ainsi que la différence dans la portée juridique de la solidarité engagée se traduit très concrètement dans les situations réelles de chantier. L'obligation est donc bien in fine financière comme le précise fort bien les définitions de la FNTF pour les groupements qui disposent en leur article 19.1 qu' « *en cas de défaillance d'un membre du groupement, les autres membres en assumeront les conséquences, à l'égard du seul maître de l'ouvrage, en application du principe de la solidarité.* »

De la même façon un arrêt du Conseil d'Etat en date du 29 septembre 2010 illustre précisément cette problématique de la responsabilité à l'intérieur d'un groupement (CE, 29 septembre 2010, n° 332 068). Le Conseil a retenu qu'en l'absence de stipulations contraires, les entreprises qui s'engagent conjointement et solidairement envers le maître de l'ouvrage à réaliser une opération de construction, s'engagent non seulement à exécuter les travaux, mais encore à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage du fait de manquements dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Un constructeur ne peut donc échapper à sa responsabilité conjointe et solidaire avec les autres entreprises co-contractantes au motif qu'il n'a pas réellement participé aux travaux révélant un tel manquement que si une convention, à laquelle le maître de l'ouvrage est partie, fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux". La Cour de cassation adopte la même solution. La garantie financière accordée au maître d'ouvrage est ainsi clairement affirmée.

Cette solidarité financière caractérise la distinction entre l'entreprise générale et le groupement !

Il est donc justifié et important de noter que le groupement y compris avec un mandataire solidaire ne présente pas les mêmes garanties de sécurité d'exécution pour un maître d'ouvrage public et peut présenter par ailleurs un risque financier considérablement accru pour l'entreprise qui en tant que mandataire solidaire se trouverait engagée dans un bras de fer compliqué avec un membre du groupement partiellement défaillant.

➤ **Le cas des marchés privés**

Par définition le contractuel est la loi des parties en marché privé, toutefois la norme P 03 001 précise que le mandataire commun « doit prendre les mesures nécessaires pour que les travaux correspondants soient exécutés aux conditions du marché de l'entrepreneur défaillant » et donc faire réaliser par une entreprise tierce, ou réaliser lui-même, les travaux du titulaire défaillant, tout surcoût étant à sa charge.

Dans ce cadre, c'est la convention de groupement qui précisera de quelle façon le mandataire solidaire assurera cette obligation de solidarité.

Ainsi les seules limites à la définition contractuelle de la portée de la solidarité du mandataire solidaire en marchés privés sont les dispositions générales du Code Civil et le principe de la liberté contractuelle.

2) Au regard du respect du délai d'exécution

➤ **Le droit est identique en marché public et en marché privé**

Les modalités d'exécution du marché ont là aussi des conséquences très sensiblement différentes.

- En entreprise générale. Si l'un des sous-traitants vient à réaliser une prestation insuffisante ou à disparaître, **l'entrepreneur général corrige immédiatement cette situation et remplace l'entreprise défaillante** par un nouveau prestataire en assumant l'interface entre ces prestataires successifs et la totalité des responsabilités en découlant.
- En groupement. **En cas de prestation insuffisante d'un cotraitant, ni le mandataire ni les cotraitants ne peuvent solutionner les difficultés** qu'affronte le maître d'ouvrage. **En cas de défaillance d'un cotraitant, le maître d'ouvrage doit trouver un nouveau cotraitant** en accord avec le mandataire. S'agissant d'une personne publique, les conséquences sont immédiatement très lourdes en termes de délais (constat d'état des lieux, résiliation éventuelle, nouveau marché...) et peuvent engendrer la recherche de responsabilité du maître d'ouvrage.

En effet, seule la défaillance d'un des membres autorise la modification du groupement en cours d'exécution du marché. Un avenant doit alors être conclu pour organiser la poursuite de l'exécution du contrat. Plusieurs cas de figure se présentent :

- Si le défaillant est mandataire du groupement, les cotraitants doivent proposer au pouvoir adjudicateur un nouveau mandataire parmi eux ;
- Si le défaillant est membre du groupement conjoint et que le mandataire n'est pas solidaire, un marché de substitution doit être passé par le pouvoir adjudicateur pour la part des prestations non exécutées ;

- Si le défaillant est membre du groupement conjoint et que le mandataire est solidaire, il doit se substituer au défaillant en tant que de besoin (article 48-7 du CCAG-travaux). A défaut, un marché de substitution doit être passé. Pour le reste des prestations, les membres du groupement peuvent, s'ils le souhaitent, poursuivre les travaux dans le cadre d'un groupement réduit. S'ils ne le souhaitent pas, le pouvoir adjudicateur résilie la totalité du marché (Question écrite n°32667, JO AN du 15 juillet 2013).

3) Au regard de l'obligation du devoir de conseil auprès du maître d'ouvrage

➤ Le droit est identique en marché public et en marché privé

- En entreprise générale. L'entrepreneur général dispose d'un **bureau d'études interne apte à définir en méthodologie et en prestations concrètes tous les aspects de la construction envisagée** : engagements de performance, économie circulaire, organisation des interfaces entre corps d'état, maquette numérique et a fortiori dans le cadre du BIM. Tenu par un engagement de résultat et fort d'une vision globale de l'ouvrage à réaliser, il peut conseiller le maître de l'ouvrage dans la voie de modifications si nécessaire, par exemple sous forme de variantes, et gérer les difficultés qui en découlent.
- En groupement. Quand des entreprises se groupent pour répondre à une consultation en marché unique, cela signifie normalement qu'aucune d'entre elles n'estime avoir la capacité, et donc les compétences, de prendre la responsabilité globale d'un marché unique TCE. Il faut donc trouver une solution pour les études de synthèse, le détail des prestations et la méthodologie d'exécution au sein du groupement, ce qui peut être aléatoire. De plus, et dans la mesure où elles répondent chacune sur une partie des prestations - même si le marché est unique -, **il leur est de fait beaucoup plus difficile voire souvent impossible de tenir compte de la globalité de l'ouvrage pour délivrer un conseil** au donneur d'ordre.

4) Au regard des missions de coordination et de pilotage du projet

➤ Le droit est identique en marché public et en marché privé

- En entreprise générale. **Celle-ci coordonne et pilote le chantier** : c'est sa principale caractéristique car elle s'engage sur un délai et un prix conformément à sa définition européenne². La construction clé en mains dite en « entreprise générale » garantit un résultat global immédiat.
- En groupement. A l'inverse, dans ce cas de figure, les missions de coordination que suppose l'exécution d'un marché unique doivent être confiées soit à l'une des entreprises de spécialité, membres du groupement, soit à un maître d'œuvre lié directement au maître de l'ouvrage. Dans le premier cas, **le maître d'ouvrage doit se demander si l'entreprise de spécialité a les compétences requises et est en capacité de gérer au quotidien la coordination de tous les lots**; dans le second cas, le maître d'ouvrage doit tenir compte du coût de la mission de coordination des travaux et de la mission de synthèse dans son comparatif avec une proposition en entreprise générale.

5) Au regard de la gestion des modifications en cours d'exécution

➤ Le droit est identique en marché public et en marché privé

- En entreprise générale. **Cette dernière gère elle-même cette difficulté** puisqu'au titre de son marché, sa responsabilité est globale. Etant par nature chargée de la mission de synthèse, l'entreprise générale s'assure de la bonne mise en place des interfaces liées à ces modifications.

² Cette façon de construire a été définie dès 1992 par la Fédération de l'Industrie Européenne de la Construction (FIEC) comme : **« une entreprise exerçant avec une compétence reconnue une ou plusieurs des spécialités de la construction, qui assure la livraison d'un ouvrage, toutes fonctions et techniques assemblées, conforme et en état d'achèvement pour un prix avec des performances et dans un délai déterminés par un contrat correspondant à différentes formes d'entreprises »**

- En groupement. Chacun des membres du groupement réalise une partie des prestations. En cas de modification des travaux, les membres doivent décider de la répartition entre eux. **Cela risque d'entraîner un blocage** lorsque les membres du groupement ne sont pas d'accord sur ce point. Ce blocage peut se réitérer au moment de la levée des réserves et de la réparation des désordres par les membres du groupement suite à la réception.

Pour tous renseignements complémentaires, contacter : Jacques FOURNIER DE LAURIERE

Tél : 01 40 69 52 87

Mail : fournier-de-lauriere@egfbtp.com