Mélanges en l'honneur de

Ridha JENAYAH

Avant-propos du Doyen Mohamed Ridha Ben Hammed

Ouvrage publié avec le soutien de la
Fondation Hanns Seidel - Allemagne

Fondation Hanns Seidel

Tunis
2021

LE CONSORTIUM OU GROUPEMENT MOMENTANE D'ENTREPRISES

Youssef KNANI

BKH
Avocat à la Cour de cassation
Agrégé des facultés de Droit
Université de Carthage

Dans un pays comme la Tunisie, où la plupart des entreprises sont des PME, la participation aux appels d'offres pour les grands marchés publics, suppose souvent la constitution de groupements. Ceci peut être observé également dans les grands marchés privés. Ces groupements sont très courants notamment dans le domaine des travaux publics (construction d'autoroutes, de barrages, de complexes sportifs, etc....) où aucune entreprise ne peut mobiliser à elle seule les moyens financiers, techniques et humains nécessaires à la réalisation de l'ouvrage demandé. La complexité des projets commande aussi que leur réalisation fasse appel à des spécialités et à des compétences diverses (génie civil, génie électrique, fluides, menuiserie aluminium, étanchéité des bâtiments...) qu'aucune entreprise ne peut à elle seule réunir. La taille de certains marchés fait que même dans les appels d'offres internationaux, un groupement d'entreprises s'avère souvent nécessaire pour remplir les conditions exigées par le maître de l'ouvrage et pour soumissionner avec des chances sérieuses d'obtenir le marché[1]. Les rédacteurs des cahiers d'appel d'offres savent d'ailleurs que la nature et la taille de certains projets requièrent l'intervention de plusieurs entreprises ou de plusieurs corps de métiers dans le cadre d'un groupement momentané. Les cahiers des charges stipulent alors que les

[1] Mohamed Overfelli, précis de droit des sociétés commerciales (en arabe), Editions Latrache, Tunis 2009, p. 45; Valérie Pironon, les joint-ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, édition Dalloz, Paris, 2004.

entreprises intéressées peuvent soumissionner seules où groupées en consortiums, répondant à certaines conditions. L'article 22 du décret n°2014-1039 du 13 mars 2014 régissant les marchés publics déclare même que les cahiers des charges «incitent les soumissionnaires étrangers à confier à des entreprises locales l'exécution du maximum de commandes, de produits, d'équipements ou de services dans tous les cas où l'industrie et les entreprises locales sont susceptibles de répondre à une partie objet de la commande»[1].

Dans le langage des affaires, l'expression la plus utilisée en la matière est celle de «joint venture» qui semble avoir acquis un caractère universel: au point qu'elle est devenue aujourd'hui plus connue et plus usitée que l'expression savante de groupement momentané d'entreprises (GME). Ce groupement se distingue bien entendu du groupement d'intérêt économique (GIE) régi par le Titre 5 du C.S.C, qui a pour but de « faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité », tout en ayant un « caractère auxiliaire » par rapport à cette activité (article 439).

Le législateur de l'an 2000 qui a pris le soin de réglementer les GIE et de combler ainsi une lacune qui existait dans le code de commerce de 1959, aurait dû se pencher aussi sur les groupements momentanés d'entreprises pour les doter d'un régime clair, répondant au besoin de sécurité juridique que les opérateurs du commerce national et international peuvent légitiment éprouver. Le cadre juridique de ces groupements n'est défini dans aucun texte. De plus, le décret du 13 mars 2014 sur les marchés publics, a réservé ses articles 88 et 89 à la sous-traitance, sans prêter attention à la cotraitance qui est à la base du groupement momentané d'entreprises[2].

A la différence de certains codes étrangers, tels que le code belge des sociétés, qui a réglementé la « société momentanée» dans ses articles 47 et suivants, notre code des sociétés n'a prévu aucune disposition quant à cette forme de groupement qui se trouve ainsi soumise au droit commun des contrats. Le renvoi implicite à la théorie générale des obligations pose cependant problème, car les entreprises appelées à travailler ensemble pour les besoins d'un projet déterminé, sont obligées de définir souvent à la hâte un cadre approprié à leur coopération, pour pouvoir soumissionner dans

1 Ce texte laisse n'impose pas cependant aux soumissionnaires étrangers la constitution de groupements momentanés d'entreprises avec leurs partenaires tunisiens. Ces soumissionnaires peuvent opter pour la sous- traitance.

2 En droit français par contre, l'article 51 du Code des marchés publics considère que le recours à la cotraitance est un droit reconnu aux entreprises (cf. Lamy droit public des affaires, n°2824, par Lucien Rapp, Philippe Terneyere et Nil Symchowicz).

les délais. Elles ne trouvent pas dans un texte clair et complet les règles qui gouvernent leurs relations. Celles-ci sont régies par la liberté contractuelle, le mandat et la solidarité, conformément aux dispositions du C.O.C qui leur sont réservées et qui sont généralement perçues par les entreprises comme étant trop générales et abstraites.

Pour faire la lumière sur les groupements momentanés d'entreprises et contribuer à la définition de leur régime juridique, il y a lieu d'abord de cerner cette notion qui est connue aussi sous l'appellation de consortium ou de joint venture **(I)**. Il y a lieu également de présenter concrètement l'organisation de cette forme de coopération interentreprises **(II)**, avant d'analyser la solidarité qui lie les membres et qui est la pierre angulaire du groupement **(III)**.

I - La nature juridique du consortium

La terminologie est assez flottante dans ce domaine. On parle de groupement momentané d'entreprises (GME), de consortium et de joint-venture, étant précisé que cette expression américaine est devenue quasi universelle et qu'elle a acquis un droit de cité dans les ouvrages juridiques de langue française.

En Tunisie, où la pratique administrative utilise indifféremment le terme de consortium et de groupement, l'expression joint-venture est répandue surtout dans le commerce international lorsqu'une entreprise étrangère participe conjointement avec une entreprise tunisienne à un appel d'offres international.

Le groupement momentané d'entreprises n'est pas régi par des statuts. Il apparaît fondamentalement comme un contrat **(A)** ; mais théoriquement ce contrat pourrait dégénérer et être requalifié comme une société créée de fait **(B)**.

A - Le contrat de consortium

Dans la terminologie juridique anglaise, joint-venture est également connue sous le nom de *joint adventure* et de *joint entreprise*. Elle est définie dans Black's Law Dictionnary comme suit : *«A business undertaking by two or more persons engaged in a single defined project»*.

Dans un autre ouvrage qui connait une large diffusion aux Etats Unis (Essentials of business law and the legal environment, de Richard Mann et

Barry Roberts[1]), *la joint-venture* est définie comme étant: *«An association of two or more persons on a Single business transaction for profit».*

Cette seconde définition a le mérite d'être plus rigoureuse, dans la mesure où elle se réfère à la notion de *« business transaction for profit »* au lieu de *« defined project »* qui ne semble pas avoir un contenu juridique précis.

Ainsi définie, la joint-venture se distingue fondamentalement par son caractère momentané, de la société qui est censée être une structure juridique permanente[2].

La joint venture se distingue non seulement de la société, mais aussi de l'alliance stratégique *(Strategic alliance)* qui est définie en droit américain comme étant: *«a coalition formed by two or more persons in the same or complementary business to gain long- term financial, operational and marketing advantages without jeopardizing competitive independence[3]».* Le long terme qui caractérise l'alliance stratégique, l'oppose fondamentalement à la joint venture qui est conçue comme une technique de coopération ponctuelle entre deux ou plusieurs entreprises indépendantes.

Dans le droit belge cependant, la qualification de société est retenue pour les groupements momentanés d'entreprises. On considère ainsi que la société peut être permanente, comme elle peut être momentanée, L'article 47 du Code belge des sociétés définit la société momentanée comme étant «une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées». Cette société est très répandue dans le secteur de la construction[4]. On distingue en Belgique deux types de sociétés momentanées: les sociétés intégrées et les sociétés non intégrées. Les premières partagent les moyens propres de chacun des associés pour la réalisation du projet, alors que les secondes ne procèdent pas à un tel partage. Chaque membre réalise une ou plusieurs tranches du projet[5]. Dans l'un comme dans l'autre cas, la société momentanée n'a pas de patrimoine propre. Elle n'a pas de siège social. Elle n'a pas de personnel;

1 West Publishing Company, Fith edition; Dictionary of legal terms, p. 93.

2 Il est à noter que l'expression joint-venture est aussi utilisée dans le langage des affaires pour désigner la filiale commune. Cf. Y. Guyon, Les contrats d'association de sociétés sur le plan international (joints venture), Revue internationale de droit comparé, n° spécial 1991, 321 ; Langefeld-Wirth, les joints venture internationales, Paris, 1992.

3 Black's law dictionary; seventh edition, Bryan A. Garner.

4 Voir : Stéphane Mercier, la société momentanée, Bulletin de l'Institut Professionnel des Comptables et Fiscalistes Agréés, 10-23 novembre 2008, p. 1.

5 Ibid.

ce qui veut dire que les salariés qui participent à la réalisation du projet, demeurent liés à leurs employeurs respectifs.

En Tunisie, la permanence semble avoir marqué la notion même de société commerciale, telle qu'elle apparaît à travers les dispositions du Code des sociétés commerciales. En réservant un article à la durée[1] et en précisant que celle-ci peut aller jusqu'à 99 ans, avec possibilité de prorogation, le législateur exprime sa vision de la société en tant que Structure durable dans laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs apports en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter[2].

La conception ancienne de la société, telle qu'elle est exprimée dans les dispositions du Code des obligations et des contrats, était plus nuancée. L'article 1260 de ce code déclare que « La société peut être contractée à terme ou à temps indéterminé. Lorsqu'elle a pour objet une affaire dont la durée est déterminée, la société est censée contractée pour tout le temps que durera cette affaire».

Ce texte qui autorise expressément la constitution d'une société pour «une affaire dont la durée est déterminée » (construction d'une usine ou d'une Station d'épuration), aurait pu servir en Tunisie de base juridique pour un groupement momentané d'entreprises, mais dans la mesure où le spécial déroge au général, on doit admettre que les règles du C.S.C l'emportent sur celles du C.O.C.

Autrement dit, en matière commerciale, la joint-venture ne peut pas revêtir aujourd'hui la forme d'une société momentanée, expressément constituée comme telle, pour la réalisation d'une affaire déterminée et pour le temps que durera cette affaire, Une telle Stipulation ne serait pas conforme à l'article 8 du C.S.C[3].

Dans la pratique des grands projets aujourd'hui, la joint-venture n'épouse pas la forme d'une société mais d'un contrat sui generis. Ce contrat est très souvent conclu par écrit, même si la forme écrite n'est pas

1 Article 8.

2 Théoriquement, rien ne semble s'opposer à ce qu'une société soit constituée pour une courte durée de quelques années, voire de quelques mois, mais dans la pratique ces sociétés éphémères sont rarissimes. Elles pourraient même susciter la méfiance, car elles pourraient cacher l'existence d'une activité illicite qu'on doit entreprendre et liquider dans les plus brefs délais. Les sociétés de courte durée pourraient aussi être un obstacle au financement de l'entreprise par les banques qui voient souvent d'un mauvais œil les structures juridiques éphémères et peu crédibles.

3 Si les parties tiennent cependant à ce que leurs relations soient régies par le C.S.C, elles seraient obligées de garder le silence sur le caractère momentané de leur groupement et à prévoir une durée déterminée de 5 ou 10 ans, quitte à ce que la société à durée déterminée qu'elles ont constituée, soit dissoute par anticipation le jour où le projet sera réalisé.

exigée pour sa validité. Il peut, selon les spécificités du projet, se suffire à lui-même et constituer la base définitive des relations entre les parties. Il peut également revêtir un caractère provisoire, permettant dans un premier temps à deux ou plusieurs entreprises de soumissionner ensemble. Dans un deuxième temps, si le marché est attribué au groupement des soumissionnaires, une entité juridique nouvelle est constituée sous forme de SARL ou de SA pour conclure le marché et pour l'exécuter. Un accord de novation (novation agreement) est souvent prévu pour que la nouvelle entité juridique prenne en charge les engagements contractés envers le maître de l'ouvrage par les membres du groupement[1] et réalise le projet en conformité avec ces engagements.

N'étant pas dotée de la personnalité juridique[2], la joint-venture obéit quant à son organisation à des règles d'ordre contractuel. Ceci se manifeste tant dans les relations entre les membres du 8roupement, que dans les relations avec le maître de l'ouvrage, où les techniques du mandat sont de mise. Ces règles doivent être clairement énoncées dans l'acte du groupement, comme elles doivent apparaître sans ambiguïté dans le comportement de ses membres, pour éviter que la nature contractuelle de la joint-venture ne dégénère. Celle-ci pourrait en effet être requalifiée en cas de litige, comme une société créée de fait, avec les conséquences graves attachées à cette qualification.

B - La dégénérescence en société créée de fait

La réalité doit être en tout état de cause en conformité avec le droit, sinon les membres du groupement pourraient induire les tiers en erreur sur la nature de leur collaboration et le juge pourrait en tirer des conséquences en termes de qualification.

La notion de société créée de fait, qui a été consacrée dans la jurisprudence française depuis longtemps[3], ne semble pas avoir reçu d'application en Droit tunisien[4], mais il n'est pas exclu qu'à la demande d'un créancier impayé, le juge tunisien soit convaincu de la nécessité de

1 Exemple : centrale électrique de Rades II.

2 Voir en Droit français : CAA Bordeaux, 9 décembre 2005, n°99BX00175, Commune d›Hagetmau. Il résulte de l'absence de personnalité morale que le marché ne peut pas être conclu au nom du groupement, mais des différents membres qui le composent. De plus, le groupement n'a ni siège social, ni capital; mais les membres peuvent bien évidemment élire domicile par exemple auprès du mandataire commun.

3 Voir notamment : Michel Germain, Les sociétés commerciales, LGDJ, 19° édition, n° 1056-64 et les références citées _ Yves Guyon, droit des affaires, T.I, n°143.

4 MM. Slaheddine Mellouli et Sami Frikha qui ont consacré dans leur ouvrage sur les sociétés commerciales quelques développements à la société créée de fait, ne citent aucune décision de jurisprudence tunisienne sur la question (Voir : Les sociétés commerciales. Tunis 2008, n°215).

qualifier un 8roupement d'entreprises, comme étant une société. Cette qualification suppose au préalable une vérification de la réunion de tous les éléments constitutifs de la société (consentement, même tacite, apports, affectio societatis, partage des bénéfices et participation aux pertes). Pour éviter un tel risque, les adhérents au groupement doivent adopter la clarté comme règle fondamentale de conduite et éviter les situations équivoques qui se prêtent à une qualification autre que celle du contrat de collaboration momentanée qui est à la base du groupement sans personnalité morale,

Certains détails peuvent à cet égard s'avérer décisifs. L'usage d'un papier à entête où les dénominations sociales de deux ou trois entreprises sont précédées ou suivies du terme «groupement», sans autre précision, pourrait donner aux tiers et notamment aux fournisseurs, l'impression qu'ils ont affaire à une société dénommée «Groupement», distincte des membres qui la composent. Afin d'éviter un tel risque, les entreprises utilisant dans le cadre du projet un papier à lettre commun pour des raisons de commodité, ont intérêt à spécifier que leur groupement est sans personnalité juridique. Dans le même ordre d'idées, les membres du groupement qui utilisent un papier à entête commun, ont intérêt à désigner d'une manière suffisamment apparente l'objet du groupement, pour que les tiers sachent qu'il ne s'agit pas d'un objet social, mais d'un projet déterminé.

II - L'organisation contractuelle de la joint-venture

À la base de la joint-venture, il y a toujours un accord entre deux ou plusieurs entreprises individuelles ou sociétaires pour soumissionner ensemble ou mettre en commun leurs moyens matériels et humains en vue de réaliser un projet déterminé. Ce projet est généralement de grande envergure (autoroute, barrage, stade, lignes de métro, centrale électrique)[1]. Il peut s'agir d'un marché public ou privé ou encore d'une concession. Dans la commune intention des parties, il ne s'agit pas de se mettre en société à l'occasion d'un grand projet. Chacun entend sauvegarder son autonomie et ne pas fusionner avec les autres ; mais chacun entend participer avec les autres à la présentation d'une offre commune, permettant au maître de l'ouvrage de bénéficier de la compétence des uns et des autres, en ayant généralement un seul et même vis-à-vis. Pour atteindre un tel résultat, les parties établissent souvent et même nécessairement un acte écrit, définissant le cadre de leur participation commune au marché et désignant

1 Les travaux d'infrastructures et les constructions d'usines sont le domaine d'élection des joints venture, mais celles-ci couvrent de nombreux secteurs, tels que les services liés à l'investissement et à l'acquisition d'entreprises. Des groupements momentanés d'experts comptables, d'avocats et d'ingénieurs conseils sont Souvent constitués pour fournir au client une prestation multidisciplinaire complète. Certaines missions d'audit supposent également la constitution de groupements entre experts comptables et avocats.

un mandataire commun pour agir au nom et pour le compte des membres du groupement ; ce qui nous conduit à étudier tour à tour l'autonomie des membres **(A)** et le mandat commun attribué au chef de file pour assurer la coordination et représenter les différents intervenants dans leurs relations avec le maître de l'ouvrage et même parfois avec les tiers **(B)**.

A - L'autonomie des membres

Les membres d'une joint-venture ne sont pas des associés. Ceci est très souvent affirmé d'une manière explicite dans l'acte conclu et signé entre les parties, pour éviter que la relation entre les parties ne soit un jour interprétée comme étant une société. Les rédacteurs prennent aussi le soin de Spécifier que la joint-venture ne donne aucunement naissance à une personne morale et que ses membres continueront à exercer leurs activités chacun dans son domaine, à titre individuel sans que son matériel, son personnel et ses moyens financiers ne soient mis en commun avec ceux des autres membres[1]. Mieux encore, dans certains contrats de 8roupement, il est même stipulé que les membres s'interdisent toute pratique tendant à débaucher le personnel d'un autre membre.

Juridiquement, aucun participant ne fait un apport au groupement, qui par définition n'a pas de patrimoine et ne jouit pas de la personnalité juridique. Le fait de mettre du matériel (engins de travaux publics, matériel de transport, laboratoire d'analyse etc.) ou des marchandises à la disposition du projet, n'implique aucun transfert de propriété et aucun transfert des risques. On ne peut même pas considérer qu'il existe un apport en jouissance dans la mesure où un tel apport suppose la personnalité juridique de celui qui en bénéficie. De même, le personnel affecté à la réalisation du projet, continue à avoir comme employeur, le membre du groupement qui l'a recruté et avec lequel il est lié par un contrat de travail.

Sur le plan pratique, si chacun des membres du groupement utilise son propre matériel, il n'y a pas de confusion possible sur la nature du groupement, mais si l'organisation du travail fait que certains moyens matériels nécessaires à la réalisation du projet (engins de transport ou de manutention par exemple), doivent faire l'objet d'une utilisation commune ou du moins placés sous une direction commune, la technique du mandat est mise en œuvre pour donner à cette communauté de moyens la couverture juridique qu'il faut et éviter que les moyens collectivement utilisés, soient considérés comme étant des apports au sens du droit des sociétés.

1 Lorsque le personnel de plusieurs entreprises est placé, même ponctuellement, sous une direction commune, cette situation peut générer des problèmes en termes de responsabilité.

Les aspects bancaires et financiers du groupement momentané d'entreprises posent souvent des difficultés auxquelles des solutions appropriées doivent être apportées. Ceci veut dire que chaque entreprise est censée avoir son propre compte ou ses propres comptes bancaires et que les paiements qu'elle reçoit du maître de l'ouvrage lui sont directement ordonnés. Dans la pratique, certains comptes sont généralement ouverts en dinar convertible où en devises au nom de l'entreprise étrangère, alors que d'autres comptes sont ouverts en dinar au nom de l'entreprise locale, sachant que dans les rapports entre résidents, la monnaie nationale doit être la monnaie de compte et la monnaie de règlement.

Dans certains marchés, il arrive cependant que tous les règlements devant être effectués par le maître de l'ouvrage ou par la banque auprès de laquelle le marché est nanti, passent par un compte unique ouvert au nom du Groupement. Il s'agit là d'une commodité de langage pour désigner le Compte joint ouvert au nom de tous les membres[1]. Ce compte se présente comme un compte collectif assorti d'une solidarité active, donnant en principe à chacun des cotitulaires dans ses rapports avec la banque, le droit de disposer des fonds sous sa seule signature[2]. Des limites sont cependant prévues pour éviter les abus, en exigeant que les montants dépassant un certain plafond soient l'objet d'une double ou triple signature[3]. Dans d'autres groupements, les parties se mettent d'accord pour que le compte collectif soit géré par un seul membre sur la base d'un mandat, ce qui est de nature à éviter les complications tenant aux limites devant être apportées au pouvoir de chacun des cotitulaires (disposer des fonds disponibles à concurrence de sa quotepart). Le compte joint expose cependant ses cotitulaires au risque de voir les créanciers personnels de l'un d'entre eux, Saisir le solde créditeur de ce compte. Il est bien entendu que juridiquement, la solidarité ne profite pas aux tiers, qui ne peuvent saisir que la quotepart de leur débiteur[4], mais cela suppose que les cotitulaires qui ne doivent rien au créancier Saisissant, surveillent d'une manière permanente le compte collectif et interviennent dans la procédure de saisie-arrêt pour faire valoir leurs droits.

---

1) L'article 477 du Code de commerce prévoit que « la banque peut ouvrir des comptes collectifs avec ou sans solidarité ».

2) Voir Gavalda et Stoufflet, droit bancaire, 4° édition, n°345 et la bibliographie citée.

3) La solidarité ne s'applique que dans les rapports entre la banque et les cotitulaires du compte joint ; ce qui veut dire que cette solidarité n'affecte pas les relations entre les différentes personnes au nom desquelles le compte est ouvert. Par conséquent, il est bien évident que celle qui a disposé du compte en violation de l'accord qu'elle a conclu avec les autres titulaires du compte, peut être obligée de leur rembourser ce dont elle a indûment disposé.

4) Une saisie des droits du débiteur saisi doit être réalisée pour ne pas porter préjudice aux droits des cotitulaires du compte. Voir : Gavalda et Stoufflet, op.cit, n° 348 _ Vasseur et Marin, Droit bancaire, n°208.

L'autonomie des entreprises qui font partie du groupement peut poser problème sous l'angle du droit de la concurrence qui interdit les «actions concertées et les ententes expresses ou tacites visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché»[1]. Le fait que deux ou plusieurs entreprises se mettent en groupement pour soumissionner à un marché public ou privé, ne constitue pas en tant que tel une entente prohibée. Le cahier des charges lui-même autorise souvent la participation à l'appel d'offres de consortiums, surtout lorsque le projet requiert une expertise dans plusieurs domaines et suppose une complémentarité entre plusieurs entreprises. De plus, le fait que deux ou plusieurs entreprises participent conjointement à un appel d'offres, n'empêche pas les autres concurrents d'en faire autant; ce qui veut dire que la technique du groupement momentané d'entreprises n'est pas en tant que telle, anticoncurrentielle. Elle pourrait cependant le devenir, si le groupement devient systématique et cache en fait une répartition du marché entre des entreprises qui sont censées être concurrentes[2]. L'article 69 du décret n° 2014- 1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics prévoit qu'en cas d'entente manifeste entre les participants ou certains d'entre eux, l'acheteur public doit déclarer impérativement l'appel d'offres infructueux et procéder à une nouvelle mise en concurrence. L'entente manifeste au sens de ce texte peut résulter du caractère systématique du groupement soumissionnaire.

L'autonomie des membres du groupement et l'absence de personnalité morale, s'avèrent cependant peu conciliables parfois avec l'efficacité que l'on attend d'un consortium. Le recours au contrat de mandat permet de corriger les faiblesses de la division. Un mandataire commun, communément appelé « entreprise pilote » ou « chef de file » est désigné à cet effet. Ce mandataire commun peut être l'initiateur du groupement qui a établi les contacts nécessaires et joué un rôle moteur dans la réunion des entreprises en vue de présenter une soumission commune; mais il arrive aussi que le chef de file soit l'entreprise qui est appelée à prendre en charge les travaux les plus importants.

B - L'entreprise pilote

En fait, il est difficile pour le maître de l'ouvrage d'avoir plusieurs vis-à-vis, même dans le cas où chaque entreprise est appelée à réaliser une partie du projet. Une coordination s'impose entre les intervenants à tous les stades du projet. Cela commence par la présentation de l'offre commune qui doit

1 Article 5 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix.

2 Voir : Lamy, sociétés commerciales, n°1577 qui cite l'arrêt de la Cour de cassation, ch. Com ,14 janvier 1992, Bull. civ., n°15, p. 11.

remplir les conditions exigées et être déposée dans les délais pour le compte de tous les membres du groupement. La coordination s'impose aussi lors de l'exécution du marché pour que les divers éléments du projet et les diverses prestations contractuelles soient accomplies à temps et conformément au planning établi[1]. La coordination est également nécessaire pour faire face aux difficultés rencontrées lors de l'exécution et pour limiter autant que faire se peut l'impact du retard de l'un des participants sur l'avancement des autres. Pour éviter que les membres du groupement ne se « renvoient la balle » face au maître de l'ouvrage, celui-ci exige qu'il y ait un seul vis-à-vis, à savoir le mandataire commun qui répercute auprès des membres les instructions du client (ou de son mandataire professionnel) et répond de l'ensemble des travaux relatifs au projet.

Sur le plan financier, l'entreprise pilote est appelée à jouer un rôle important quant aux paiements devant être effectués par le maître de l'ouvrage. Sachant que le groupement est dépourvu de la personnalité morale et que chaque entreprise est censée exécuter ses prestations pour son propre compte, les factures doivent demeurer propres au membre du groupement qui les a émises ; mais cela n'exclut pas la centralisation auprès de l'entreprise pilote, qui en sa qualité de mandataire commun, veille à la bonne exécution de ses obligations financières par le client à l'égard du groupement. Si les règlements sont reçus dans un compte joint, l'entreprise pilote qui reçoit un paiement global, est appelée à procéder à la répartition selon l'accord de groupement. Sur le plan comptable, la complexité de cette situation doit être gérée avec beaucoup de rigueur, afin d'éviter que le compte joint et son fonctionnement réel ne soient interprétés comme étant des indices significatifs quant à l'existence d'une société apparente entre les parties[2].

La gestion du compte collectif par un mandataire commun n'est pas sans risque, si ce mandataire tombe en faillite après avoir reçu un paiement global et avant que ce paiement ne soit réparti entre les membres du groupement. Il est bien évident que les membres impayés ne seraient pas en droit de contraindre le client à leur payer de nouveau ce qu'il a déjà réglé par l'intermédiaire de l'entreprise pilote. Ce paiement étant libératoire, les entreprises qui n'ont pas été payées, doivent revendiquer leurs quoteparts qui se trouvent en la possession du failli, conformément aux articles 552 et suivants du Code de commerce. Le Syndic de la faillite peut, avec l'autorisation du juge commissaire, admettre leurs demandes en

1 Dans le cas où une société est constituée entre les membres du groupement pour réaliser le projet, une fois que celui-ci leur est attribué, la coordination se fait généralement au sein de cette société dans le cadre de comités (comité technique, comité financier, audit etc..).

2 Lamy, sociétés commerciales, n° 1582.

revendication[1]. Si le chef de file a disposé des fonds et que le compte joint ne permet pas de couvrir les quoteparts revenant aux entreprises qui n'ont pas été payées, ces entreprises peuvent engager la responsabilité pénale de celui qui a détourné les fonds, mais les victimes de ce détournement seront obligées de produire leurs créances entre les mains du syndic. conformément aux dispositions des articles 497 et s. du C.C.

Lorsque le projet est réalisé, le mandataire commun est obligé de rendre compte à ses mandants de l'exécution de son mandat, en application de l'article 1136 du C.O.C : mais en fait, il est rare que la réalisation de grands projets attende que l'ouvrage soit achevé pour que les membres du groupement reçoivent de la part de l'entreprise pilote un compte rendu de sa mission. Le plus souvent, ce compte rendu est périodique et fait l'objet de procès-verbaux datés et signés. Mieux encore, les comptes du mandataire commun peuvent être soumis au contrôle d'un auditeur externe, en vertu d'une stipulation de l'accord de groupement.

Enfin, le fait que le groupement momentané soit dépourvu de la personnalité morale, n'exclut pas l'existence de dépenses communes (assurances, gardiennage et autres). Ces dépenses sont prises en charge dans un premier temps par le mandataire commun pour le compte de l'ensemble des membres. Elles sont financées par les membres du 8roupement, chacun proportionnellement à sa part dans le marché. Elles sont ensuite liquidées à la fin du projet. L'excédent est alors partagé au prorata de chacun et le déficit éventuel est comblé sur la même base[2].

Le mandat de l'entreprise pilote peut dans certains cas prendre fin par anticipation. Tel est le cas lorsque la défaillance de cette entreprise est établie. Il est généralement prévu dans les contrats de 8roupement que si le mandataire commun ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent, tout autre membre du groupement peut le mettre en demeure de le faire par lettre recommandée avec accusé de réception. Si cette mise en demeure s'avère infructueuse à l'expiration d'un certain délai, les autres membres peuvent révoquer le mandat, en informer le client et procéder à la désignation d'un autre mandataire commun. Néanmoins, la mise en œuvre des règles du mandat dans ce domaine pose en réalité d'énormes problèmes, eu égard à l'intuitu personae qui caractérise la relation entre le groupement et le client d'une part et en raison de la nature du mandat en tant que mandat d'intérêt commun d'autre part. En effet, le choix d'un mandataire commun est souvent déterminé par ses compétences particulières et par le rôle qu'il joue dans la réalisation du projet. Le client

1 Article 522 alinéa 2 du C.C.

2 Lamy, op.cit n° 1582 paragraphes 2.

n'accepte pas aisément que ce rôle soit transféré à un autre intervenant, sans s'assurer au préalable que le nouveau mandataire commun est en mesure d'exécuter correctement cette mission. On peut lire dans l'article 7-3 du modèle de convention de groupement momentané d'entreprises, établi en France par la Fédération Nationale des Travaux Publics, sous le titre de «remplacement du mandataire défaillant»:

« *En cas de défaillance du Mandataire, soit dans l'exécution de son marché, ayant entraîné sa résiliation, soit dans les missions qui lui sont confiées, le membre dont la part des travaux est la plus grande intervient, après accord de la majorité en nombre des 2/3 auprès du maître de l'ouvrage dans les conditions prévues au paragraphe 17-1 des C.G.*

Au cas où le maître de l'ouvrage sanctionne par la résiliation de son marché la défaillance du mandataire, une nouvelle entreprise est proposée au maître de l'ouvrage pour la reprise et la continuation des travaux. Cette proposition doit avoir obtenu l'accord de la majorité absolue en nombre des membres au premier tour, sinon la majorité simple au second tour.

La désignation d'un nouveau mandataire à soumettre à l'agrément du maître de l'ouvrage, fait l'objet d'une proposition établie dans les mêmes conditions.

Les dispositions du paragraphe 17.2 sont également applicables à la défaillance du mandataire ».

Il résulte de ce texte que le remplacement du mandataire commun est l'affaire des autres membres du groupement et en même temps celle du maître de l'ouvrage.

De plus, si le mandataire commun agit tant en son nom personnel qu'au nom des autres membres du groupement, son mandat est d'intérêt commun au sens de l'article 1160 du C.O.C. Ce mandat ne saurait donc être révoqué par les autres membres du groupement, sans passer par une procédure judiciaire de révocation pour faute dans l'exécution du mandat. Or, cette procédure prend du temps, compte tenu de la lenteur de la justice et sa mise en œuvre peut entraver l'avancement du projet, compte tenu du rôle clef joué par l'entreprise chef de file. D'où l'intérêt de stipuler dans le contrat de groupement la faculté de remplacement du mandataire commun, selon une procédure déterminée lorsque sa défaillance est constatée.

L'organisation contractuelle de la joint-venture apparaît à la lumière de l'analyse ci-dessus exposée, comme étant marquée par l'absence de personnalité morale du groupement momentané et par l'autonomie des membres qui le composent. Cette organisation souple qui laisse une

large place à la liberté contractuelle et qui permet aux entreprises de demeurer elles-mêmes, tout en collaborant les unes avec les autres au cas par cas, chaque fois que le besoin se fait sentir, présente cependant des inconvénients majeurs pour le client qui conçoit l'ouvrage comme un tout indivisible et qui en cas de difficulté, n'a pas intérêt à diviser son action contre les diverses entreprises. Ces dernières sont le plus souvent solidairement tenues à son égard. L'étude de cette solidarité sera axée sur la défaillance de l'un des membres du consortium et ses conséquences.

III - La solidarité passive des membres

Le groupement momentané d'entreprises peut être un groupement conjoint ou un groupement solidaire. Dans le premier cas, le marché est divisé en lots et chaque opérateur exécute les prestations techniques précises qui sont indiquées dans son lot[1]. L'un des opérateurs membres du groupement est cependant désigné dans l'acte d'engagement du groupement comme mandataire, Celui-ci est alors qualifié comme étant solidaire de chacun des autres membres, sans que cette solidarité joue dans les rapports entre les membres[2]. En fait, ce type d'organisation dit groupement conjoint, ne semble envisageable que lorsque le marché est divisé en lots et que chaque lot est assigné à l'un des membres. Dans les autres cas, le marché fait appel à un groupement solidaire, Cette solidarité est le plus souvent expressément rappelée dans le contrat conclu entre les membres du groupement. Le maître de l'ouvrage peut exiger que ce contrat lui soit communiqué et qu'il figure parmi les pièces du marché. Ceci est de nature à assurer la transparence dans les relations entre les membres du groupement, pour que ces relations ne cachent pas des faits ou des engagements occultes préjudiciables aux intérêts du maître de l'ouvrage.

Lorsque le groupement est Solidaire, cela suppose aux termes de l'article 176 du C.O.C que « chacun (des débiteurs) est personnellement tenu de la totalité de la dette et le créancier peut contraindre chacun des débiteurs à l'accomplir en totalité ou en partie, mais n'a droit à cet accomplissement qu'une seule fois».

1 Le fait que le maître de l'ouvrage décompose le marché unique en plusieurs lots, dont chacun peut être réalisé par un membre du groupement, ne doit pas être confondu avec la technique de l'allotissement qui consiste à conclure plusieurs marchés séparés. L'article 2 du décret n° 2014-1039 portant réglementations des marchés publics définit l'allotissement comme étant « la répartition de la commande objet d'un marché en plusieurs lots pour des raisons économiques, financières, techniques ou sociales. Chaque lot constitue une unité autonome et peut être attribué séparément ou avec d'autres lots ».

2 Une clause expresse est nécessaire pour que la solidarité du mandataire vis-à-vis des autres membres soit exclue dans les rapports entre ces derniers s'ils sont commerçants. En effet, selon l'article 175 du C.O.C « la solidarité est de droit dans les obligations contractées entre commerçants, pour les affaires de commerce, si le contraire n'est exprimé par titre constitutif de l'obligation ou par la loi ».

Sur le plan pratique, la mise en œuvre des règles de la solidarité passive n'est pas aisée. La technicité et la complexité des prestations que chaque opérateur est appelé à exécuter selon sa spécialité, font que les membres du groupement momentané d'entreprises ne sont pas réellement interchangeables. Contrairement à ce qui est énoncé dans l'article 176 d'une manière assez abstraite, chacun des débiteurs n'est Pas en mesure techniquement et financièrement d'accomplir à lui seul l'obligation solidaire dans son intégralité. L'entreprise d'électricité par exemple, n'a généralement ni la compétence, ni les autorisations requises, pour exécuter les travaux de génie civil ou de génie mécanique faisant partie du marché, si les entreprises en charge de ces prestations s'avèrent défaillantes. Des règles spécifiques ont été ainsi prévues pour résoudre d'une manière appropriée les problèmes souvent épineux qui se posent lorsque l'un des membres du groupement s'avère défaillant. L'étude de ces règles spécifiques repose sur une distinction entre la défaillance proprement dite **(A)** et la défaillance accompagnée d'une admission au bénéfice d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire **(B)**.

A - La défaillance d'un membre du groupement

La défaillance d'un membre du 8roupement n'a pas le même impact, suivant que le membre défaillant est le mandataire commun ou l'un des autres membres.

a) La défaillance du mandataire commun

Le mandataire commun, à la différence des autres membres qui ne sont tenus que de l'exécution des prestations qui sont à leur charge, est responsable de certaines missions ayant trait à la représentation des autres. Il peut donc faillir à ses obligations soit en tant qu'entrepreneur, soit en tant que mandataire commun. Le maître de l'ouvrage pourrait même décider la résiliation du marché en raison de ces défaillances. L'impératif de stabilité contractuelle plaide en faveur du remplacement du mandataire commun avec l'accord du maître de l'ouvrage. Théoriquement, ce remplacement ne peut aboutir que si les autres membres se mettent d'accord à l'unanimité sur la continuation par un nouveau membre et que ce nouveau membre recueille l'approbation du maître de l'ouvrage. Pour éviter les situations de blocage inhérentes à la règle de l'unanimité, certains contrats de groupement prévoient une procédure appropriée pour le remplacement du mandataire commun. Il est ainsi Stipulé que le membre dont la part des travaux est le plus grand doit intervenir auprès du maître de l'ouvrage, avec l'accord de la majorité en nombre des opérateurs, en vue de lui proposer une nouvelle

entreprise qui prendra en charge la mission de représentation des différents membres du groupement et/ou la continuation des travaux qui n'ont pas été réalisés par le mandataire commun défaillant[1].

b) La défaillance d'un membre du groupement

La défaillance d'un membre du groupement est généralement bien définie dans la convention de groupement. Il est souvent stipulé que cette défaillance est constituée lorsqu'en cours d'exécution, l'un des membres n'a pas satisfait à ses obligations, après expiration du délai qui lui a été fixé dans la mise en demeure. Compte tenu des divers intérêts en présence, cette mise en demeure peut émaner du maître de l'ouvrage, du maître d'œuvre ou même du mandataire commun. En effet, compte tenu de la solidarité passive qui existe entre les membres du groupement, la défaillance de l'un à pour conséquence d'obliger les autres à répondre vis-à-vis du maître de l'ouvrage de ses défaillances ; d'où la nécessité de se prémunir contre une telle responsabilité, en prenant à temps les mesures qui s'imposent pour remédier à la situation. Ceci veut dire que si la mise en demeure s'avère infructueuse, le mandataire commun et le maître de l'ouvrage doivent s'engager dans un processus devant conduire à l'exclusion du membre défaillant et à son remplacement[2].

L'exclusion du membre défaillant est la suite logique de la résiliation du marché à son égard. Seulement, lorsque le marché a été partiellement exécuté par le membre exclu, comme c'est souvent le cas, il est nécessaire de dresser un état des lieux avant de continuer les travaux. La pratique contractuelle prévoit à cet égard que les parties doivent soit à l'amiable, soit par la voie judiciaire et sous le contrôle d'un expert, établir un état des travaux exécutés par le membre défaillant ainsi qu'un état des approvisionnements, des installations et du matériel[3]. Ces documents seront communiqués à l'entreprise qui continuera les travaux. Cette nouvelle entreprise est proposée au maître de l'ouvrage par le mandataire commun, après concertation entre les autres membres du groupement. Le nouveau membre est appelé à adhérer au contrat de groupement.

1 Voir dans ce sens l'article 7-3 du modèle français de convention de groupement momentané d'entreprises de la Fédération Nationale des Travaux Publics.

2 Dans certains cas, une clause pénale est stipulée à la charge du membre défaillant exclu du groupement (cf. Lamy sociétés commerciales, op. cit., n° 1581.

3 Voir l'article 17-2.1 du modèle de convention de groupement momentané d'entreprises précité. Il est à noter que dès le départ, chacun des membres du groupement s'engage à laisser sur le chantier et à mettre le cas échéant à la disposition de son remplaçant, à la demande du mandataire commun, les approvisionnements, les installations et le matériel qu'il a fournis jusqu'à complète exécution des travaux et apurement des comptes entre les membres du groupement.

Le remplacement du membre défaillant peut cependant avoir lieu, en utilisant la technique de la sous-traitance. Par cette technique, le mandataire commun ou l'entreprise chef de file, continue les travaux inachevés, en faisant appel à un sous-traitant. Celui-ci est agréé par le maître de l'ouvrage[1], mais il ne devient pas membre du groupement.

La défaillance d'un membre du groupement a souvent des conséquences préjudiciables aux autres membres, eu égard à la solidarité qui les oblige vis-à-vis du maître de l'ouvrage à répondre de l'ensemble des travaux. Dans les rapports internes cependant, le membre défaillant est responsable des pénalités de retard, des malfaçons, du supplément de prix résultant de la conclusion d'un nouveau marché, des mesures conservatoires et d'une manière générale de tous les dommages ayant un lien de cause à effet avec sa défaillance.

B - L'admission d'un membre du groupement à une procédure collective

L'admission d'un membre du groupement au bénéfice du règlement judiciaire a des conséquences tant sur les autres membres du groupement que sur le maître de l'ouvrage. Il en est de même lorsque l'un des membres est déclaré en faillite **(a)**. Ces conséquences revêtent un caractère particulier, lorsque le membre dont il s'agit est le mandataire commun **(b)**.

a) Les conséquences générales

Lorsqu'un membre du groupement momentané est admis au bénéfice du règlement judiciaire, cette nouvelle situation risque d'avoir un impact négatif sur les autres membres, compte tenu de la solidarité qui les unit vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Une procédure d'information rapide de celui-ci s'impose pour que toutes les parties intéressées puissent se préparer en vue de traiter l'impact du règlement judiciaire sur l'exécution des travaux en cours. L'on sait en effet, que l'article 35 de la loi de 1995 sur les entreprises en difficultés impose la continuation des contrats en cours liant l'entreprise aux tiers, tout en donnant à l'administrateur judiciaire et au débiteur la possibilité d'y mettre fin après autorisation du juge commissaire, si ces contrats ne sont pas nécessaires à l'activité de l'entreprise en difficultés. Pour être édifié sur les intentions du membre défaillant quant à la Continuation des travaux, le mandataire commun devrait non seulement aviser le maître de l'ouvrage du règlement judiciaire, mais aussi mettre en

1 Article 88 du décret précité du 13 mars 2014 sur les marchés publics.

demeure le membre du groupement qui bénéficie de cette procédure, de se prononcer sur son intention de continuer l'exécution des travaux dans les délais ou de mettre fin au contrat après autorisation du juge commissaire, conformément à l'article 35. Si le membre en difficultés économiques choisit de ne pas continuer les travaux, le mandataire commun doit mettre en œuvre la procédure visant à son remplacement, conformément à ce qui a été ci-dessus exposé. De plus, étant donné que ce remplacement implique souvent des conséquences pécuniaires à la charge de la partie défaillante, les autres membres du groupement qui ont ainsi des créances à faire valoir, ont intérêt à faire inscrire leurs créances, conformément à l'article 33 de la même loi.

Si le membre défaillant est déclaré en faillite, son dessaisissement de plein droit de l'administration et de la disposition de ses biens aux termes de l'article 457 du code de commerce, a pour conséquence de transférer au syndic les droits et actions appartenant au failli, concernant son patrimoine. Les autres membres du groupement ainsi que le maître de l'ouvrage doivent ainsi tenir compte de cette situation nouvelle. Le dessaisissement se traduit en fait par l'arrêt des travaux à moins que la continuation de l'exploitation commerciale n'ait été autorisée par le tribunal à la diligence du syndic et sur rapport du juge commissaire. Cette continuation n'est envisageable que si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige (article 480 du C.C). Lorsque le groupement intervient dans le cadre d'un marché public et que les autres membres considèrent, eu égard à la solidarité passive qui les oblige à répondre des défaillances du failli, qu'ils ont intérêt à laisser l'entreprise en faillite terminer les travaux[1], quitte à ce que le financement de ces travaux soit avancé par les autres membres du consortium, le tribunal ne peut qu'autoriser le Syndic à assurer cette mission[2]. En effet, les autres membres peuvent se prévaloir de leur qualité de créanciers du failli, sachant que celui-ci est débiteur à leur égard de toutes les sommes qui seront déboursées pour remédier à sa défaillance.

A partir du jugement déclaratif de faillite, les autres membres du groupement et le maître de l'ouvrage en leur qualité de créanciers du failli, doivent remettre au syndic leurs titres avec un bordereau indicatif des pièces remises et des sommes réclamées.

1 En fait, la technicité de certains travaux et la difficulté de les reprendre en utilisant des installations et équipements compatibles, peut justifier l'option de la continuation par la même entreprise malgré ses défaillances. Le coût du changement peut également s'avérer dissuasif et plaider en faveur du maintien de l'entreprise qui a commencé les travaux, surtout s'ils sont à un stade avancé.

2 Le matériel et les marchandises nécessaires à la continuation des travaux ne seront pas, dans ce cas, placés sous scellés, conformément à l'article 478 alinéa 3 du C.C.

b) Les conséquences particulières au mandataire commun

Lorsque le mandataire commun est admis au bénéfice du règlement judiciaire, cette admission produit des conséquences tant sur le maître de l'ouvrage que sur les autres membres du groupement, en raison du rôle clef joué par ce mandataire. Le modèle de contrat de groupement prévoit à cet égard une obligation d'information à la charge du membre du groupement dont la part des travaux est la plus grande, ou à défaut à la charge de tout autre membre du groupement[1]. Le maître de l'ouvrage doit être avisé pour qu'il mette en demeure l'administrateur judiciaire afin qu'il se prononce sur son intention de continuer l'exécution du marché ou de demander sa cessation après autorisation du juge commissaire[2]. La décision de l'administrateur judiciaire de mettre fin au contrat est capitale, car elle a pour conséquence de mettre aussi fin au mandat et de déclencher une procédure de remplacement du mandataire commun.

Si l'administrateur judiciaire s'en tient à l'application de l'article 35 de la loi qui prescrit en principe le maintien des contrats en cours, le problème est de savoir si le rôle dévolu au mandataire commun doit être nécessairement et inévitablement assuré par l'administrateur judiciaire. Il s'agit là d'une question capitale, car dans la pratique le fait que le groupement soit piloté par un administrateur judiciaire, ayant généralement peu d'expérience dans le management, peut compromettre le fonctionnement normal du consortium et nuire aux autres membres, qui ne sont pas en difficulté et qui le plus souvent n'auront pas intérêt à être placés sous la direction d'un administrateur judiciaire. D'où le problème de savoir si l'on peut valablement Stipuler dans la convention de groupement qu'en cas de règlement judiciaire du mandataire commun, son mandat sera révoqué de plein droit pour permettre aux autres membres du groupement de procéder à son remplacement. Nous estimons qu'une telle clause de révocation est valable, car le contrat en vertu duquel le mandataire commun agit au nom des autres membres du groupement n'est pas nécessaire à l'activité de l'entreprise au sens de l'article 35. Ce qui est nécessaire, c'est le maintien du contrat liant l'entreprise au maître de l'ouvrage, pour ne pas compromettre les chances de redressement de l'entreprise en difficultés économiques, mais cette entreprise n'a pas forcément besoin de piloter l'ensemble des travaux confiés au groupement. Bien au contraire, il peut être salutaire que l'entreprise en difficulté cesse de jouer un tel rôle, tout en continuant les travaux dont elle est chargée. Son remplacement par un autre membre du groupement peut présenter

1 Cf. article 7-4 du document précité de la Fédération Nationale des Travaux Publics en France.

2 Conformément à barticle 35 de la loi de 1995 sur les entreprises en difficulté.

des avantages appréciables en termes de crédibilité et de financement, sachant que les banques manifestent le plus souvent une méfiance vis-à-vis des entreprises en difficultés et des administrateurs judiciaires qui agissent en leur nom. Si ces administrateurs devaient aussi agir en tant que mandataires au nom des autres membres du groupement qui ne sont pas en difficultés, cette situation serait pour le moins indésirable, voire néfaste pour le fonctionnement du groupement et la réalisation du projet.