

LA LOI ET LA REGLEMENTATION

Dans les marchés privés, la retenue de garantie est régie par la loi du 16 juillet 1971.

Une adaptation réglementaire en assure la transposition, avec quelques différences dans les marchés publics.

DANS LES MARCHES PRIVES

Dans les marchés privés, les retenues de garantie sont réglementées par la loi N° 71-584 du 16 juillet 1971. Elle précise essentiellement que :

◆ La retenue de garantie est une faculté contractuelle, non une obligation (Art. 1). Si une retenue est pratiquée, elle est limitée :

- en montant : 5 % du marché,
- en durée : une année à compter de la date de réception,
- en objet : la levée des réserves faites à la réception. Elle ne peut viser d'autres réclamations (Cour de Cassation 26/02/92). Une clause "à première demande" est illégale. (Cour de Cassation 11/12/1985)

◆ La retenue de garantie est obligatoirement cautionnée ou consignée (Art. 1), au seul choix de l'entrepreneur. En aucun cas la retenue ne peut être conservée en main propre par le client. De même, ce dernier ne peut refuser la caution

(Art. 3)

◆ La caution peut être fournie à tout moment. En général, lorsqu'une retenue est prévue et à défaut d'autres précisions contractuelles, la caution est remise :

- soit à la signature du marché ou au début des travaux; les situations sont réglées à 100 %,
- soit lors de la réception; la retenue de 5 % pratiquée sur les situations est alors réintégrée dans le décompte définitif.

◆ La retenue de garantie est automatiquement restituée ou la caution libérée, une année après la réception, sauf opposition du client motivée par des réserves non levées (Art 2).

NB. La loi est étendue aux relations de sous-traitance (Art.4) qui sont toujours de droit privé, même lorsqu'elles s'exercent dans le cadre d'un Marché Public.

LA LOI

LOI N° 71-584 DU 16 JUILLET 1971

Article 1er. Les paiements des acomptes sur la valeur définitive des marchés de travaux privés visés à l'article 1779-3° du Code civil peuvent être amputés d'une retenue égale au plus à 5 p. 100 de leur montant et garantissant contractuellement l'exécution des travaux, pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage doit consigner entre les mains d'un consignataire, accepté par les deux parties ou à défaut désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance ou du Tribunal de Commerce, une somme égale à la retenue effectuée.

Dans le cas où les sommes ayant fait l'objet de la retenue de garantie dépassent la consignation visée à l'alinéa précédent, le maître de l'ouvrage devra compléter celle-ci jusqu'au montant des sommes ainsi retenues.

Toutefois, la retenue de garantie stipulée contractuellement n'est pas pratiquée si l'entrepreneur fournit pour un montant égal une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret.

Article 2 - A l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, la caution est libérée ou les sommes sont versées à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution ou au consignataire, par lettre recommandée, son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. L'opposition abusive entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts.

Article 3 - Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements, qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles 1er et 2 de la présente loi.

Article 4 - (Loi N° 72-1166 du 23 décembre 1972). - La présente loi est applicable aux conventions de sous-traitance.

LA RECEPTION

Au sens de l'article 1792-6 du Code Civil, « la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement ».

Obligatoire et unique, la réception est donc un acte important qui marque la fin de certaines responsabilités (garde des ouvrages...) et le début de nouvelles.(décennale et retenue de garantie).

Nous vous conseillons donc de faire systématiquement signer par le maître de l'ouvrage, un procès verbal de réception, même pour les travaux de faible importance.

Si vous intervenez en qualité de sous-traitant, vous ne serez, en général, pas partie prenante dans la réception. Vous aurez, tout intérêt à obtenir une copie du P.V. de la part de l'entrepreneur principal, puisque cette réception vous sera quand même opposable.

MODELE DE PROCES VERBAL DE RECEPTION

Je soussigné (nom et fonction éventuelle) :
agissant en qualité de maître de l'ouvrage pour les travaux ci-après désignés:(identification du chantier)
faisant l'objet d'un marché (ou d'une commande) en date du :
procède à leur réception en présence de: (nom de l'entrepreneur et/ou du maître d'oeuvre)

(1) Cette réception est prononcée sans réserve.

(1) Cette réception est prononcée avec les réserves suivantes: (indication précise des travaux à effectuer)

(1) Supprimer la mention inutile

Fait en autant d'exemplaires que de parties, à : le :
L'entrepreneur, Le maître de l'ouvrage, Le maître d'oeuvre (éventuellement).

NB. Si des réserves sont mentionnées, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage conviennent du délai ne pouvant excéder un an, pour y remédier. L'entrepreneur qui, après mise en demeure, n'obtempère pas, peut voir exécuter à ses frais les travaux correspondants. Pour éviter toute équivoque, nous vous conseillons de veiller à une désignation très précise des réserves et à faire ensuite signer par le maître de l'ouvrage un constat certifiant qu'elles ont bien été levées.

POUR FAIRE CESSER LA CAUTION

Si une date butoir figure dans l'acte, sauf opposition, la caution cessera automatiquement le jour indiqué.

Elle pourra cesser plutôt, sur production du procès verbal de réception. A fortiori, ce P.V. doit être transmis si aucune date butoir ne figure dans l'acte.

1°) Vous disposez du procès verbal de réception

POUR TRANSMETTRE LE P.V. DE RECEPTION

« Notre numéro client :

Messieurs,

Votre établissement s'est porté caution de notre entreprise au titre de la retenue de garantie par acte n° ... du ... au bénéfice de (désignation du bénéficiaire).

La réception a été prononcée le..., comme vous en trouverez ci-joint justification (joindre le P.V.)

Vous nous obligeriez donc en libérant cette caution à la date anniversaire de la réception.

Veillez., ».

2°) Vous n'avez ni procès verbal de réception ni date "butoir"

En conséquence il vous appartient de fournir une preuve attestant la fin du délai de garantie. Vous devrez donc, soit restituer l'acte original, soit obtenir une mainlevée du client, soit produire une décision de justice prononçant la réception. cette dernière faculté vous est autorisée par la loi du 4 janvier 1978 mais elle est lourde et onéreuse. Il est préférable de solliciter d'abord son client en ces termes:

POUR DEMANDER UN MAIN LEVEE

(lettre au bénéficiaire)

Messieurs,

Nous vous avons remis le ... une caution bancaire de ... F, établie par Etoile Commerciale en substitution de la retenue de garantie applicable au chantier réalisé pour votre compte.

L'article 2 de la loi N° 71-584 du 16 juillet 1971 dispose que cette caution cesse à l'expiration du délai d'une année suivant la réception.

A présent, vous avez pris possession de l'ouvrage depuis plus d'un an. Aussi vous nous obligeriez soit en nous retournant l'acte original de caution, soit en nous confirmant par écrit sa mainlevée .

Vous en remerciant par avance,...

MARCHES PUBLICS

Le Code des Marchés Publics transpose les dispositions de la loi de 1971, avec certaines adaptations.

◆ La consignation n'est pas prévue. Lorsqu'une retenue est pratiquée, le maître de l'ouvrage conserve donc les sommes, si l'une des garanties de substitution ne lui est pas fournie.

◆ Le titulaire du marché peut remplacer la retenue par une garantie à première demande, ou si les parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire (art 131). Le CCAP indique quel type de garantie est exigée.

◆ A la différence de la caution, la garantie à première demande est autonome. Cela dispense notamment l'administration de produire pour la retenue de garantie lors du dépôt de bilan du titulaire.

◆ La caution et la garantie à première demande doivent être établies selon des modèles réglementaires (art 144).

◆ Elles doivent être remises au maître de l'ouvrage au plus tard avec la première situation (art. 131).

◆ La caution ou la garantie est libérée, sauf opposition, dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie (donc 13 mois au maximum). En cas d'opposition, la libération ne peut intervenir que par main levée du maître de l'ouvrage (art 132).

◆ Les artisans et les SCOP sont dispensés de retenue de garantie (art 143).

LA REGLEMENTATION

LE CODE DES MARCHES PUBLICS

1°) Marchés de l'Etat

Art. 125. Lorsqu'ils comportent un délai de garantie (*), les marchés peuvent prévoir une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 p. 100, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Art. 131. La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire dans les conditions prévues aux articles 144 et 145.

Cette garantie ou cette caution doit être constituée en totalité au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte. En cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions. Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée, ou complétée, dans ce délai, la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée et le titulaire perd jusqu'à la fin du marché la possibilité de substituer une garantie à première demande ou une caution à la retenue de garantie.

Art 132. La retenue de garantie est remboursée, et les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés si l'administration contractante n'a pas, avant l'expiration du délai de garantie, notifié par lettre recommandée au contractant ou à l'établissement selon le cas que le marché n'a pas été correctement exécuté.

En l'absence de cette notification, le remboursement de la retenue de garantie intervient dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie. Dans le cas où cette notification a été effectuée, il ne peut être mis fin à l'engagement de l'établissement que par mainlevée délivrée par l'administration contractante.

Art. 143. Il ne peut être exigé de retenue de garantie des sociétés coopératives ouvrières de production, des artisans, des sociétés coopératives d'artisans et des sociétés coopératives d'artistes.

Art. 144. La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'Economie et des Finances.

2°) Marchés des Collectivités

Les articles 322 et 327 du Code des Marchés Publics organisent le report aux articles précités concernant les Marchés de l'Etat.

(*) L'article 44.1 du CCAG-Travaux prévoit, sauf stipulation différente dans le CCAP, un délai de garantie d'un an à compter de la réception ou de six mois si le marché concerne des travaux d'entretien ou de terrassements.

(*) L'article 44.1 du CCAG-Travaux prévoit, sauf stipulation différentes dans le CCAP, un délai dd'un an à compter de la réception ou de six mois si le marché concerne des travaux d'entretien ou de terrassements.

LA RECEPTION

Dans les Marchés Publics, les modalités de la réception sont très précisément définies par l'article 41 du CCAG, qu'il est utile de bien connaître. La procédure est en particulier dissociée en deux phases: opérations préalables à la réception et notification de la décision.

LE CCAG

ARTICLE 41 - Réception

41.1. L'entrepreneur avise à la fois la personne responsable du marché et le maître d'oeuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les travaux ont été achevés ou le seront.

Le maître d'oeuvre procède, l'entrepreneur ayant été convoqué, aux opérations préalables à la réception des ouvrages dans un délai qui, sauf stipulation différente du C.C.A.P., est de vingt jours à compter de la date de réception de l'avis mentionné ci-dessus ou de la date indiquée dans cet avis pour l'achèvement des travaux si cette dernière date est postérieure.

La personne responsable du marché, avisée par le maître d'oeuvre de la date de ces opérations, peut y assister ou s'y faire représenter. Le procès-verbal prévu au 2 du présent article mentionne soit la présence de la personne responsable du marché ou de son représentant, soit, en son absence, le fait que le maître d'oeuvre l'avait dûment avisée.

En cas d'absence de l'entrepreneur à ces opérations, il en est fait mention audit procès-verbal et ce procès-verbal lui est alors notifié.

41.2. Les opérations préalables à la réception comportent :

- La reconnaissance des ouvrages exécutés ;
- Les épreuves éventuellement prévues par le C.C.A.P. ;
- La constatation éventuelle de l'inexécution des prestations prévues au marché ;
- La constatation éventuelle d'imperfections ou malfaçons ;

Sauf stipulation différente du C.C.A.P. prévue au 11 de l'article 19, la constatation du repliement des installations de chantier et de la remise en état des terrains et des lieux ;

- Les constatations relatives à l'achèvement des travaux.

Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal dressé sur le champ par le maître d'oeuvre et signé par lui et par l'entrepreneur ; si ce dernier refuse de le signer, il en est fait mention.

Dans le délai de cinq jours suivant la date du procès-verbal, le maître d'oeuvre fait connaître à l'entrepreneur s'il a ou non proposé à la personne responsable du marché de prononcer la réception des ouvrages et, dans l'affirmative, la date d'achèvement de travaux qu'il a proposé de retenir ainsi que les réserves dont il a éventuellement proposé d'assortir la réception.

41.3. Au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'oeuvre, la personne responsable du marché décide si la réception est ou non prononcée ou si elle est prononcée avec réserves. Si elle prononce la réception, elle fixe la date qu'elle retient pour l'achèvement des travaux. La décision ainsi prise est notifiée à l'entrepreneur dans les quarante-cinq jours suivant la date du procès-verbal.

A défaut de décision de la personne responsable du marché notifiée dans le délai précisé ci-dessus, les propositions du maître d'oeuvre sont considérées comme acceptées.

La réception, si elle est prononcée ou réputée comme telle, prend effet à la date fixée pour l'achèvement des travaux.

41.4. Dans le cas où certaines épreuves doivent, conformément aux stipulations du C.C.A.P., être exécutées après une durée déterminée de service des ouvrages ou à certaines périodes de l'année,

la réception ne peut être prononcée que sous réserve de l'exécution concluante de ces épreuves.

Si de telles épreuves exécutées pendant le délai de garantie défini au 1 de l'article 44, ne sont pas concluantes, la réception est rapportée.

41.5. S'il apparaît que certaines prestations prévues au marché et devant encore donner lieu à règlement n'ont pas été exécutées, la personne responsable du marché peut décider de prononcer la réception, sous réserve que l'entrepreneur s'engage à exécuter ces prestations dans un délai qui n'excède

pas trois mois. La constatation de l'exécution de ces prestations doit donner lieu à un procès-verbal dressé dans les mêmes conditions que le procès-verbal de opérations préalables à la réception.

41.6. Lorsque la réception est assortie de réserves, l'entrepreneur doit remédier aux imperfections et malfaçons correspondantes dans le délai fixé par la personne responsable du marché ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie défini au 1 de l'article 44.

Au cas où ces travaux ne seraient pas faits dans le délai prescrit, la personne responsable du marché peut les faire exécuter aux frais et risques de l'entrepreneur.

41.7. Si certains ouvrages ou certaines parties d'ouvrages ne sont pas entièrement conformes aux spécifications du marché, sans que les imperfections constatées soient de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages, la personne responsable du marché peut, eu égard à la faible importance des imperfections et aux difficultés que présenterait la mise en conformité, renoncer à ordonner la réfection des ouvrages estimés défectueux et proposer à l'entrepreneur une réfaction sur les prix.

Si l'entrepreneur accepte la réfaction, les imperfections qui l'ont motivée se trouvent couvertes de ce fait et la réception est prononcée sans réserve.

Dans le cas contraire, l'entrepreneur demeure tenu de réparer ces imperfections, la réception étant prononcée sous réserve de leur réparation

41.8. Toute prise de possession des ouvrages par le maître de l'ouvrage doit être précédée de leur réception. Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement préalable d'un état de lieux contradictoire.

POUR FAIRE CESSER LA CAUTION

Si vous disposez du procès verbal de réception, transmettez-le à Etoile commerciale comme indiqué. Si par suite d'anomalie, le P.V. de réception ne vous a pas été notifié, rapprochez-vous du maître de l'ouvrage:

(lettre au maître de l'ouvrage)

Messieurs,

Nous vous avons remis le..... une (préciser: "une caution personnelle et solidaire" ou "une garantie à première demande") deF établie par Etoile Commerciale en substitution de la retenue de garantie applicable au chantier....réalisé pour votre compte.

Les dispositions conjuguées de l'article 132 du Code des Marchés Publics et de l'article 44.1 du CCAG- Travaux prévoient que la garantie cesse dans le mois qui suit le délai d'une année après la réception. Ce délai est à présent expiré.

Aussi vous nous obligeriez, soit en nous retournant l'acte original de caution, soit en nous confirmant par écrit sa mainlevée.

Vous en remerciant par avance...

QUELLE CAUTION CHOISIR ?

MARCHÉ PRIVÉ

MARCHÉ PUBLIC

CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

MARCHE PRIVÉ

Est considéré comme "Marché privé" tout contrat qui relève du droit commun. Il peut s'agir de contrats passés avec des particuliers, promoteurs, sociétés civiles immobilières, industriels, entreprises publiques, associations...

Attention ! Une société anonyme d'HLM est aussi un organisme de droit privé à la différence d'un office ou d'un OPAC

CAUTION MARCHE PRIVE AVEC DATE BUTOIR

La mention d'une date butoir est une clause contractuelle, entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage, prévoyant qu'en toute hypothèse, le délai de garantie cessera à une date certaine.

C'est une sécurité pour l'entrepreneur destinée à pallier la difficulté éventuelle d'obtention du procès-verbal de réception. Vous fixerez cette échéance, au vu du calendrier d'exécution, à la date anniversaire de la réception prévisionnelle, majorée d'un délai de tolérance pour aléas éventuels.

La date butoir est la date d'échéance qui figurera dans le texte de la caution.

CAUTION MARCHE PRIVE SANS DATE BUTOIR

Si l'une ou l'autre des parties contractantes ne souhaite pas voir figurer dans l'acte de caution une date d'échéance, vous opterez pour le modèle sans date butoir.

Attention ! Vous devrez alors être particulièrement vigilant quant à l'obtention du procès-verbal de réception.

MARCHE PUBLIC

Un marché public est un contrat passé avec une collectivité publique assujettie au Code des Marchés Publics : Etat, Région, Département, Commune, Communauté urbaine, District, Syndicat de communes. Organismes de sécurité sociale et Offices publics d'HLM sont également concernés par les dispositions réglementaires qui en découlent en matière de retenue de garantie.

Le Code des Marchés Publics prévoit la faculté de remplacer la retenue de garantie:

PAR UNE GARANTIE A PREMIERE DEMANDE

- Elle est autonome par rapport au marché. De ce fait le bénéficiaire n'est pas tenu de produire en cas de dépôt de bilan éventuel du titulaire.

PAR UNE CAUTION PERSONNELLE ET SOLIDAIRE

- La solidarité lie la caution au marché.
NB. Le texte obligatoire comporte une clause "à première demande" exigée dans les marchés publics, mais illicite dans les marchés privés.

Un arrêté du 10 décembre 1993 en a établi le texte obligatoire. Il appartient au CCAP (Cahier des Clauses Administratives Particulières au marché) de préciser le type de garantie exigée. (A défaut de mention, vous pourrez fournir l'une ou l'autre, mais nous vous préconisons la caution).

SOUS-TRAITANCE

Au sens de l'article 1er de la loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975, "la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'un marché public conclu avec le maître d'ouvrage."

Vous êtes donc sous-traitant chaque fois que vous n'êtes pas contractant avec le maître de l'ouvrage. C'est le cas lorsque vous travaillez pour une entreprise générale ou pour l'un de vos confrères.

Attention ! Si vous êtes payé par le maître de l'ouvrage, mais en ayant signé votre marché avec un autre intervenant, vous êtes sous-traitant. Si vous êtes membre d'un groupement dont une entreprise générale est le mandataire, vous n'êtes pas sous-traitant.

La loi du 23 décembre 1972 a étendu au sous-traitant la réglementation sur la retenue de garantie. L'entrepreneur principal est substitué au maître de l'ouvrage comme bénéficiaire.

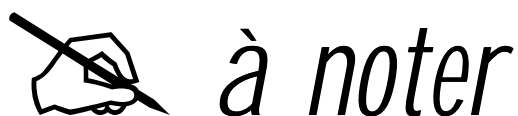
CAUTION SOUS-TRAITANCE AVEC DATE BUTOIR

Cette mention contractuelle peut être introduite selon les mêmes modalités qu'en matière de marchés privés (voir page 4).

SOUS-TRAITANCE SANS DATE BUTOIR

Mêmes critères de choix que pour les marchés privés (voir page précédente). Vous n'êtes pas obligatoirement signataire du procès verbal de réception lorsque vous êtes sous-traitant. Redoublez donc de vigilance pour en obtenir une copie.

Nota: Si vous intervenez en qualité de sous-traitant dans un marché public, utilisez une caution "sous-traitance".



absence de mention manuscrite

Pour d'évidentes raisons matérielles, les cautions que vous recevrez ne comportent pas de mention manuscrites " Bon pour caution personnelle et solidaire". Si un bénéficiaire vous en fait la remarque, sachez que cette mention est inutile dès lors que la caution est émise par une société commerciale (article 109 du Code de Commerce).