

Marchés privés

La retenue de garantie, pour sécuriser l'après-réception

Par Cyril Laroche, avocat à la Cour, docteur en droit

Dans son marché de travaux, le maître d'ouvrage privé doit veiller à inclure une retenue de garantie pour financer les travaux de levée des réserves émises lors de la réception, qui n'ont pas été exécutés par l'entrepreneur.

Cette retenue prive ce dernier du paiement immédiat intégral de ses acomptes. Il est cependant possible de concilier au mieux les intérêts des parties au contrat.

Quel est l'objet de la retenue de garantie ?

La retenue de garantie vise à permettre la bonne exécution des stipulations d'un marché de travaux. Son régime juridique est fixé, pour les marchés privés, par la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971. Toutefois, elle n'est opposable à un entrepreneur que si elle est prévue dans le contrat. Plus précisément, la retenue de garantie constitue une somme :

- prélevée par le maître d'ouvrage sur le paiement des acomptes dus au titulaire du marché sur la valeur définitive du contrat ;
- destinée à financer les travaux de levée des réserves faites lors de la réception des travaux en cas de carence de l'entrepreneur (sous réserve que les dites réserves aient été formulées dans un procès-verbal de réception établi régulièrement, c'est-à-dire, notamment, de façon contradictoire) ;
- hors tout frais annexes (hors frais d'expertise, par exemple).

Quel est le montant de la retenue de garantie ?

Ce montant est librement fixé dans le contrat. Toutefois, il ne saurait excéder 5 % du montant TTC du marché - en principe non révisé -, augmenté, s'il y a lieu, du montant total TTC - non révisé - des éventuels avenants au contrat.

Le montant de la retenue de garantie ne doit pas être confondu avec celui correspondant aux sommes qui pourraient résulter de l'application des stipulations contractuelles ayant pour objet de couvrir des indemnités de retard, le coût de l'achèvement de travaux ou d'éventuelles malfaçons. A supposer qu'elles existent, ces sommes pourraient alors s'ajouter au montant de la retenue de garantie contractuellement prévu.

Comment la retenue de garantie est-elle mise en œuvre ?

Le maître d'ouvrage retient une somme sur le montant des acomptes émis par son cocontractant au fur et à mesure de l'exécution du marché, dans les conditions prévues par le contrat. En pratique, la retenue de garantie est, le plus souvent, prélevée par fractions sur les acomptes successifs du titulaire du marché jusqu'à atteindre le plafond contractuellement prévu.

Il appartient, ensuite, au maître d'ouvrage de consigner chaque pré-

vement entre les mains d'un consignataire, dans l'attente de la réception des travaux et de l'éventuelle levée des réserves émises à cette occasion. Le consignataire est choisi par les parties. A défaut d'accord, la partie au contrat la plus diligente - en pratique, probablement, le maître d'ouvrage - demandera au président du tribunal de grande instance, ou au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel le contrat est exécuté, de le désigner.

Qu'en est-il des sommes consignées ?

La consignation peut être considérée comme une convention de séquestre. Elle n'entraîne pas le transfert de propriété à l'entrepreneur des sommes consignées par le maître d'ouvrage. Elle ne constitue pas davantage une somme susceptible d'être gagée et opposée à la masse des éventuels créanciers du maître d'ouvrage.

De surcroît, les sommes consignées peuvent être, le cas échéant, de nature à produire des intérêts pour le maître d'ouvrage si le consignataire est fondé à en verser.

La consignation est-elle obligatoire ?

Oui. A défaut, l'entrepreneur pourrait agir par la voie du référé devant la juridiction judiciaire, afin qu'il soit →

Ce qu'il faut retenir

- ▶ La retenue de garantie est une somme prélevée par le maître d'ouvrage sur le paiement des acomptes dus à l'entrepreneur afin de financer les travaux inexécutés de levée de réserves émises lors de la réception. Elle doit être prévue dans le contrat. Son montant est plafonné à 5 % du montant TTC du marché, avenants compris.
- ▶ Les sommes prélevées doivent être consignées et demeurent la propriété du maître d'ouvrage tant qu'elles n'ont pas été déconsignées. Le maître d'ouvrage peut accepter qu'une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier se substitue à la retenue de garantie afin de permettre à l'entrepreneur d'obtenir le paiement intégral de ses acomptes.
- ▶ La déconsignation, ou la libération de la caution, intervient un an après la réception, sauf opposition du maître d'ouvrage motivée par un retard dans l'exécution des travaux de levée des réserves.

Marchés privés

→ enjoint au maître d'ouvrage de consigner les sommes dues au titre de la retenue de garantie. Le cas échéant, une astreinte par jour de retard pris pour exécuter l'ordonnance de référé pourrait être prononcée.

Toutefois, en pratique, il est fréquent que les sommes ne soient pas consignées. En tout état de cause, il appartiendra au maître d'ouvrage de payer les sommes retenues si les travaux de levée de réserves sont exécutés. Il pourra être condamné à verser ces sommes par une demande indemnitaire présentée par l'entreprise devant le juge judiciaire, accompagnée, le cas échéant, d'une demande de versement de provision par la voie du référé.

Est-il possible de remplacer la retenue de garantie par une garantie fournie par un tiers ?

Pour l'entrepreneur, une telle substitution présente l'intérêt d'obtenir le paiement intégral des acomptes au fur et à mesure de l'exécution du marché. Elle permet également d'éviter de mener les démarches nécessaires pour le déblocage des fonds consignés.

Ce procédé est autorisé si le maître d'ouvrage l'accepte. L'entrepreneur doit alors fournir une caution personnelle et solidaire pour un montant égal à la retenue de garantie. Cette caution doit émaner d'une banque, d'un établissement financier agréé par le Conseil national du crédit, ou d'une société de caution mutuelle constituée conformément aux dispositions de la loi du 13 mars 1917 (1).

La substitution de la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire est possible avant le commencement de l'exécution du marché et jusqu'à la réception des travaux.

A supposer que cette substitution intervienne lors de l'exécution du contrat, les sommes consignées doivent être restituées à l'entrepreneur. Contrairement à la caution, la retenue de garantie ne peut pas être remplacée par une garantie à première demande.

Quelle est la portée de la caution personnelle et solidaire ?

Le cautionnement personnel et solidaire oblige un tiers au contrat - la caution - à financer les travaux de levée de réserves, sans que le maître d'ouvrage ait à agir en justice contre l'entrepreneur. La mise en cause de la caution ne peut, cependant, intervenir qu'après que le maître d'ouvrage a notifié à l'entrepreneur une mise en demeure d'agir restée infructueuse.

Le cautionnement ne constitue, cependant, pas un engagement autonome - contrairement à la garantie à première demande. Il en résulte que la caution peut opposer au maître d'ouvrage toutes les exceptions liées à l'exécution du marché, invocables par l'entrepreneur à raison d'un manquement du même maître d'ouvrage à ses obligations contractuelles. Cela étant dit, la caution demeure tenue de régler les sommes garanties au titre de la levée des réserves (dans la limite contractuellement prévue par le contrat de cautionnement) en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du titulaire du marché, sans qu'il puisse être reproché au maître d'ouvrage de ne pas avoir déclaré sa créance.

Quand peut-on demander le paiement des sommes retenues ou la libération de la caution ?

Les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur - ou la caution est libérée - à l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception des travaux, même en l'absence de mainlevée. Cependant, ce délai d'un an peut être réduit si les travaux n'ont pas fait l'objet de réserves ou en cas de levée de réserves dans ledit délai d'un an, sous réserve cependant que le maître d'ouvrage ait accepté d'ordonner la mainlevée sur les sommes retenues.

Passé le délai d'un an, le maître d'ouvrage ne saurait conserver les sommes consignées ou refuser la libé-

ration de la caution, notamment dans le but de financer des dépenses correspondant à des désordres apparus à la suite de la réception des travaux. Si tel était le cas, la décision du maître d'ouvrage de s'opposer abusivement à la déconsignation ou à la libération de la caution pourrait engager sa responsabilité et l'obliger à verser des dommages-intérêts au titre des préjudices subis par l'entrepreneur ou la caution. De surcroît, les sommes versées tardivement en raison d'un retard de déconsignation donnent droit à des intérêts moratoires. Ceux-ci commencent à courir à la date de la réception d'une mise en demeure de paiement des dites sommes, notifiée par l'entrepreneur au maître d'ouvrage.

Qu'en est-il si les réserves n'ont pas été levées un an après réception des travaux ?

Le maître d'ouvrage peut s'opposer à la déconsignation ou à la libération de la caution, sous réserve de notifier à l'entrepreneur son opposition par lettre recommandée avec accusé de réception avant l'expiration du délai d'un an après réception des travaux.

L'opposition doit être motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur de lever les réserves. Elle doit être également notifiée au consignataire ou à la caution.

La retenue de garantie peut-elle être prévue dans un contrat de sous-traitance ?

Oui. Les règles exposées ci-dessus, y compris celles relatives à la caution personnelle et solidaire susceptible de se substituer à la retenue de garantie, sont applicables aux contrats de sous-traitance. Tel n'est pas le cas, en revanche, pour un contrat de vente en l'état futur d'achèvement (Vefa).

(1) Article 1^{er} du décret n° 71-1058 relatif à la caution personnelle et solidaire, prévue par la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971.