

MARCHÉS PUBLICS

Mode d'emploi de la retenue de garantie

L'acheteur public dispose d'une garantie financière efficace: la retenue de garantie. Pourcentage prélevé sur les sommes dues au titulaire du marché, elle sert à couvrir les réserves émises à la réception des travaux ou pendant le délai de garantie. Le titulaire peut y échapper en proposant au pouvoir adjudicateur de lui substituer une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire.

CYRIL LAROCHE,
docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels
du droit public (APDP)

Quel est l'objet de la retenue de garantie ?

La retenue de garantie est une somme d'argent prélevée par le pouvoir adjudicateur sur le montant des sommes (hormis les avances) dues au titulaire d'un marché public, et qui a pour objet de couvrir les réserves émises par ce pouvoir adjudicateur lors de la réception des travaux ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.

Quel est ce délai de garantie ?

Le délai de garantie est celui pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. Il s'agit donc du même délai que celui de la garantie de parfait achèvement. En application du CCAG-Travaux (article 44), ce délai est d'un an – sauf prolongation – à compter de la réception.

Tout marché public doit-il obligatoirement prévoir une retenue de garantie ?

Non. Le pouvoir adjudicateur peut ne pas en prévoir. Il lui est même interdit d'appliquer une telle retenue lorsque le titulaire du marché est un organisme public.

Comment son montant est-il calculé ?

La retenue de garantie est un pourcentage (5% au maximum) du montant initial du marché. Ce montant ne prend pas en compte l'actualisation ou la révision du prix du marché, mais il est augmenté du montant des avenants. Il est calculé sans tenir compte d'une éventuelle augmentation consécutive à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.

Quelle est l'assiette de la retenue de garantie ?

Cette retenue est prélevée par fractions sur les acomptes et les règlements partiels définitifs du marché.

Comment la retenue de garantie est-elle remboursée ?

Le pouvoir adjudicateur rembourse la retenue de garantie au titulaire du marché un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie, sans que ledit titulaire ait à présenter une demande de remboursement. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont dus, conformément à l'article 98 du Code des marchés publics et aux articles 5 et 6 du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics. Toutefois, si des réserves ont été émises dans le délai de garantie, la retenue de garantie doit être remboursée un mois au plus tard après la levée de ces réserves, et cela même si cette levée intervient passé le délai de garantie. Le refus injustifié du pouvoir adjudicateur de rembourser la retenue de garantie engage sa responsabilité.

Quelles garanties peuvent être substituées à la retenue de garantie ?

- Garantie à première demande (GPD)

La retenue de garantie peut être remplacée par une GPD. Il s'agit d'un engagement souscrit par le titulaire du marché auprès d'un organisme choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel mentionnés à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier (ou par un tiers agréé dans son pays d'origine si cet organisme est étranger). L'organisme garant s'oblige à verser au pouvoir adjudicateur une somme d'argent due par le titulaire à première demande sous quinzaine dans la limite du montant garanti. Il s'agit d'un engagement autonome du marché public. Le garant est tenu de payer la somme due au pouvoir adjudicateur sans être en mesure d'opposer aucune exception tenant aux obligations contractuelles du titulaire du marché.

- Caution personnelle et solidaire

La caution personnelle et solidaire peut également remplacer la retenue de garantie. Il s'agit d'un contrat conclu entre le titulaire du marché et l'un des organismes agréés précités. Contrairement à la GPD, la caution

CE QU'IL FAUT RETENIR

- La retenue de garantie est une somme d'argent que le pouvoir adjudicateur peut décider de prélever sur les sommes dues au titulaire du marché et qui a pour objet de couvrir les réserves émises lors de la réception des travaux et pendant le délai de garantie.
- Elle est un pourcentage du montant toutes taxes comprises du marché qui ne peut pas excéder 5 %, augmenté du montant des avenants. Elle ne prend pas en compte le montant des prestations sous-traitées.

- Elle peut être remplacée par une garantie à première demande ou, avec l'accord du pouvoir adjudicateur, par une caution personnelle et solidaire qui seront établies en ayant recours aux formulaires Noti 7 ou Noti 8.
- La retenue de garantie doit être remboursée au titulaire du marché un mois après l'expiration du délai de garantie ou de la levée des réserves sans que ce titulaire soit tenu de le demander.

FICHE PRATIQUE

n'est pas une garantie autonome. La caution peut opposer au pouvoir adjudicateur toutes les exceptions tenant aux obligations du titulaire du marché pour ne pas régler les sommes dont le pouvoir adjudicateur sollicite le paiement.

Le titulaire du marché peut-il remplacer la retenue de garantie par une autre garantie sans l'accord du pouvoir adjudicateur ?

La GPD et la caution personnelle et solidaire présentent l'avantage pour le titulaire de pouvoir exécuter le marché sans qu'une part des sommes dues soit retenue par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, la caution personnelle et solidaire crée un risque pour le pouvoir adjudicateur que cette même caution se prévale des exceptions qui appartiennent au titulaire du marché pour ne pas garantir les réserves émises pendant le délai de garantie.

Il en résulte que le titulaire du marché ne peut remplacer la retenue de garantie par une caution personnelle et solidaire que si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas. Au contraire, il peut substituer la GPD à la retenue de garantie sans l'accord du pouvoir adjudicateur dès lors que le garant s'oblige à régler à première demande les sommes dues par le titulaire du marché.

Outre l'éventuel accord du pouvoir adjudicateur, à quelles conditions peut-on remplacer la retenue de garantie par d'autres garanties ?

La GPD et la caution personnelle et solidaire doivent avoir un objet identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Elles ne peuvent donc s'y substituer que pour couvrir les réserves émises sur les désordres non apparents lors de la réception des travaux ou ceux dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. De surcroît, le montant de la GPD ou de la caution ne peut pas être supérieur à celui de la retenue de garantie à laquelle elle se substitue.

Quand la GPD ou la caution personnelle et solidaire doivent-elles être constituées ?

Au plus tard, à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant à son premier acompte au pouvoir adjudicateur. Si la substitution est tardive, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

Est-il possible de constituer une GPD ou une caution personnelle et solidaire au cours du marché ?

Oui. Mais la GPD ou la caution doit être constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les sommes

prélevées au titre de la retenue de la garantie depuis le commencement de l'exécution du contrat doivent être intégralement reversées au titulaire du marché.

Comment la GPD ou la caution personnelle et solidaire doivent-elles être établies ?

Ces garanties sont établies selon un modèle fixé par un arrêté du 3 janvier 2005 du ministre de l'Economie. Les formulaires Noti 7 pour la GPD et Noti 8 pour la caution personnelle et solidaire établis par la Direction des affaires juridiques et financières du ministère de l'Economie sont conformes au modèle fixé par cet arrêté. Les pouvoirs adjudicateurs auront donc intérêt à les appliquer.

En cas de cotraitance, quel membre du groupement doit fournir la garantie en remplacement de la retenue de garantie ?

Si les opérateurs économiques titulaires du marché ont présenté une offre groupée conjointe, ils doivent chacun présenter une garantie correspondant aux prestations qui leur sont confiées. Toutefois, si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres, il peut fournir la garantie pour la totalité du marché. Si le marché a été attribué à un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire du groupement pour le montant total du marché, avenant compris.

Qu'en est-il des prestations sous-traitées ?

Le pouvoir adjudicateur ne saurait imposer une retenue de garantie aux sous-traitants, dès lors qu'il n'a pas de lien contractuel avec eux. Il ne peut donc prévoir une retenue d'un montant supérieur à celui des prestations directement exécutées par le titulaire du marché. Si tel est le cas (par exemple, une retenue de garantie de 5% du montant du marché alors que le montant des prestations sous-traitées est de plus de 95% du montant du marché), le pouvoir adjudicateur doit demander au titulaire de constituer, en remplacement de la retenue, une garantie à hauteur du montant des prestations non sous-traitées. Si la retenue de garantie n'est pas remplacée par une GPD ou une caution personnelle et solidaire, ni le titulaire du marché, ni le sous-traitant ne pourront être payés.

Le titulaire du marché peut-il prévoir une retenue de garantie dans le sous-traité ?

Une telle retenue de garantie est possible. Il n'appartient pas alors au comptable public de l'effectuer sauf – peut-on s'interroger – si l'acte spécial de sous-traitance y fait référence. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCE

- *Articles 98, 101 à 103 du Code des marchés publics.*
- *Article L. 612-1 du Code monétaire et financier.*
- *Décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics.*
- *Arrêté du 3 janvier 2005 pris en application de l'article 100 du Code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire.*
- *Instruction du 30 mai 2012 relative à la sous-traitance du ministère de l'Economie, des Finances et du Commerce extérieur.*