

# Garantie à première demande remplaçant la retenue de garantie NOTI3

## • Textes de référence

Articles [101](#), [102](#) et [103](#) du code des marchés publics

[Arrêté du 3 janvier 2005](#) pris en application de l'article 102 du code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire

## • À quoi sert la garantie à première demande remplaçant la retenue de garantie ?

L'article 101 du code des marchés publics indique que : "*Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, 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.*"

L'article 102 prévoit que : "*La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une **garantie à première demande** ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.*"

Il en résulte que la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire ont pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie, c'est-à-dire pendant la période qui s'écoule entre la date de la réception ou de l'admission des prestations et la fin du délai de garantie.

La garantie à première demande, qui peut, à l'initiative du seul titulaire (donc sans permission de l'administration) remplacer la retenue de garantie, présente une ressemblance apparente avec une caution de par son mécanisme de base : on demande à un établissement qui a apporté sa garantie de payer la dette d'un débiteur récalcitrant ou insolvable à la place de ce dernier.

Cependant la garantie à première demande est plus protectrice pour le créancier que la caution car, comme son nom l'indique, le garant est tenu de payer à première demande. Cette garantie est dite autonome par rapport à la dette principale, ce qui protège le créancier contre les contestations du titulaire, alors que, dans le cas d'une caution, même solidaire, la caution peut soulever les mêmes contestations que le débiteur principal, ce qui affaiblit de beaucoup son intérêt.

Le présent modèle, qui reprend les termes de l'arrêté du 3 janvier 2005 modifié pris en application de l'article 102 du code des marchés publics, permet d'apporter une protection satisfaisante aussi bien à l'administration qu'au garant.

## • Protection de l'administration

La garantie étant à première demande, aucun refus de paiement ne peut être opposé à l'administration dès lors qu'elle a constitué un dossier complet.

## • Protection du garant

L'administration ne peut mettre en jeu la garantie qu'en produisant un dossier.

Les pièces de ce dossier sont toujours d'une nature telle que l'administration ne peut mettre en jeu la garantie qu'à la condition de ne pas obtenir la levée des réserves formulées soit à la réception des travaux, fournitures ou services soit pendant le délai de garantie.

Cependant, elles varient selon les cas de figure :

**1. Si l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire**, il faut produire le jugement prononçant la liquidation judiciaire ou le jugement prononçant le redressement judiciaire dans des conditions telles qu'il ne permet pas de poursuivre le marché car la situation de redressement judiciaire n'est pas en soi un motif de fin du marché.

Dans le cas d'un redressement judiciaire, il faut pour que la résiliation soit possible : que l'administrateur ait

renoncé à l'exécution du marché (ce qui peut résulter soit d'une décision expresse de sa part soit de son silence après mise en demeure), ou que la résiliation ait été prononcée à la suite d'une faute du titulaire. Seule la décision de résiliation est à produire au garant, mais bien entendu, l'administration devra pouvoir établir que la résiliation est légale.

## **2. Autres cas :**

L'administration doit fournir la preuve qu'elle a prononcé la mise en régie ou l'exécution aux frais et risques du titulaire après une procédure correcte, c'est-à-dire notamment après avoir envoyé une mise en demeure (sauf en cas de dispense expresse de mise en demeure figurant au contrat) et après avoir attendu l'expiration du délai fixé par la mise en demeure (bien entendu, s'il y a dispense de mise en demeure, il n'y a pas non plus de délai y afférent).

Il n'appartient pas au garant de critiquer la procédure mise en œuvre par l'administration : l'engagement indique expressément qu'il paiera dès réception des pièces sans discuter leur contenu. Cependant, l'attention des administrations est appelée sur la nécessité de ne prononcer les résiliations et les sanctions qu'après une procédure préalable correcte, ce qui suppose une mise en demeure bien rédigée. À cet égard, elles sont invitées à prendre pour modèle l'imprimé EXE14.

## **3. Pièce à fournir dans tous les cas**

Dans tous les cas, un certificat administratif doit indiquer le montant estimé, du fait des réserves formulées, du surcoût des prestations.

- **Où envoyer l'imprimé de garantie à première demande remplaçant la retenue de garantie ?**

Lorsque le marché comporte une retenue de garantie, et que le titulaire souhaite la remplacer par une garantie à première demande, il procède comme suit :

- il remplit la rubrique **A** de l'imprimé et le remet à l'organisme apportant sa garantie (un des organismes visés à l'article 102 alinéa 3) ;
- quand le représentant de cet organisme a signé la rubrique **B**, le titulaire remet l'imprimé à la personne publique qui passe le marché.