

# SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1970-1971

Annexe au procès-verbal de la séance du 17 juin 1971.

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1), sur la proposition de loi, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, tendant à régler les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du Code civil,*

Par M. Lucien DE MONTIGNY,

Sénateur.

Mesdames, Messieurs,

La proposition de loi présentée par M. Icart et un certain nombre de députés, adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale et maintenant soumise au Sénat, vise à régler les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779 (3°) du Code civil.

(1) Cette commission est composée de : MM. Raymond Bonnefous, président ; Marcel Champeix, Marcel Molle, Marcel Prélot, vice-présidents ; Louis Namy, Jacques Piot, Roger Poudonson, secrétaires ; Jean-Pierre Blanc, Pierre Bourda, Philippe de Bourgoing, Robert Bruyneel, Pierre Carous, Etienne Dailly, Jean Deguise, Emile Dubois, Jacques Eberhard, Fernand Esseul, Pierre de Félice, Pierre Garet, Jean Geoffroy, Paul Guillard, Baudouin de Hauteclocque, Léon Jozeau-Marigné, Edouard Le Bellegou, Fernand Lefort, Pierre Mailhe, Pierre Marcilhacy, Paul Massa, André Mignot, Lucien De Montigny, Gabriel Montpied, Jean Nayrou, Marcel Nuninger, Guy Petit, Pierre Prost, Pierre Schiélé, Jacques Soufflet, Fernand Verdelle.

Voir les numéros :

Assemblée Nationale (4<sup>e</sup> législ.) : 1412, 1790 et in-8° 428.

Sénat : 310 (1970-1971).

Marchés administratifs. — Travaux publics - Bâtiment - Code civil.

Le caractère très complet de l'exposé des motifs de cette proposition de loi, qui fait en outre référence à la thèse de doctorat ès sciences économiques de M. Adrien Corbière « Retenue de garantie et marchés de construction », ainsi que l'étude approfondie faite par M. Zimmermann, rapporteur de ce texte à l'Assemblée Nationale, nous permettront d'exposer d'une manière plus simple et plus concise cette difficile question.

Le texte qui vous est soumis vise à réglementer et à aménager le système actuellement très largement coutumier de la retenue de garantie.

## I. — Fonctions et modalités de la retenue de garantie.

### 1. FONCTION DE LA RETENUE DE GARANTIE

Très ancienne dans notre droit, la retenue de garantie a pour but de permettre aux cocontractants de s'assurer de la bonne exécution, dans le temps, des obligations mises à la charge de l'un d'eux, ou des deux, par le contrat, principalement lorsque l'exécution de celui-ci ne résulte pas uniquement de la livraison de la chose, mais d'un ensemble complexe d'actes échelonnés dans le temps. Cette forme de garantie, qui revêt une importance particulière dans le domaine de la construction, doit être distinguée des garanties légales résultant des articles 1792 et 2270 du Code civil.

— *La responsabilité décennale des architectes et des entrepreneurs :*

L'article 1792 du Code civil, modifié par la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, pose le principe de la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes pour les gros ouvrages et leurs malfaçons, fixant ainsi à dix années la durée de cette garantie légale applicable aux contrats de construction.

— *La garantie biennale de l'article 2270 du Code civil :*

L'article 2270 du Code civil, depuis la loi du 3 janvier 1967 précitée, institue une nouvelle garantie de deux années pour les menus ouvrages.

— *La garantie de bonne finition des travaux :*

Au contraire, la garantie qui fait l'objet de la présente loi est à la fois coutumière et contractuelle. Elle est stipulée par convention entre les parties et correspond à la livraison de travaux bien faits et exempts de malfaçons, conformément au cahier des charges et aux usages de la profession ou du corps de métier. Les obligations de l'entrepreneur ont d'ailleurs fait l'objet d'une normalisation dans le cadre des normes édictées par l'Association française de normalisation (AFNOR) dans les termes suivants :

« Tout entrepreneur s'engage à exécuter tous les travaux nécessaires à la perfection de l'ouvrage, de manière que celui-ci, par rapport à l'état actuel des connaissances, présente tous les éléments de stabilité et de durée, ainsi que toutes les conditions d'achèvement nécessaires et qu'il soit, en tous points, conformes à l'art de bâtir et aux règles de la profession. »

## 2. MODALITÉS DE LA RETENUE A LA SOURCE

La retenue de garantie permet au maître d'ouvrage de s'assurer que les obligations de l'entrepreneur seront remplies, grâce à la constitution d'une sûreté, qui n'est pas sans ressembler à un véritable gage, dans la mesure où l'entrepreneur se dessaisit complètement des sommes retenues.

En effet, la retenue de garantie consiste en un prélèvement par le maître d'ouvrage d'une certaine somme sur les acomptes versés à l'entrepreneur en cours d'exécution des travaux. Le montant de cette retenue, variable et fixé par la convention, est le plus souvent de 10 % du montant des travaux, mais le taux de 5 % est de plus en plus fréquent.

La durée de la période de la retenue est ordinairement fixée à un an, parfois à six mois. En règle générale, les contrats prévoient le remboursement de 50 % de la retenue de garantie au moment de la réception provisoire et des 50 % restant à la réception définitive.

La retenue de garantie peut d'ailleurs être remplacée par une caution, à condition que le maître d'ouvrage ait donné son accord, ce qui, dans la pratique, rend exceptionnelle cette modalité de garantie.

Enfin, précisons que depuis le décret du 22 septembre 1960 la retenue de garantie n'existe plus dans les marchés publics de l'Etat où elle est éventuellement remplacée par un cautionnement.

La retenue de garantie semble donc constituer un procédé souple et efficace, puisque le maître de l'ouvrage dispose d'un moyen de pression à l'égard de l'entrepreneur pour l'inciter à achever les travaux dans les meilleurs délais, afin de pouvoir recouvrer les sommes retenues, et peut, en cas de carence de celui-ci, faire exécuter la réparation des malfaçons constatées ou la finition des travaux laissés inachevés.

Pourtant, il s'est avéré nécessaire d'apporter un certain nombre de réformes aux pratiques actuelles en cette matière.

## II. — Nécessité de réglementer et d'aménager la retenue de garantie.

La nécessité de réformer le système de la retenue de garantie résulte des inconvénients présentés par celle-ci à l'heure actuelle.

### 1. INCONVÉNIENT DU SYSTÈME DE LA RETENUE DE GARANTIE

Cette retenue pèse en effet lourdement sur la trésorerie des entreprises.

Compte tenu des marges bénéficiaires actuelles, souvent inférieures à 5 % du chiffre d'affaire, le poids d'une retenue de garantie atteignant 10 % du montant des travaux est difficilement supportable, d'autant plus que l'immobilisation des sommes peut durer plusieurs années. Aussi beaucoup d'entrepreneurs financent-ils cette garantie par des emprunts à moyen terme, dont le taux d'intérêt élevé a une lourde incidence sur le prix de revient. Au moment où l'encadrement du crédit limite les possibilités d'emprunt des entreprises, ces ressources immobilisées sont soustraites aux possibilités d'investissements.

Bien plus, contraint par la loi du marché, et aussi par l'attitude du maître de l'ouvrage qui tend de plus en plus, en retardant son accord sur la conformité, à différer la date de réception des travaux et du même coup la date du remboursement de la retenue

de garantie, l'entrepreneur est amené à considérer celle-ci comme un rabais obligatoire, dont il y a lieu de tenir compte lors de la fixation du coût des travaux, et justifiant une moins bonne finition de ceux-ci.

La retenue de garantie est ainsi détournée de son but. Instituée à l'origine pour assurer une finition conforme au cahier des charges et aux usages de la profession, elle a aujourd'hui l'effet inverse et incite à la négligence dans le travail.

Une réforme était devenue nécessaire.

## 2. LES RÉFORMES APPORTÉES PAR LA PROPOSITION DE LOI

Le texte initial substituait une caution personnelle à la retenue de garantie. Celle-ci était donc supprimée.

Or, le cautionnement par lequel un tiers s'engage envers le créancier à accomplir l'obligation du débiteur en cas de défaillance de celui-ci risquait de ne pas toujours présenter une garantie suffisante de bonne exécution du contrat de construction.

C'est pourquoi la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, suivie par l'Assemblée Nationale elle-même, a finalement conservé la retenue de garantie en laissant le choix entre deux solutions qui sont, l'une, la consignation par le maître de l'ouvrage du montant de la retenue et, l'autre, la substitution de la caution personnelle et solidaire d'un établissement financier au système de la retenue de garantie. Celle-ci est en outre limitée dans son taux et dans sa durée.

### A. — *La consignation de la retenue de garantie.*

La retenue de garantie, maintenue par la proposition, est cependant profondément aménagée.

La consignation obligatoire de la somme correspondante permet à la fois d'assurer la protection de l'entrepreneur contre d'éventuelles mesures dilatoires du maître de l'ouvrage, tout en garantissant à celui-ci une bonne exécution du contrat puisque le montant de la consignation demeurera bloqué jusqu'à l'exécution des travaux de finition ou la réparation des malfaçons qui pourraient s'avérer nécessaire.

B. — *Possibilité pour l'entrepreneur  
de choisir la solution de la caution.*

La faculté est offerte à l'entrepreneur, et à lui seul, de se soustraire à la retenue de garantie en fournissant, pour un montant égal, une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret. Cette précision, concernant les établissements financiers, doit éviter un cautionnement mutuel des entreprises entre elles, ce qui rendrait illusoire la garantie apportée par ce procédé.

Ce système est financièrement plus favorable pour l'entrepreneur puisqu'il lui permet de percevoir immédiatement la totalité des acomptes qui lui sont dus et évite ainsi l'immobilisation de sommes importantes. Il assure cependant complètement la garantie de bonne exécution des travaux du fait notamment des dispositions de l'article 2 de la proposition tendant à éviter un renversement de la charge de la preuve des malfaçons, qui aurait été à l'avantage des entrepreneurs.

C. — *Réglementation du taux et de la durée de la retenue  
et de la caution.*

La retenue de garantie, maintenue par la proposition, est cependant limitée quant à son taux ainsi que quant à sa durée par des dispositions s'appliquant d'ailleurs aussi à la caution.

La retenue, ainsi qu'éventuellement la caution, ne peuvent être supérieures à 5 % du montant des travaux (article premier de la proposition de loi).

En outre, la retenue de garantie est limitée à 1 an (Art. 2 de la proposition de loi).

L'article 3 de la proposition assure la prééminence des règles édictées sur les stipulations contraires des contrats.

Votre commission approuve ce texte mais vous propose cependant un amendement.

Celui-ci ne vise pas à modifier le sens de l'article 2 mais à améliorer la rédaction qui est particulièrement confuse.

En premier lieu, au tout début de cet article, dans le membre de phrase : « la caution est libérée et la retenue de garantie restituée... », le mot « et » doit manifestement être remplacé par le mot « ou » puisque la retenue ou la caution constituent les deux options exclusives l'une de l'autre, offertes par l'article premier de la proposition.

En second lieu, les deux alinéas de cet article se recoupent et il a paru utile de les refondre afin d'en faciliter la compréhension.

Tel est le but de l'amendement qui vous est proposé à l'article 2 de la proposition.

En conclusion, sous réserve de cet amendement, votre commission vous propose d'adopter la présente proposition de loi votée par l'Assemblée Nationale.

## TABLEAU COMPARATIF

### Texte de la proposition de loi.

#### Article premier.

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 % 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.

### Propositions de la commission.

#### Article premier.

Conforme.

**Texte de la proposition de loi.**

**Art. 2.**

La caution est libérée et la retenue de garantie restituée à l'expiration du délai d'un an à compter, dans tous les cas, de la date de réception, avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, pour autant que le titulaire du marché a rempli, à cette date, ses obligations à l'égard du maître de l'ouvrage, et à la suite d'une mainlevée délivrée par ce dernier.

A l'expiration du délai d'un an susvisé, la caution cesse d'avoir effet et la retenue de garantie est restituée, même en l'absence de mainlevée, sauf si le maître de l'ouvrage a signalé, par lettre recommandée adressée à la caution, que le titulaire du marché n'a pas rempli toutes ses obligations.

**Art. 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 premier et 2 de la présente loi.

**Propositions de la commission.**

**Art. 2.**

*A l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception, avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, la caution cesse d'avoir effet ou le montant des sommes consignées est versé à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, sauf si le maître de l'ouvrage a signalé, par lettre recommandée adressée à la caution ou au consignataire, que le titulaire du marché n'a pas rempli ses obligations.*

**Art. 3.**

Conforme.



## AMENDEMENT PRESENTE PAR LA COMMISSION

### Art. 2.

#### **Amendement :** Rédiger comme suit cet article :

A l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception, avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, la caution cesse d'avoir effet ou le montant des sommes consignées est versé à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, sauf si le maître de l'ouvrage a signalé, par lettre recommandée adressée à la caution ou au consignataire, que le titulaire du marché n'a pas rempli ses obligations.

## PROPOSITION DE LOI

*(Texte adopté par l'Assemblée Nationale.)*

### Article premier.

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 % 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.

### Art. 2.

La caution est libérée et la retenue de garantie restituée à l'expiration du délai d'un an à compter, dans tous les cas, de la date de réception, avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, pour autant que le titulaire du marché a rempli, à cette date, ses obligations à l'égard du maître de l'ouvrage, et à la suite d'une mainlevée délivrée par ce dernier.

A l'expiration du délai d'un an susvisé, la caution cesse d'avoir effet et la retenue de garantie est restituée, même en l'absence de mainlevée, sauf si le maître de l'ouvrage a signalé, par lettre recommandée adressée à la caution, que le titulaire du marché n'a pas rempli toutes ses obligations.

Art. 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 premier et 2 de la présente loi.

Délibéré en séance publique, à Paris, le 11 juin 1971.