

FICHE

Les garanties financières

Les garanties sont un élément du régime financier applicable aux marchés publics. Leur objet est d'assurer la bonne exécution du marché public par son titulaire, en renforçant les droits financiers de l'acheteur sur son cocontractant. Ces garanties sont des garanties contractuelles, et non légales à l'instar de la garantie décennale¹. Le marché public doit ainsi expressément prévoir ce type de garanties. Les systèmes de garantie des marchés publics sont traités aux articles [R. 2191-32 à R. 2191-35](#), [R. 2191-36 à R. 2191-42](#), et [R.2191-43 à R. 2191-44](#) du code de la commande publique pour les marchés classiques, et aux articles [R. 2391-21 à R. 2391-24](#), [R. 2391-25](#) et [R. 2391-26 à R. 2391-27](#) du même code pour les marchés de défense ou de sécurité. Ces garanties s'inspirent des mécanismes mis en place dans les marchés privés de travaux par la [loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du code civil](#).

Les systèmes de garanties prévus par ces dispositions réglementaires reposent sur la **retenue de garantie**, la **garantie à première demande** et la **caution personnelle et solidaire**². Ces garanties ont pour objet d'assurer l'acheteur de la reprise de réserves émises lors de la réception de la prestation ou lors de sa période de garantie ou de prémunir celui-ci contre des risques de non-remboursement de l'avance versée. Autrement posé, elles sont destinées à assurer une bonne exécution financière du marché public.

Le code de la commande publique prévoit donc les conditions permettant ou imposant la constitution d'une de ces garanties. Certaines garanties peuvent être substituées à d'autres, le cas échéant sous réserve de l'accord de l'acheteur.

La mise en place d'une garantie n'est pas obligatoire et son opportunité doit être préalablement évaluée par l'acheteur. En effet, s'agissant par exemple de la retenue de garantie, en ce qu'elle a pour effet de prélever une partie des sommes dues au cocontractant, elle a un impact important sur la trésorerie de ce dernier. Il convient donc d'apprécier l'opportunité de la mise en place d'une telle retenue au regard, notamment, de l'objet du marché ou de la taille de l'entreprise contractante.

1. Les garanties destinées à couvrir les réserves sur la qualité des prestations remises à l'acheteur

Pour s'assurer de la parfaite réalisation des prestations qu'il réceptionne, l'acheteur dispose d'un ensemble d'outils contractuels, telles les réserves à la réception ou une période de garantie portant délai d'épreuve de la qualité de la prestation et délai d'action en demande de correction des désordres ou dysfonctionnements constatés.

¹ Le Conseil d'État n'applique pas les articles 1792 et 2270 du Code civil mais reconnaît les principes dont ils s'inspirent, cf. CE Ass., 2 février 1973, Trannoy, n° 82706.

² Article L. 2191-7 du code de la commande publique : « *Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'État* ».

Pour se prémunir contre toute mauvaise exécution des obligations de son cocontractant en matière de reprise des réserves, dysfonctionnements ou désordres, l'acheteur peut recourir aux garanties financières prévues par la réglementation relative aux marchés publics.

Ce régime de garanties repose principalement sur la retenue de garantie. La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire sont des **mécanismes de substitution**.

1.1. La retenue de garantie

La retenue de garantie est prévue aux articles [R. 2191-32](#) à [R. 2191-35](#) du code de la commande publique. Des dispositions similaires sont prévues aux articles [R. 2391-21](#) à [R. 2391-24](#) du même code pour les marchés de défense ou de sécurité.

1.1.1. Les cas dans lesquels une retenue de garantie ne peut être prévue

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettra pas de procéder au prélèvement d'une retenue de garantie (v. 1.1.4.), le deuxième alinéa de l'[article R. 2191-34](#) du code de la commande publique précise que si le montant des sommes dues au titulaire ne permet pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, le titulaire du marché public est tenu de constituer une garantie à première demande en remplacement de la retenue de garantie.

Le troisième alinéa de l'[article R. 2191-34](#) du code de la commande publique prévoit explicitement que cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché public. Dans le cas d'un marché de défense ou de sécurité, l'acheteur peut décider de ne pas appliquer cette disposition aux organismes publics titulaires d'un marché public³.

1.1.2. L'objet de la retenue de garantie

La retenue de garantie assure la protection de l'acheteur.

En effet, aux termes de l'[article R. 2191-32](#) du code de la commande publique⁴, la retenue de garantie a pour seul objet de « *couvrir les réserves formulées à la réception⁵ des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception* »⁶.

L'institution d'une telle retenue de garantie est ainsi liée à l'existence d'un délai de garantie dans le contrat. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché public, pendant lequel l'acheteur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception⁷.

Il est à noter que tous les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) prévoient l'institution d'un délai garantie :

- Garantie de parfait achèvement d'une durée d'un an pour les travaux (article 44 du CCAG-travaux) ;

³ Troisième alinéa de l'[article R. 2391-23](#) du code de la commande publique.

⁴ Pour les marchés de défense ou de sécurité, il s'agit des mêmes dispositions (article [R. 2391-21](#) du code, renvoyant à l'[article R. 2191-32](#) du code).

⁵ [Art. 1792-6](#) du Code civil, en matière de réception d'un ouvrage, étant précisé que la réception est l'acte par lequel l'acheteur déclare accepter la prestation.

⁶ CAA Lyon, 8 mars 2018, *Société Routière du Centre*, n° 17LY01827, point 9, espèce relative à un marché public de travaux dans laquelle il est rappelé que la retenue de garantie applicable à ce type de marchés publics a pour seul objet de garantir contractuellement l'exécution des travaux pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage. La retenue de garantie ne couvre ainsi que les malfaçons constatées dans l'exécution des travaux.

⁷ [Article R.2191-32](#) du code de la commande publique.

- Garantie de remise en état ou de remplacement des prestations défectueuses d'une durée minimale d'un an pour les marchés de fournitures courantes et de services (article 28 du CCAG-FCS) et pour les marchés de techniques de l'information et de la communication (article 30 du CCAG-TIC) ;
- Garantie de reprise des prestations défaillantes d'une durée minimale d'un an dans les marchés publics industriels (CCAG-MI) ;
- Garantie technique des prestations d'une durée minimale d'un an dans les marchés de prestations intellectuelles (article 28 CCAG-PI).

L'[article R. 2191-34](#) du code dispose également que la retenue de garantie est « *prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde* ». Elle est donc une retenue, dans les comptes de l'acheteur, de sommes sur les paiements effectués auprès du titulaire. Elle doit être prévue par le contrat. À défaut, tout prélèvement indu d'une somme constituerait une faute de la part de l'acheteur⁸.

La retenue de garantie n'est enfin qu'une faculté pour l'acheteur. Il s'agit ainsi d'un moyen dont dispose l'acheteur pour exiger de son titulaire qu'il satisfasse à l'ensemble de ses obligations et pour imputer sur cette retenue de garantie les sommes dont ce dernier pourrait être redevable.

La fonction de la retenue de garantie est donc de remédier aux malfaçons ayant fait l'objet de réserves. La retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins que celle de garantir la réparation des malfaçons qui seraient constatées lors de la réception ou pendant le délai de garantie⁹. Elle ne peut en particulier permettre à l'administration de récupérer d'autres sommes dont elle estimerait son cocontractant débiteur¹⁰, comme, par exemple, le remboursement de l'avance ou le paiement de **pénalités de retard**¹¹.

En revanche, la retenue de garantie pourra permettre de financer les travaux exécutés par un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant, les travaux de reprise que celui-ci a refusé d'exécuter¹².

S'il décide de prévoir une retenue de garantie au sein de son marché public, l'acheteur ne peut la supprimer une fois le contrat signé, même par avenant. En effet, une telle modification affecterait les conditions de la mise en concurrence initiale, dès lors que l'exigence d'une retenue de garantie peut dissuader un opérateur économique de soumissionner et que les candidats répercutent généralement le coût induit par cette sûreté dans leur offre.

Si le contrat en application duquel la retenue de garantie est appliquée est déclaré nul, cette garantie se trouve alors privée de base légale et son montant doit être remboursé au cocontractant¹³.

1.1.3. La détermination du montant de la retenue de garantie

La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes du comptable assignataire de l'acheteur une partie des sommes dues au titulaire du marché public. Il s'agit donc d'une créance du cocontractant conservée par l'acheteur à titre de sûreté.

L'[article R. 2191-33](#) du code de la commande publique prévoit que « *Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours*

⁸ CE, 17 octobre 1984, n° 33081.

⁹ CE, 2 juin 1989, *Commune de Boissy-Saint-Léger*, n° 65631 ; CAA Lyon, 18 février 2010, *SA Planche*, n° 07LY01299, espèce relative à la couverture des coûts de reprise de malfaçons effectuée par un tiers.

¹⁰ Rép. min. n° 69710, JOAN du 18 mars 2002, p. 1546.

¹¹ CAA Nancy, 31 mai 2010, n° 08NC01369.

¹² CAA Lyon, 18 février 2010, n° 07LY01299.

¹³ CAA Marseille, 13 juin 2005, n° 03MA01021.

d'exécution ». Il est précisé que ce taux est de 3 % lorsque l'acheteur conclut un marché public avec une petite et moyenne entreprise.

Les taux de 5 % et de 3 % sont donc des plafonds, le contrat pouvant librement fixer un taux de retenue de garantie inférieur. En d'autres termes, s'il n'est pas possible d'augmenter l'assiette de la retenue de garantie, il est en revanche possible de la réduire.

Ces taux sont appliqués au montant initial du marché public et de ses éventuelles modifications.

Le montant initial s'entend comme le montant du marché public, tel que porté à l'acte d'engagement et réputé établi aux conditions économiques initiales du marché public, c'est-à-dire sans application des clauses éventuelles de variation des prix, toutes taxes comprises.

Les éventuelles modifications à prendre en compte sont les avenants. En revanche, ne sont pas prises en compte les sommes dues en raison d'une décision de poursuivre permettant de dépasser le montant fixé par le marché public. En effet, la décision de poursuivre constitue une demande unilatérale de l'acheteur, émise en cours d'exécution du contrat, qui ne répond pas aux éléments définis par la réglementation actuelle.

1.1.4. Les modalités de prélèvement de la retenue de garantie

La retenue de garantie est prélevée¹⁴ par fractions sur chacun des versements effectués entre les mains du titulaire, à l'exception des avances. Elle peut donc être prélevée sur les acomptes, les règlements partiels définitifs, et sur le solde, dont elle vient en déduction, après application, en principe, des clauses de révision de prix et imputation de la TVA (prix de paiement). Le g) de l'article 13.2.1 du CCAG-travaux prévoit donc que l'état d'acompte mensuel doit mentionner notamment : « *Le montant de la retenue de garantie s'il en est prévu une dans les documents particuliers du marchés et qu'elle n'a pas été remplacée par une autre garantie* ».

Le deuxième alinéa de l'[article R. 2191-34](#) du code de la commande publique précise que si le montant des sommes dues au titulaire ne permet pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, le titulaire du marché public est tenu de constituer une garantie à première demande en remplacement de la retenue de garantie. Il en est principalement ainsi lorsque le montant des prestations sous-traitées dépasse 95 % du montant initial du marché public¹⁵.

Par ailleurs, l'existence d'une retenue de garantie n'interdit pas au maître d'ouvrage d'opérer des réfections sur acomptes en cas de malfaçons affectant les travaux¹⁶.

1.1.5. Retenue de garantie et sous-traitance

La retenue de garantie ne s'applique pas au sous-traitant, mais seulement au titulaire du marché public. En effet, l'[article L. 2191-7](#) du code de la commande publique prévoit que la garantie est à la charge du seul titulaire du marché public et les dispositions relatives à la sous-traitance dans le code¹⁷ ne renvoient pas à l'article L. 2191-7. Seul le titulaire du marché public est responsable, en application de l'[article L. 2191-3](#) du code, de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché public, par lui-même et par ses sous-traitants. En conséquence, la retenue de garantie de l'[article R. 2191-34](#) du code est prélevée uniquement sur les versements dus au titulaire du marché public.

¹⁴ Le pouvoir adjudicateur mandate ou ordonnance le montant comprenant la retenue de garantie et le comptable assignataire procède au prélèvement.

¹⁵ Rép. min. n° 22541, JO Sénat du 10 mai 2007, p. 967.

¹⁶ CE, 10 février 1978, *Entreprise Jean-Charles Stribick*, n° 02784.

¹⁷ Articles [R.2193-10](#) et suivants du code de la commande publique.

Le contrat passé entre l'entreprise principale et son sous-traitant est un contrat de droit privé. Il peut prévoir une retenue de garantie dont le régime ne relèvera pas des dispositions prévues dans le code de la commande publique¹⁸. Toutefois, dès lors que l'entrepreneur principal a indiqué dans l'acte spécial de sous-traitance l'application d'une retenue de garantie, l'acheteur doit respecter les conditions de paiement qu'il a ainsi agréées¹⁹. En effet, le comptable public, qui n'est pas le juge de la légalité des pièces qui lui sont soumises, doit exécuter les dispositions prévues par l'acte de sous-traitance.

1.1.6. Le remboursement de la retenue de garantie

L'article R. 2191-35 du code de la commande publique prévoit que la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par ce même décret.

Tant que les réserves ne sont pas levées, la retenue de garantie n'est pas restituée.

Lorsque les conditions prévues par les textes réglementaires sont réunies, la libération de la retenue de garantie procède de la décision du seul ordonnateur et non du comptable public. Il est donc indispensable que l'ordonnateur informe le comptable de sa décision de libérer la retenue de garantie.

Constituent des coûts susceptibles d'être prélevés sur la retenue de garantie :

- La réparation des malfaçons persistantes après la réception définitive des travaux²⁰ ;
- Les réparations exécutées d'office et aux frais du titulaire qui conteste les réserves émises lors de la réception²¹.

Sont en revanche insusceptibles de justifier des prélèvements opérés sur la retenue garantie:

- la circonstance que l'entrepreneur n'aurait pas contracté une assurance conforme à ses engagements (notamment une assurance garantissant sa responsabilité décennale)²² ;
- le paiement de pénalités de retard²³ ;
- les frais de constat d'huissier et de publication dans un journal d'annonces légales (JAL) à la suite de l'abandon du chantier par le titulaire du marché public²⁴.

1.2. La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire en remplacement de la retenue de garantie (article R. 2191-36 du code de la commande publique)

La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire peuvent être constituées en remplacement de la retenue de garantie :

- **la garantie à première demande, un contrat de droit privé détachable du marché public.** La garantie à première demande est une garantie qui, souscrite par un donneur d'ordre – le titulaire du marché public – au

¹⁸ En matière de marchés de travaux privés tels que définis par l'Art. 1779-3° du Code civil, les retenues de garantie sont réglementées par la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du Code civil.

¹⁹ Sur les conditions de mise en œuvre, voir l'Instruction n° 12-12-M0 du 30 mai 2012, point 2.2.1.1, p. 12-14.

²⁰ CE, 27 mai 1983, *Commune de la Queune-en-Brie*, n° 23757.

²¹ CAA Lyon, 18 février 2010, n° 07LY01299.

²² CE, 2 juin 1989, *Ville de Boissy-Saint-Léger*, n° 65631.

²³ CAA Nancy, 31 mai 2010, n° 08NC01369.

²⁴ CAA Lyon, 8 mars 2018, n° 17LY01827.

profit d'un bénéficiaire – l'acheteur –, doit être exécutée par le garant – un tiers agréé –, dès lors que le bénéficiaire décide de l'appeler. Le garant ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base (le marché public) pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste²⁵.

Il s'agit d'un engagement autonome, détachable du contrat de base²⁶. Le caractère autonome de la garantie à première demande a pour conséquence que la garantie constitue un contrat de droit privé²⁷ supposant que l'appel en garantie soit une mesure d'exécution de ce contrat et non du marché public²⁸.

- **La caution personnelle et solidaire, un accessoire du marché public principal** ; le cautionnement est un contrat par lequel une personne appelée caution s'engage personnellement envers un créancier à remplir l'obligation du débiteur principal au cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait. Il est donné pour un montant déterminé. Il existe deux types de cautionnement : le cautionnement simple et le cautionnement solidaire. En matière de marché public, la caution ne peut être que solidaire.

À l'inverse de la garantie à première demande, le cautionnement est un contrat accessoire du marché public principal²⁹ ; il est un contrat public relevant de la compétence du juge administratif³⁰. L'acheteur ne peut exiger de la caution le versement de sommes faisant l'objet de son engagement que dans la mesure où il peut invoquer à l'égard du débiteur principal une créance certaine et exigible³¹. Et la caution peut donc opposer au débiteur les exceptions susceptibles d'être opposées par le créancier liées à l'exécution du contrat principal.

En revanche, une caution personnelle et solidaire constitue une garantie indépendante de la situation de l'entreprise titulaire du marché public et de son éventuel placement en redressement judiciaire³².

1.2.1. Deux engagements écrits établis selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie³³

La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire ne peuvent être apportées que par un organisme tiers agréé par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution mentionnée à l'[article L. 612-1](#) du code monétaire et financier ou, lorsque cet organisme est étranger, par un organisme tiers agréé dans son pays d'origine.

L'alinéa 2 de l'[article R. 2191-41](#) du code de la commande publique prévoit que l'acheteur peut accepter ou récuser l'organisme apportant sa garantie.

²⁵ CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics (FNTP)*, n° 159980.

²⁶ CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics (FNTP)*, n° 159980.

²⁷ CE 3 novembre 2004, *Société Technibat aluminium service*, n° 263934, dès lors que ces contrats n'ont pas pour objet l'exécution même du service public et ne comportent aucune clause exorbitante du droit commun ; caractère réaffirmé par CAA Paris, 3 février 2017, *Société Routes et Chantiers modernes (RCM)*, n° 16PA00743, la société titulaire du marché public qui apporte la preuve du prélèvement opéré par le garant sur son compte bancaire, peut demander au juge administratif la restitution du montant de ce prélèvement, à charge pour elle d'établir que le maître d'ouvrage en a reçu indûment le paiement.

²⁸ CAA Lyon, 9 janvier 2014, *Société Ronzat et Cie*, n° 12LY02905.

²⁹ CE, 10 juillet 2013, *Banque calédonienne d'investissement*, n° 361122, point 4.

³⁰ CE Section, 11 février 1972, *OPHLM du Calvados*, n° 79402.

³¹ CE Section, 17 mars 1972, *OPHLM de Nantes*, n° 76453.

³² CE, 10 juillet 2013, *Société Banque calédonienne d'investissement*, n° 361122.

³³ [Arrêté du 3 janvier 2005 modifié pris en application de l'article 102 du code des marchés publics fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire.](#)

1.2.2. Conditions

Le titulaire d'un marché public peut remplacer la retenue de garantie par une garantie à première demande sans recueillir l'accord de l'administration (l'acheteur demeurant libre d'accepter ou non l'organisme de crédit).

En revanche, s'il veut recourir à une caution personnelle et solidaire, le titulaire doit obtenir l'accord de l'acheteur. Ce dernier dispose d'une entière liberté pour accepter ou refuser une telle demande du titulaire. En cas d'acceptation par l'acheteur, la caution permet, lorsque le débiteur principal est défaillant, de contraindre celui qui l'a apportée à s'y substituer.

La substitution de la retenue de garantie peut intervenir avant toute demande de paiement de la part du titulaire du marché public. Elle peut également intervenir pendant toute la durée du marché public. L'[article R. 2191-40](#) du code de la commande publique précise, dans ce dernier cas, que les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont alors reversés au titulaire.

Le recours à la garantie à première demande ou à la caution personnelle et solidaire permet aux entreprises de ne pas supporter la retenue de garantie sur leur trésorerie.

Toutefois, dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci sera tenu de constituer une garantie à première demande³⁴. Il en va ainsi, en particulier, lorsque le montant des prestations sous-traitées dépasse 95 % du montant initial du marché public³⁵. Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché public (pour les marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur peut seulement décider de ne pas appliquer cette disposition aux organismes publics³⁶).

1.2.3. Montant

Le montant de la caution ou de la garantie, à l'instar de celui de la retenue de garantie, ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. Il est précisé que ce taux est de 3 % lorsque l'acheteur conclut un marché public avec une petite et moyenne entreprise. En revanche, il peut être inférieur à ce taux.

Lorsqu'un avenant au marché public est conclu, la garantie à première demande ou la caution doit être complétée. Si la garantie à première demande ou la caution n'est pas abondée en temps utile, une retenue de garantie doit être prélevée lors du paiement des prestations faisant l'objet de l'avenant.

En cas de reconduction du contrat, qui équivaut à la conclusion d'un nouveau marché public³⁷, une nouvelle garantie de substitution doit être constituée, sans quoi une retenue de garantie sera appliquée.

1.2.4. Objet

L'objet de la garantie à première demande et de la caution personnelle et solidaire est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur seul objet est ainsi de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures et services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Elles ne permettent pas à l'acheteur de récupérer d'autres sommes dont son contractant serait reconnu débiteur, notamment les pénalités de retard.

1.2.5. Constitution

La sûreté est constituée par le titulaire du marché public.

³⁴ [Article R. 2191-36](#) du code de la commande publique.

³⁵ Rép. min. n° 22541, JO Sénat du 10 mai 2007, p. 967.

³⁶ Troisième alinéa de l'[article R. 2391-23](#) du code de la commande publique

³⁷ CE 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143.

Le titulaire du marché public peut être un groupement.

S'il s'agit d'un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché public, avenants compris.

S'il s'agit d'un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché public.

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est généralement constituée au plus tard à la date à laquelle le titulaire du marché public remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte étant à défaut prélevée. L'[article R. 2191-36](#) du code de la commande publique ajoute toutefois que le titulaire du marché public peut substituer une garantie à première demande ou, avec l'accord de l'acheteur, une caution personnelle et solidaire « *pendant toute la durée du marché* ». La garantie à première demande ou la caution devra alors être constituée pour le montant total du marché public, y compris les avenants, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie étant reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Cette possibilité de substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire « *pendant toute la durée du marché public* » offre une grande souplesse aux entreprises et leur permet ainsi, pour récupérer le montant de la retenue de garantie, de fournir, à la réception des travaux, une caution « papier » valable jusqu'à la fin du délai de garantie.

Les frais de constitution de la caution ou de la garantie à première demande sont à la charge du titulaire du marché public.

1.2.6. Modèles

Comme l'indique l'[article R. 2191-37](#) du code de la commande publique, la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire doivent être établies conformément à un modèle, fixé par un [arrêté du 3 janvier 2005 modifié](#).

Le formulaire **NOTI 5** est un modèle de garantie à première demande qui peut être utilisé par le titulaire d'un marché public pour remplacer la retenue de garantie exigée par l'acheteur.

Le formulaire **NOTI 6** est un modèle de caution personnelle et solidaire qui peut être utilisé par le titulaire d'un marché public pour remplacer la retenue de garantie exigée par l'acheteur.

Ces formulaires NOTI sont des documents non obligatoires proposés aux acheteurs et aux opérateurs économiques³⁸. S'ils décident d'y recourir, ils sont libres de les adapter. Toutefois, cette liberté est limitée par les dispositions de l'[article R. 2191-37](#) du code précité, qui en prévoit le contenu obligatoire. Tout utilisateur des formulaires **NOTI 5** et **NOTI 6** ne peut en modifier les rubriques portant sur la retenue de garantie, notamment l'engagement prévu en rubrique F.

1.2.7. Conditions de mise en jeu

Pour la garantie à première demande, l'acheteur devra produire un nombre de documents établissant l'incapacité du titulaire à exécuter les travaux de levée de réserves ou ceux relevant des obligations de parfait achèvement. Ces documents sont précisés dans les modèles précités.

³⁸ Il s'agit de la nouvelle version en cours de révision des formulaires de notification. Le formulaire NOTI 5 tel que mettant à jour de la nouvelle réglementation l'ancien NOTI 7 ; le NOTI 6 remplaçant le NOTI 8. Aussi, lorsque ces nouveaux formulaires seront publiés, il est proposé d'ajouter au sein de cette FT des notes de bas page indiquant l'adresse internet sur laquelle ils se trouvent et permettant ainsi un renvoi vers ces NOTI 5 et 6.

Pour la caution, le paiement s'effectuera sur justificatif de la créance. L'administration ne peut exiger de la caution le versement des sommes faisant l'objet de son engagement que dans la mesure où elle dispose d'une créance exigible et certaine à l'encontre du titulaire du marché public.

1.2.8. Libération

Les établissements financiers ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché public et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai³⁹, les sûretés sont libérées un mois au plus tard après la date de leur levée⁴⁰.

En outre, il est impossible de faire jouer la garantie à première demande après le décompte définitif. En effet, la notification du décompte général « *alors même que des réserves relatives à l'état de l'ouvrage achevé n'ont pas été levées ou qu'il n'est pas fait état de sommes correspondant à la réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves au sein de ce décompte* » rend ce dernier définitif. Dès lors, ce caractère définitif « *s'oppose à ce qu'une somme quelconque qui n'a pas été mentionnée dans ce décompte au débit du titulaire, puisse être mise à sa charge* ». À cet égard, il est précisé que « *la mise en œuvre, auprès d'un établissement bancaire, d'une garantie à première demande ne dispense pas le maître d'ouvrage d'inclure le montant de celle-ci dans le décompte général du marché public* ». À défaut, ce manquement rendant définitif le décompte général, la somme ensuite reçue est injustifiée. Dans ces conditions, « *le montant de la garantie à première demande appelé au paiement pour couvrir le prix de la réfection des réserves doit être intégralement restitué au titulaire du marché public* »⁴¹.

S'agissant de la procédure, il convient de souligner que le comptable n'intervient pas dans le cadre de la libération de la caution ou de la garantie à première demande qui ne donne lieu à aucun mouvement financier. Cela relève de la décision du seul ordonnateur.

Le refus injustifié de libérer la sûreté est susceptible d'engager la responsabilité de l'acheteur⁴².

2. La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire constituées pour rembourser une avance

2.1. Constitution et forme de la garantie

Conformément au troisième alinéa de l'[article R. 2191-7](#) du code de la commande publique, lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % du montant du marché public, les collectivités territoriales peuvent demander la constitution d'une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, d'une caution personnelle et solidaire pour tout ou partie du remboursement de l'avance. Cette disposition n'est pas applicable aux marchés de défense ou de sécurité.

³⁹ CE Section, 19 novembre 1971, *OPHLM du Havre*, n° 73664 ; CAA Douai, 15 mai 2018, *SAS PNS-A*, n° 15DA00354, réaffirmant le principe de l'absence de libération de la garantie à première demande en cas de réserves non levées. Dans cette espèce, il a été jugé que l'établissement bancaire, qui a accordé sa garantie à première demande, ne peut être libéré de ses engagements si des réserves n'ont pas été levées avant l'expiration du délai de garantie, même un mois après l'expiration du délai de garantie.

⁴⁰ Cass civ. (3 CH) 8 février 2018, n° 17-11135, publiée au Bulletin, en l'absence de levée des réserves formulées dans le procès-verbal de réception et notifiées au titulaire du marché public, l'établissement ayant accordé sa garantie demeure tenu de garantir le titulaire du marché public.

⁴¹ CAA Paris, 3 février 2017, *Société Routes et Chantiers modernes (RCM)*, n° 16PA00743.

⁴² CAA Paris, 3 juillet 2007, *OPAC de Paris*, n° 04PA02056 ; CE, 12 octobre 1988, *OPHLM de la communauté urbaine de Bordeaux*, n° 67968, la faible importance des travaux de reprise ne justifie pas de ne pas libérer la garantie.

La constitution d'une garantie à première demande est en revanche une condition nécessaire au versement d'une avance supérieure à 30 % mais inférieure à 60 % de l'assiette retenue pour la détermination du montant de l'avance ([article R. 2191-8](#) du code). S'agissant du cas particulier des marchés de défense ou de sécurité, l'[article R. 2391-5](#) du code prévoit que l'obligation de constitution d'une telle garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre chargé de la défense et du ministre chargé de l'économie.

Aux termes de ces mêmes dispositions, l'avance ne pouvant excéder 60 % du montant du marché public, la garantie ne peut donc être portée au-delà de 60 % du montant du marché public.

La constitution de la garantie est un préalable au versement de l'avance.

Ces garanties ne peuvent être exigées d'un organisme public, titulaire d'un marché public⁴³.

2.2. Modèles

Ces cautions et garanties sont établies conformément aux modèles fixés par l'[arrêté du 3 janvier 2005 modifié](#).

2.3. Remboursement de l'avance et libération des garanties

Sauf stipulation contraire du marché public, le remboursement de l'avance commence lorsque le montant des prestations exécutées dépasse 65 % du montant toutes taxes comprises des prestations confiées au titulaire du marché public (partie non sous-traitée du montant du marché public, du montant minimum d'un accord-cadre à bons de commande comportant un tel montant, de la tranche, etc.). Il doit en tout état de cause être terminé lorsque le montant des prestations exécutées atteint 80 % de ce montant.

Dès lors que le remboursement de l'avance est intervenu dans son intégralité, la libération de l'organisme ayant apporté sa garantie en la matière peut intervenir sans délais.

En effet, les textes réglementaires n'encadrent pas la libération des garanties afférentes à l'avance dans un délai particulier.

3. Les autres garanties prévues aux articles R. 2191-43 et R. 2191-44 du code de la commande publique

L'[article R. 2191-43](#) du code de la commande publique prévoit que « *Le marché peut prévoir d'autres garanties [...] pour l'exécution d'un engagement particulier* ».

Par ailleurs, l'[article R. 2191-44](#) du même code dispose qu'en « *en cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article R. 2191-30 pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire* ».

En application de l'[article R. 2191-30](#) du code, si la liquidation provisoire d'un marché public, après résiliation totale ou partielle, fait apparaître un solde créditeur au profit de l'acheteur, celui-ci peut, sans attendre la liquidation définitive, demander au titulaire du marché public le reversement de 80 % du montant de ce solde ; toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette, sous réserve que celui-ci fournisse une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, une caution personnelle et solidaire.

⁴³ [Article R.2191-8](#) du code de la commande publique.