Dans le cadre d'un marché de travaux privés, le maître d'ouvrage dispose de la faculté de retenir une somme correspondant à 5% du montant du marché de travaux, et ce afin de couvrir le coût des travaux de reprise qui s'avéreraient nécessaires en cas d'éventuelles réserves faites à la réception.

Ce dispositif, prévu par la loi du 16 juillet 1971, est ainsi venu encadrer les retenues pouvant être pratiquées sur les marchés de travaux et ce, afin de protéger le constructeur ou le sous-traitant. En effet, ce mécanisme limite à 5% au plus du montant du marché de travaux, la somme pouvant être retenue par le maître d'ouvrage et empêche ainsi tout éventuel abus de ce dernier.

Ainsi, l'article 1, alinéa 1, de la loi n°71-584 du 16 juillet 1971 prévoit que « *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*. »

Dans quels types de contrats la retenue de garantie prévue à l'article 1er de la loi du 16 juillet 1971 s'applique-t-elle ?

Le mécanisme prévu à l'article 1 précité porte sur les marchés visés à l'article 1779-3° du Code civil, à savoir les marchés de travaux des constructeurs qui s'obligent sur devis ou à forfait. La retenue légale s'applique tant au louage d'ouvrage principal, qu'au sous-traité.

Néanmoins, la retenue de garantie de 5% doit expressément figurer au contrat. En effet, en l'absence de stipulation contractuelle prévoyant l'application d'une telle retenue, le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur principal ne pourra pas se prévaloir

de ce mécanisme.

La retenue de garantie peut être remplacée par un cautionnement, lequel doit être fourni par un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret : banque, établissement financier habilité, société de caution mutuelle. Le montant du cautionnement ne peut alors excéder celui des sommes qui pourraient être retenues au titre de la retenue légale de garantie soit 5 % maximum du montant du marché de travaux.

Est-il possible de prévoir au contrat des dispositions dérogatoires à la loi du 16 juillet 1971 ?

Ces dispositions sont d'ordre public. Ainsi, toutes clauses contraires doivent être déclarées nulles.

Quel est l'objet de la retenue de garantie ?

Le maître d'ouvrage ne peut retenir une somme importante sur le marché de travaux excipant de malfaçons ou d'un retard sur le chantier. En effet, la retenue de garantie a pour seul objet de garantir l'exécution des travaux de reprise liés aux réserves faites à la réception.

La jurisprudence s'est néanmoins montrée fluctuante sur ce point. Certains arrêts admettaient notamment que la garantie puisse couvrir également des désordres apparus après réception.

Toutefois, la jurisprudence récente est finalement venue confirmer que « *la retenue légale vise à garantir l'exécution des travaux de levée des réserves à la réception et non la bonne fin du chantier* » (Civ. 3e, 7 déc. 2005, no 05-10.153, Bull. civ. III, no

238 ; Defrénois 2006, art. 38460, obs. Périnet-Marquet).

Il résulte de ce qui précède que la retenue de garantie ne trouve application qu'en cas de réception et plus particulièrement de réserves faites lors de cette réception.

En pratique, comment mettre en œuvre le mécanisme de la retenue de garantie ?

L'alinéa 2 de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1971 dispose :

« *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 judiciaire ou du tribunal de commerce, une somme égale à la retenue effectuée*. »

Ainsi, la loi du 16 juillet 1971 impose au maître d'ouvrage ou à l'entrepreneur principal, de consigner la retenue de garantie entre les mains d'un consignataire.

En application du texte susvisé, le consignataire doit être accepté par les deux parties ou, à défaut, désigné par le Président du Tribunal judiciaire ou du Tribunal de commerce.

A défaut pour le maître d'ouvrage de consigner le montant de la retenue, l'entrepreneur pourra obtenir le paiement des sommes retenues quand bien même il demeurerait des réserves à lever.

Dans quel délai la somme consignée doit-elle être libérée ?

L'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 dispose :

« A l'expiration du délai d'une année à compter de la date de réception, faite avec ou sans réserve, des travaux visés à l'article précédent, la caution est libérée ou les sommes consignées sont versées à l'entrepreneur, même en l'absence de mainlevée, si le maître de l'ouvrage n'a pas notifié à la caution ou au consignataire, par lettre recommandée, son opposition motivée par l'inexécution des obligations de l'entrepreneur. L'opposition abusive entraîne la condamnation de l'opposant à des dommages-intérêts. »

Cet article impose, pour le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur principal, l'obligation de libérer la somme consignée dans le délai d'un an à compter de la réception des travaux. La retenue de garantie peut également être libérée avant le délai précité notamment dans l'hypothèse où les réserves seraient toutes levées.

La retenue de garantie ne peut donc excéder un an à compter de la réception des travaux. Ainsi, en l'absence d'opposition du maître d'ouvrage dans ce délai, les sommes consignées doivent être versées au constructeur.

Néanmoins, en cas d'opposition du maître d'ouvrage dans l'année suivant la réception des travaux, le délai de la retenue de garantie sera prolongé sans qu'une limite ne soit fixée par la loi.

Recommandations du cabinet BJA :

Dans l'hypothèse où les réserves ne seraient pas toutes levées à l'approche du délai d'un an à compter de la réception, l'opposition doit impérativement être

notifiée au consignataire, par LRAR, et justifiée par l'inexécution de ses obligations par le constructeur ou le sous-traitant. En effet, si l'opposition est notifiée hors délai, le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur principal devra libérer la retenue de garantie quand bien même des réserves resteraient à lever.