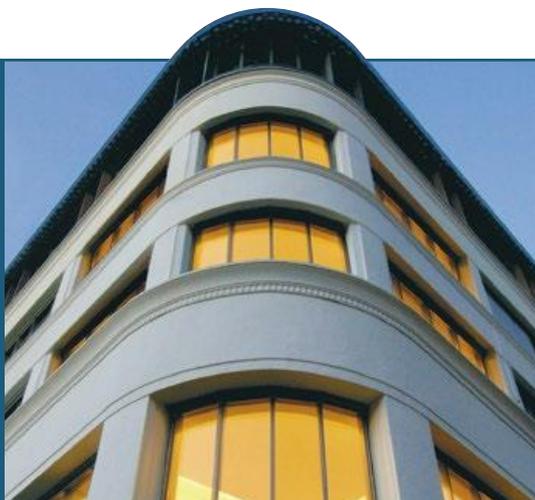


LALIVE



# GARANTIES ET CAUTIONNEMENT DANS LES MARCHES PUBLIQUES

GROUPE DE LA BANQUE AFRICAINE DE  
DEVELOPPEMENT

BUREAU NATIONAL DU MAROC

CLINIQUE FIDUCIAIRE

Melina Llodra

RABAT, MAROC, 25 NOVEMBRE 2015

# Index

- Les garanties
- Le cautionnement
- Les garanties à première demande
- Les règles uniformes de la CCI relative aux garanties
- Types de garantie dans les marchés publics
- Cas pratiques

# Les garanties

- Notion générale:
  - Obligation légale ou conventionnelle de celui qui transmet la propriété ou la jouissance d'un bien ou d'une créance, de prendre fait et cause pour celui auquel il a transféré ses droits lorsqu'un tiers vient à contester ceux de ce dernier. **GARANTIE D'EVICITION**
  - Obligation légale ou conventionnelle entraînant la responsabilité du vendeur qui a livré une chose dépourvue des qualités essentielles en vue desquelles l'acheteur en a fait l'acquisition. **GARANTIE DES VICES**
  - Garantie accordée à un créancier qui lui permet d'obtenir le paiement de sa créance en cas de défaillance du débiteur, par affectation d'un bien (sûretés réelles) ou par la garantie apportée par un tiers (sûretés personnelles). **SURETE**

# Les garanties (cont.)

## Sûretés personnelles

- Notion: garanties de paiement offertes au créancier lui permettant de demander le paiement de sa créance sous certaines conditions dans le patrimoine d'un tiers autre que son débiteur
- Types de garantie:
  - Le cautionnement
  - La garantie autonome: GARANTIE A PREMIERE DEMANDE
  - La lettre de confort

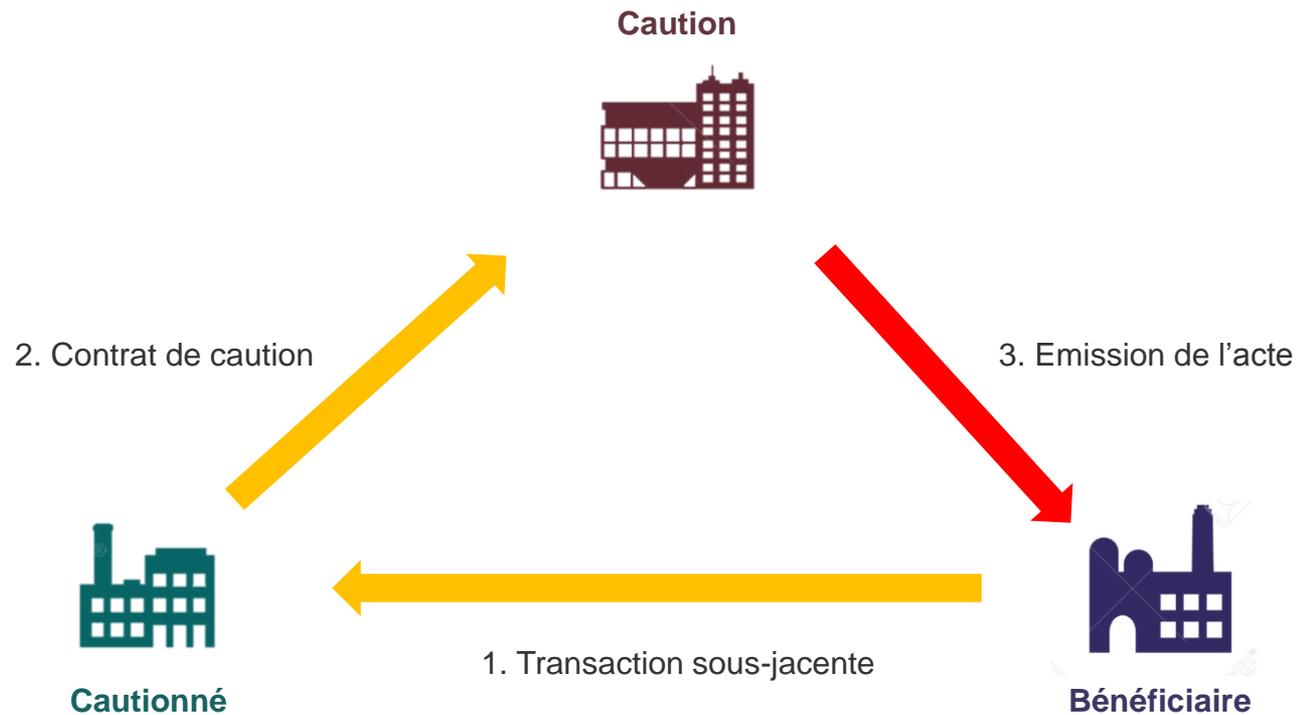
# Le cautionnement

- Notion: contrat où une personne dite caution s'engage personnellement envers une autre à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où celle-ci ne le satisferait pas elle-même.
- Obligation accessoire: n'existe que sur une obligation valable et ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sur des conditions plus onéreuses.

## Le cautionnement (cont.)

- Engagement **dépendant** de la relation de la dette principale
- **Accessoire**
- Le débiteur peut faire valoir des exceptions en relation avec la dette principale
- La caution peut opposer au bénéficiaire (créancier) les exceptions appartenant au débiteur

# Le cautionnement (cont.)



## Le cautionnement (cont.)

- Deux types de cautionnement:
  - Simple
  - Solidaire

# Le cautionnement (cont.)

## Cautionnement simple

- Deux protections en faveur de la caution:
  - Bénéfice de discussion: la caution peut opposer au créancier l'obligation de saisir les biens du débiteur avant de se retourner contre elle.
  - Bénéfice de division: la caution peut, dans le cas où il y aurait plusieurs cautions pour un même débiteur, opposer au créancier l'obligation de faire appel à toutes les cautions, c'est-à-dire de diviser son action au prorata de ce que chacun lui doit.

# Le cautionnement (cont.)

## Cautionnement solidaire

- Pas de bénéfice de discussion et de division
- Bénéficiaire peut s'adresser directement au débiteur principal ou à la caution
- La caution peut opposer au bénéficiaire toutes les exceptions inhérentes à la dette

## Cas pratique (1)

- Contrat pour la construction d'un pont. Parmi les garanties fournies par l'entrepreneur, il y a un cautionnement et une garantie émise par la société mère de l'entrepreneur pour assurer la non-performance de ses obligations.
- L'entrepreneur n'a pas achevé la première phase de la construction. Causes du retard selon lui: confiscation au port de destination de certains matériaux nécessaires et grève de camionneurs.
  - Est-ce que le maître de l'ouvrage peut exécuter le(s) garanti(es)? Le cas échéant, qu'est-ce qui pourrait être réclamé et sous quel argument?
  - Quels seraient les possibles arguments de défense de la part des garants?

## Cas pratique (2)

- Contrat pour la construction d'une centrale d'énergie solaire. L'entrepreneur est un consortium formé par 3 entreprises. Plusieurs instances de non-respect au contrat surviennent de la part du consortium et d'un des sous-traitants.
- Le consortium et le sous-traitant ont présenté un cautionnement personnel et solidaire
  - Le maître d'ouvrage a-t-il le droit de réclamer contre les deux garants? Dans ce cas, que pourrait-il réclamer et que devraient être ses arguments?
  - Quels pourraient être les arguments de défense des garants?

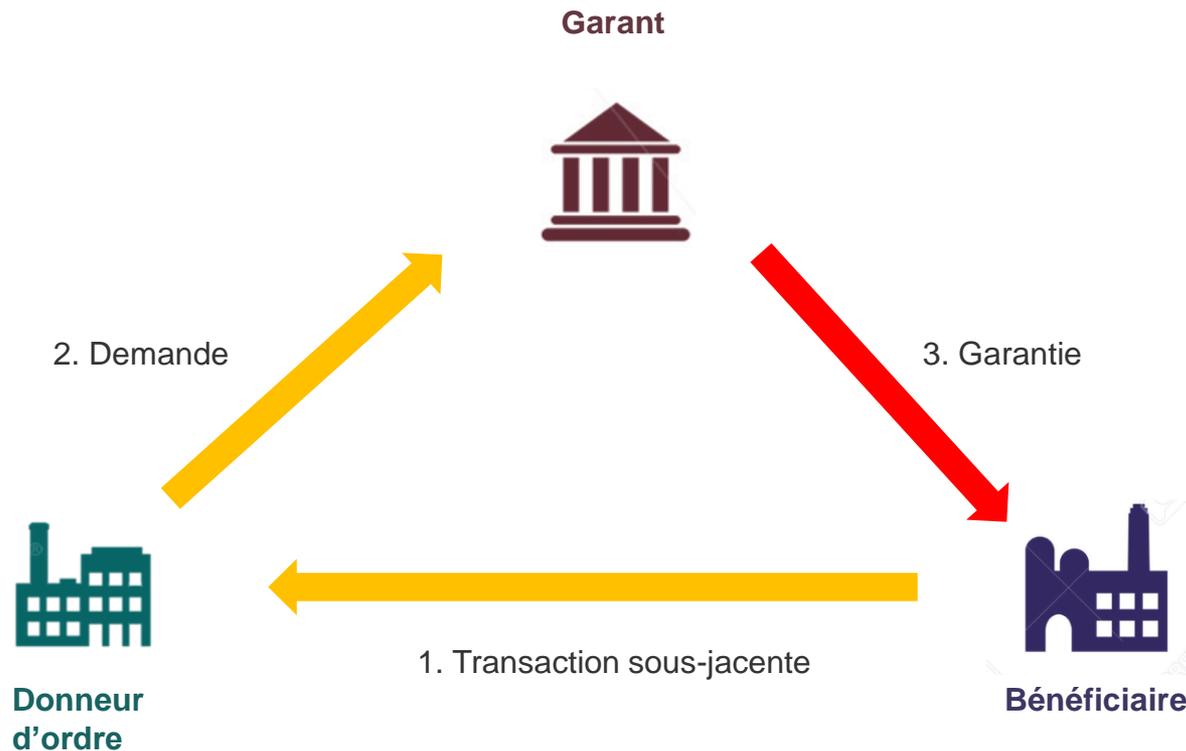
# Garantie à première demande

## Notion et acteurs

- Engagement **inconditionnel** et **irrévocable** par lequel un organisme garant s'oblige, sous l'ordre de son client, le donneur d'ordre, à verser un montant maximum au bénéficiaire désigné par le client
- Acteurs:
  - Donneur de l'ordre
  - Bénéficiaire
  - Banque garante

# Garantie à première demande

## Garantie directe



## Garantie à première demande (cont.)

- Caractéristiques
  - Engagement **indépendant** de la relation de dette principale (transaction sous-jacente)
  - Le garant ne peut en aucun cas faire valoir des objections ou opposer des exceptions résultant de la dette principale (engagement **autonome**)
  - Le garant procède au versement **à la première demande** du bénéficiaire (attestation et documents prescrits)

# Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) relatives aux Garanties sur Demande (RUGD 758)

- Entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2010
- Remplacent les anciennes règles: les RUGD 458 (1992)
- Travaux préparatoires près de deux ans et demi et consultation d'experts dans 52 pays
- RUDG 758 apporte un cadre réglementaire plus précis, complet, efficace et adapté à l'usage des règles standard internationales

## RUGD 758 (cont.)

### Champ d'application

- Les règles s'appliquent dès qu'elles sont expressément citées
- Les règles s'appliquent intégralement, à moins que certains articles soient explicitement exclus ou modifiés
- Les règles affirment la notion d'indépendance de la garantie par rapport au contrat ainsi que son irrévocabilité dès l'émission

## RUGD 758 (cont.)

### Emission et entrée en vigueur

- Une garantie est **émise** dès lors qu'elle n'est plus sous le contrôle du garant (art. 4 (a))
- Une garantie est **irrévocable** dès son émission, même en l'absence d'une mention à cet effet (art. 4(b))
- Le bénéficiaire peut présenter une **demande de paiement** dès l'émission de la garantie ou, selon les dispositions de la garantie, à partir d'une date ou d'un événement postérieur (art. 4(c))

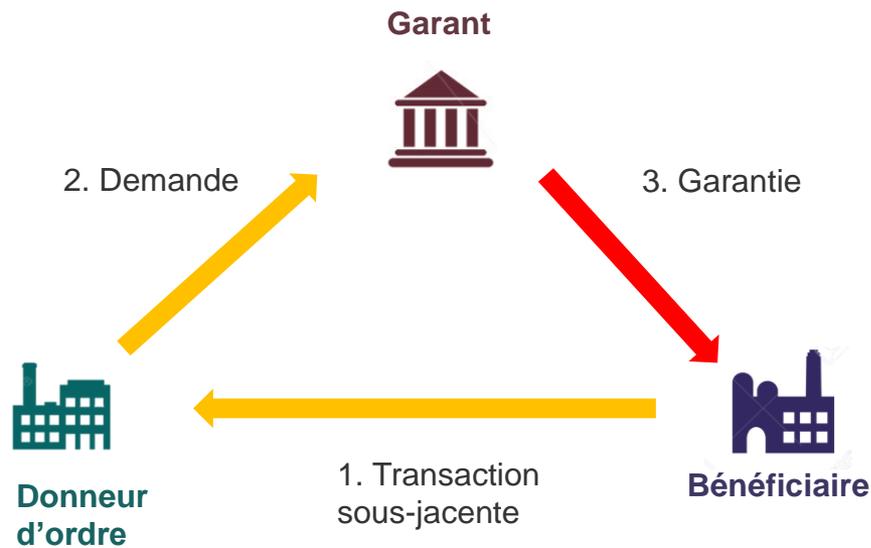
## RUGD 758 (cont.)

### Emission de la garantie

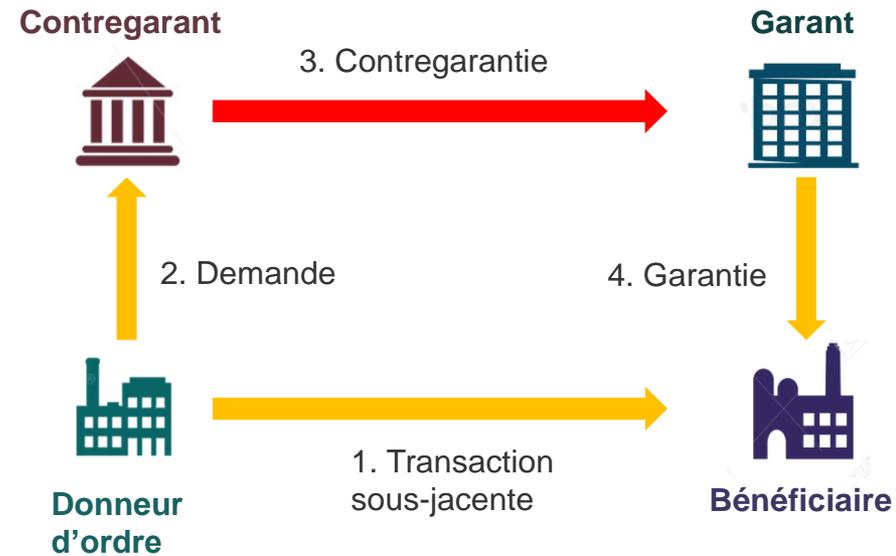
- **Directe**: banque du donner d'ordre émet la garantie directement envers le bénéficiaire ➡ **banque garante**
- **Indirecte**: banque du donner d'ordre demande à une banque locale (correspondant) d'émettre la garantie pour son compte. Ses instructions constituent une contre-garantie ➡ **banque contre-garante**

# RUDG 758 (cont.)

## Garantie directe



## Garantie indirecte



## RUGD 758

### Irrévocabilité de la garantie et contre-garantie (art. 4)

- Irrévocabilité dès son émission
  - L' émetteur ne peut pas modifier ou annuler ses obligations unilatéralement
  - Toutes les parties concernées doivent donner leur accord formel

## RUGD 758

### Indépendance de la garantie et contre-garantie (art. 5)

- Une garantie est, par nature, indépendante de la relation sous-jacente et des demandes et le garant n'est en aucun cas concerné ou engagé par ces relations
  - Le garant ne peut opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le garant et le bénéficiaire
  - Le donneur d'ordre ne peut pas opposer des exceptions provenant du contrat sous-jacent

## RUGD 758

### Indépendance de la garantie et contre-garantie (art. 5) (cont.)

- Une contre-garantie est, par nature, indépendante de la garantie, de la relation sous-jacente et des demandes et le contre-garant n'est en aucun cas concerné ou engagé par ces relations
  - Le contre-garant ne peut faire opposer des exceptions découlant d'une quelconque relation autre qu'une relation entre le contre-garant et le garant
  - Le donneur d'ordre ne peut pas opposer des exceptions provenant du contrat sous-jacent

## RUGD 758 (cont.)

Pour quoi parle-t-on de garantie à première demande?

- En cas de mise en jeu de la garantie par le bénéficiaire, si la banque garante considère la demande **conforme et recevable**, elle a l'obligation de payer au bénéficiaire sans contestation possible et sans l'accord préalable du donneur d'ordre
- Le bénéficiaire n'a pas l'obligation de prouver la défaillance du donneur d'ordre
- Demande **complète et conforme**

## RUGD 758 (cont.)

### Éléments à inclure dans le texte de la garantie/contre-garantie (art. 8)

- Générales: désignation des parties, le montant, l'objet de la garantie, la date de validité, le droit et la juridiction applicable
- Spécifiques:
  - Conditions documentaires de mise en jeu (présentation des documents requis)
  - Conditions selon le type de garantie (soumission, restitution d'acompte, bonne exécution, etc.)



Les garants ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services ou prestations auxquels les documents peuvent se rapporter (art. 6)

## RUGD 758 (cont.)

### Contenu des instructions et garanties (art. 8)

- Le donneur d'ordre
- Le bénéficiaire
- Le garant
- Le numéro de référence / information identifiant la relation sous-jacente
- Le numéro de référence / information identifiant la garantie émise / contre-garantie émise

## RUGD 758 (cont.)

### Contenu des instructions et garanties (art. 8)

- Le montant ou somme maximum à payer et la monnaie applicable
- L' échéance de la garantie
- Les conditions applicables aux demandes de paiement
- Si demande / document doivent être présentés en papier / électronique
- La langue des documents
- La partie responsable du paiement des frais

## RUGD 758 (cont.)

### Notification de la garantie (art. 10)

- Une garantie peut être notifiée au bénéficiaire
- Avec la notification (soit directement ou par un tiers), la partie notificatrice avise le bénéficiaire qu'elle s'est elle-même assurée de l'apparente authenticité de la garantie et que la notification reflète exactement les termes et conditions de la garantie

## RUGD 758 (cont.)

### Présentation de la garantie (art. 14)

- Au lieu d'émission ou en tout autre lieu spécifié dans la garantie
- Au plus tard à l'échéance de la garantie
- Si ne précise pas la forme de présentation (électronique ou papier), la présentation doit se faire en papier
- Indiquer l'identification de la garantie concernant (numéro de référence), autrement présentation incomplète

## RUGD 758 (cont.)

### Conditions d'acceptabilité d'une demande de paiement (art. 15)

- Accompagnée par tous autres documents spécifiés dans la garantie
- Déclaration du bénéficiaire des obligations de la relation sous-jacente que le donneur d'ordre n'a pas remplies
  - Pas nécessaire si la garantie l'exclut expressément, par exemple, «la déclaration soutenant la demande visée à l'article 15 est exclue»
- Le garant informera sans retard la partie donnant les instructions (ou, le cas échéant, le contre-garant) de toute demande de paiement (art. 16) et transmettra copie de la demande et des documents (art. 22)

## RUGD 758 (cont.)

### Examen de la présentation (arts. 19, 30)

- Le garant déterminera sur la base de la seule présentation si celle-ci a **l'apparence d'être conforme**
- Les informations dans un document exigé dans la garantie n'ont pas besoin d'être identiques à celles figurant dans tout autre document exigé ou dans la garantie mais ne doivent pas pour autant être contradictoires



CRITERE SUBJECTIVE – AGIR AVEC DILIGENCE ET BONNE FOI

## RUGD 758 (cont.)

### Période pour l'examen d'une demande de paiement (art. 20)

- Le garant devra, dans les 5 jours ouvrables suivant le jour de la présentation, examiner la demande pour déterminer si elle est conforme
- Lorsque le garant détermine qu'une demande de paiement est conforme, IL DEVRA PAYER

## RUGD 758 (cont.)

### Demande de paiement non conforme (art. 24)

- Le garante peut (i) rejeter la demande, ou (ii) contacter la partie donnant les instructions afin d'obtenir la levée des irrégularités
- Si le garant rejette la demande de paiement, il doit notifier, dans les 5 jours de la présentation, au présentateur de la demande un avis indiquant:
  - Que le garant rejette la demande de paiement
  - Chaque irrégularité au titre de laquelle le garant rejette la demande

## RUGD 758 (cont.)

### Contestation sur la valeur des documents (art. 27)

- Le garant n'assume aucune responsabilité concernant le(s) document(s) qui lui sont présenté(s) quant:
  - A la forme, suffisance, exactitude, authenticité, falsification ou l'effet juridique de toute signature
  - Aux déclarations figurant ou surajoutées
  - A la description, quantité, poids, qualité, état, emballage, livraison, valeur ou existence des marchandises, autres prestations
  - A la bonne foi, ou aux acte ou omissions, à la solvabilité, exécution ou réputation de toute personne émettant un document ou mentionnée

## RUGD 758 (cont.)

### Transfert d'une garantie (art. 33)

- Une garantie peut être transférée uniquement si elle comporte spécifiquement la mention «**transférable**»
  - La garantie peut être transférée plus d'une fois pour le montant total disponible à la date du transfert
  - Le garant peut la rendre disponible en faveur d'un nouveau bénéficiaire à la demande du bénéficiaire d'origine
  - La garantie transférée doit inclure tous les amendements à la date du transfert
  - Le bénéficiaire d'origine doit remettre la déclaration signée au garant
- Une contre-garantie n'est pas transférable

## RUGD 758 (cont.)

### Droit applicable et compétence juridictionnelle (arts. 34 et 35)

- Sauf dispositions contraires dans la garantie, le droit applicable sera le droit du lieu où se situe la succursale ou le bureau du garant qui a émis la garantie (art. 34)
- Sauf dispositions contraires dans la garantie, tout litige entre le garant et le bénéficiaire au titre de la garantie sera exclusivement soumis aux tribunaux compétents du pays où se situe la succursale ou le bureau du garant qui a émis la garantie (art. 35)

## Cas pratique (1)

- Dans le cas d'une garantie à première demande, la banque refuse de payer au bénéficiaire en argumentant que le donneur d'ordre n'a pas payé les couts bancaires pour l'émission de la dite garantie
  - Est-ce que cet argument est recevable?
  - Si le bénéficiaire a une dette avec la banque garante, est-ce que la banque peut invoquer cette dette pour refuser le paiement?

## Cas pratique (2)

- Dans le cas d'une contre-garantie à première demande:
  - Est-ce que le donneur d'ordre peut demander à la banque garante de refuser le paiement en argumentant que le bénéficiaire n' a pas suffisamment rempli ses obligations contractuelles?
  - Est-ce que le contre-garant peut demander au garant de refuser le paiement en argumentant une dette du garant en faveur du contre-garant?

## Cas pratique (3)

- Dans le cas d'une garantie à première demande qui prévoit la notification de demande de paiement au donneur d'ordre
  - Est-ce que la banque doit attendre l'approbation du donneur d'ordre pour payer?
  - Est-ce que le bénéficiaire doit déclarer les obligations contractuelles qui ne sont pas remplies par le donneur d'ordre?

## Cas pratique (4)

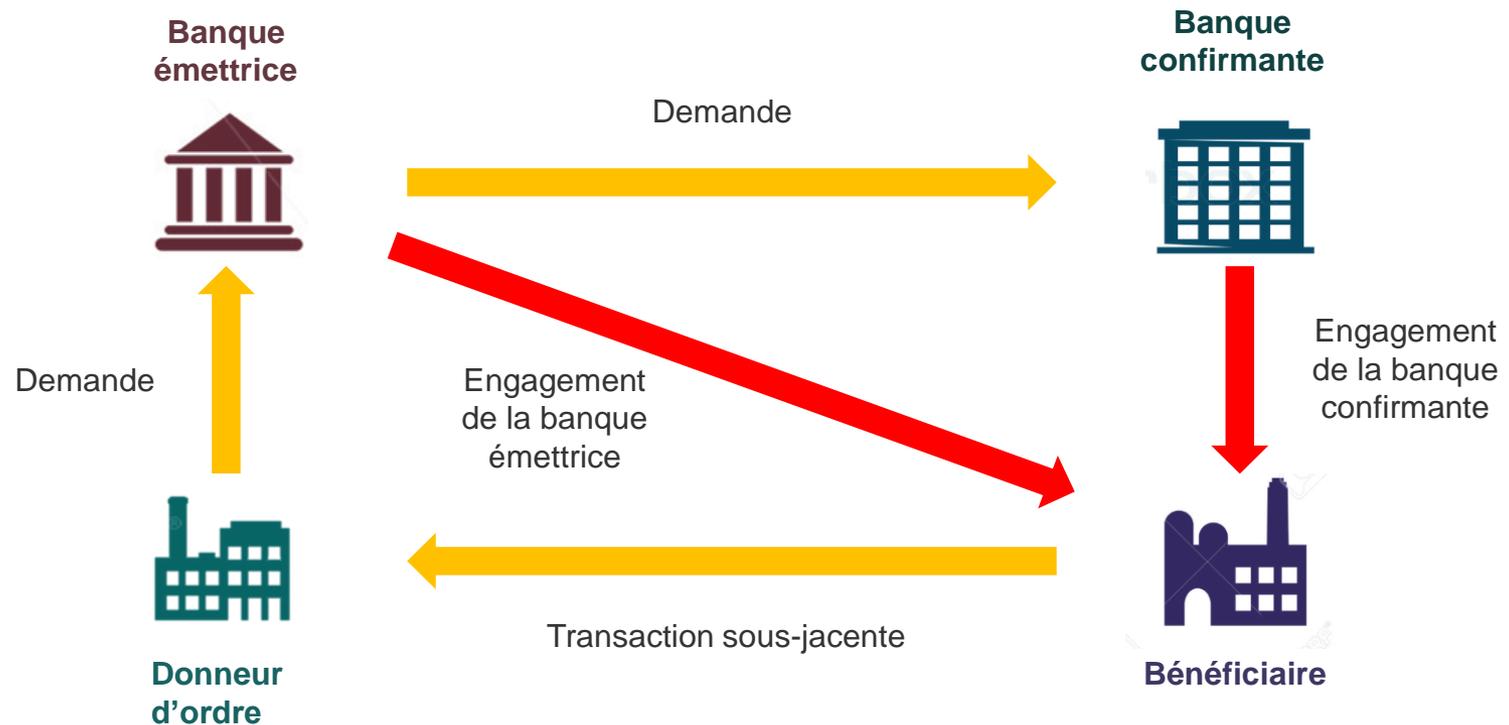
- Dans le cas d'une demande non-conforme:
  - Est-ce que la banque garante doit contacter le donneur d'ordre? Si c'est le cas, à quel fin ?
  - Est-ce que la banque garante doit suivre les instructions du donneur de l'ordre ? (de par exemple lever les irrégularités)

## Cas pratique (5)

- Quel est le rôle du garant dans les cas suivants?
  - «Dans le cas de non-respect des obligations de l'entrepreneur, nous allons vous payer le montant de vos dommages jusqu' à un maximum de EUR 10 million»
  - «Nous nous engageons à vous payer sur présentation de demande le montant déterminé dans la demande de paiement jusqu'à un maximum de EUR 10 million»
  - «Nous nous engageons à vous payer à première demande les dommages subis en relation au contrat jusqu'à un maximum de EUR 10 million»

# Crédit documentaire

## Crédit documentaire confirmé



# Comparaison entre les instruments de cautionnement et les instruments de paiement

Cautionnement	Garantie à première demande	Lettre de crédit
Dépendant et accessoire en faveur du bénéficiaire	Indépendant et irrévocable en faveur du bénéficiaire	Indépendant et irrévocable entre la banque de l'acheteur et le vendeur
Paiement soumis à la présentation des documents du bénéficiaire au garant	Paiement soumis à la présentation des documents du bénéficiaire au garant	Paiement soumis à la présentation de documents à la banque de l'acheteur
Critère subjective	Critère subjective	Critère subjective
Simple ou solidaire	N/A	N/A

# Types de garantie dans les marchés publics

- Garantie de soumission ou d'adjudication (bid bond)
- Garantie de restitution d'acompte (advance payment guarantee)
- Garantie de bonne exécution / bonne fin (performance bond)
- Garantie de performance (warranty bond)

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de soumission / d'adjudication

- Requis lors d'appels d'offres publics
- But:
  - Garantir le maître d'ouvrage contre le désistement de l'entreprise entre le moment où elle présente une offre et celui où elle signe un marché
  - Se prémunir contre des offres peu sérieuses
- Exécution de la garantie (exemples): le soumissionnaire retire son offre, ne signe pas le contrat, ne produit pas la garantie de bonne exécution prescrite.

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de soumission / d'adjudication

- Cautionnement provisoire (Arts. 12 et 14 CCAG)
  - A produire par chaque concurrent; le montant doit être précisé en valeur et non pas en pourcentage du montant de l'acte d'engagement
  - Peut être remplacé par une caution personnelle et solidaire s'engageant avec le concurrent à verser à l'Etat, jusqu'à concurrence de la garantie stipulée. La caution doit être choisie parmi les établissements agréés à cet effet par le ministre chargé des finances.

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de soumission / d'adjudication

- Droit du maître d'ouvrage sur le cautionnement provisoire (art. 15 CCAG)
  - Si le soumissionnaire retire son offre pendant le délai fixé
  - Si le soumissionnaire n'accepte pas la correction du montant de l'acte d'engagement
  - Si l'attributaire refuse de signer le marché
  - Si le titulaire ne réalise pas le cautionnement définitif dans le délai prévu
- Cautionnement provisoire est restitué au titulaire du marché une fois que celui-ci ait réalisé le cautionnement définitif (art. 16 CCAG)

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de restitution d'avance

- Lors du démarrage du chantier, **l'entrepreneur peut demander au maître d'ouvrage de lui consentir une avance sur le montant global du marché pour financer le lancement des travaux.**
- But: maître d'ouvrage s'assure du remboursement de l'avance, au cas où les travaux ne seraient pas exécutés.
- Le bénéficiaire doit déclarer que le prestataire n'a pas satisfait à ses obligations contractuelles en bonne et due forme ou conformément au contrat

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de bonne exécution / bonne fin

- But: garantir l'exécution de toutes les obligations contractuelles incombant à l'entrepreneur
- Moment de sa délivrance: signature du marché

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de bonne exécution / bonne fin

- Cautionnement définitif (art. 12 CCAG)
  - A produire par le titulaire du marché dans les 30 jours qui suivent la notification de l'approbation du marché
  - A défaut de stipulations particulières dans le cahier des prescriptions spéciales, le montant est fixé à 3% du montant initial du marché
  - Reste affecté à la garantie des engagements contractuels de l'entrepreneur jusqu'à la réception définitive des travaux. Réduction prorata en cas de réception provisoire partielle d'une partie des travaux

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de bonne exécution / bonne fin

- Cautionnement définitif (art. 14 et 16 CCAG)
  - Peut être remplacé par une caution personnelle et solidaire s'engageant avec l'entrepreneur à verser à l'Etat, jusqu'à concurrence de la garantie stipulée. La caution doit être choisie parmi les établissements agréés à cet effet par le ministre chargé des finances
  - Est restitué 3 mois suivant la date de réception définitive des travaux si le titulaire (i) a rempli toutes ses obligations vis-à-vis du maître d'ouvrage, (ii) a justifié le paiement des indemnités dont il serait redevable, (iii) a effectivement remis les plans de récolement des ouvrages exécutés

## Types de garantie (cont.)

### Garantie de performance

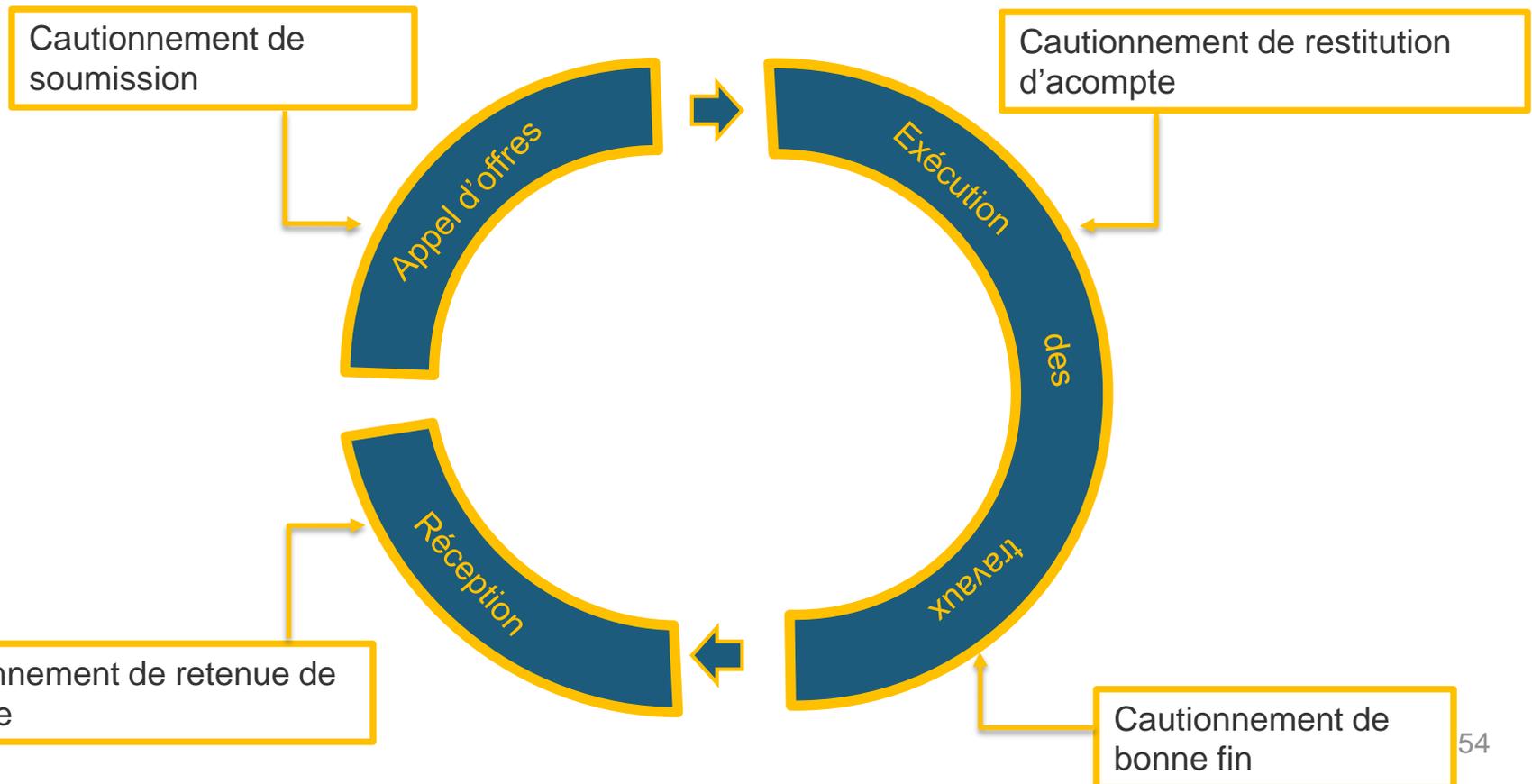
- But: permet au client d'être couvert des défauts qui pourraient apparaître après la réception (période dite de garantie)
- Remplace les retenues de garantie imposées par le client sur le dernier paiement et évite une perte de trésorerie par le titulaire du marché.

# Types de garantie (cont.)

## Garantie de performance

- Retenue de garantie (arts. 13, 14 et 59 CCAG)
  - Une retenue de garantie est prélevée sur les acomptes délivrés à l'entrepreneur
  - Retenue d'un dixième (1/10) pour garantie plafonnée à 7% du montant initial du marché plus avenants
  - A la demande de l'entrepreneur, le retenu de garantie est remplacé par une caution personnelle et solidaire, s'engageant avec l'entrepreneur à verser à l'Etat, jusqu'à concurrence de la garantie stipulée. La caution doit être choisie parmi les établissements agréés à cet effet par le ministre chargé des finances.

# Types de garantie dans les marchés publics



## Cas pratique – Jeu de rôles

- Méthode de travail: jeu de rôles (selon les questions et consignes distribuées par le formateur) en trois équipes : (1) le maître de l'ouvrage, (2) l'entrepreneur, (3) le sous-traitant
- Objet du contrat: Construction d'un Centre Médical Universitaire
- Parties:
  - Maître d'ouvrage : Département des Finances – Direction des Constructions.
  - Entrepreneur : Consortium formé par trois entreprises : Impel (Suisse), Concord (Espagne) et Komkor (Maroc).
  - Sous-traitant : Berni (Maroc)

## Cas pratique – Jeu de rôles (cont.)

- Garanties fournies par l'entrepreneur : garantie de soumission, garantie de retenu d'acompte, garantie de bonne fin et garantie de performance plus garantie société mère de chaque membre du consortium
- Garanties fournies par le sous-traitant : garantie de bonne fin et garantie de performance, plus garantie société mère

# Contact



## Melina LLODRA

LALIVE  
35, Rue de la Mairie  
Case Postale 6569  
CH-1211 Genève 6  
Suisse  
mllodra@lalive.ch  
Tél: +41 58 105 2074  
Portable: +41 79 846 7896

LALIVE IN QATAR LLC  
QFC Tower 1  
P.O. Box 23495  
Doha  
Qatar  
mllodra@lalive.ch  
Tél: +974 4496 7247  
Portable: +41 79 846 7896

Melina Llodra a intégré LALIVE en 2008 après avoir exercé pendant plusieurs années le droit des sociétés et le droit commercial en Argentine. Elle est spécialisée en droit des affaires internationales, notamment en fusions et acquisitions, joint-ventures, transactions transfrontières, projets internationaux, octroi de licences et de concessions, ainsi qu'en marchés publics.

Melina Llodra est membre de plusieurs associations professionnelles, notamment l'Association de Juristes d'Affaires Internationales (membre du comité exécutif), la Section des avocats étrangers de l'Ordre des Avocats de Genève, l'Ordre des Avocats de Rosario (Argentine), la Chambre de Commerce Suisse-Argentine et est le président de la Swiss-Latin American Business Forum. Elle intervient en tant que conférencière invitée en matière de joint-ventures internationales et de contrats de représentation et de distribution internationale dans le cadre du « Master of Laws (L.L.M) in Cross-Cultural Business Practice » à la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg.

Avant de rejoindre LALIVE, Me Llodra était associée au sein de Llodra-Trivisonno en Argentine (2006-2008). Elle a également travaillé comme consultante extérieure en droit des contrats et de la consommation pour le bureau Ombudsman en Argentine (2005-2007), et comme collaboratrice chez Schujman-Althaus (1999-2003). Elle a participé au groupe de travail du Comité pro bono sur les contrats commerciaux internationaux pour les petites et les moyennes entreprises du Centre du Commerce International CNUCED/OMC.

Me Llodra est titulaire d'un LL.M. de l'université d'Illinois, Urbana Champaign, Etats-Unis (2004-2005) et d'une licence en droit de l'Université Nationale Rosario, Argentine (1995-2000). Elle a également étudié en Espagne à l'université Carlos III en 2003. Elle a enseigné à l'Université Nationale de Rosario (Argentina) et à l'Université de Valladolid (Espagne).