

Le cautionnement

Qu'est-ce que le cautionnement?

Le cautionnement est une entente selon laquelle l'endosseur (généralement une compagnie d'assurances) garantit au bénéficiaire (généralement le donneur d'ouvrage) que le débiteur principal (l'entrepreneur) exécutera les travaux et s'acquittera de ses obligations telles que décrites au contrat.

En soi, le cautionnement est plus un outil financier qu'un produit d'assurance. À la différence d'un contrat d'assurance, le contrat de cautionnement implique toujours trois parties : l'endosseur, le bénéficiaire et le débiteur principal.

D'où vient le cautionnement?

Les cautionnements ont connu un essor remarqué en 1935 lorsque le « Miller Act » a imposé l'obligation au gouvernement fédéral de cautionner tous les contrats de travaux publics en construction de plus de 2 000 \$. Cette exigence a par la suite été adoptée par les différents États américains et les municipalités. Au Canada, la situation est similaire et par conséquent la majorité des donneurs d'ouvrage publics exigent que les contrats en construction soient cautionnés.

Dans le secteur public, les cautionnements sont principalement requis pour assurer une gestion prudente des deniers publics utilisés pour financer les travaux de construction.

Le recours au cautionnement dans le secteur privé est moins répandu que dans le secteur public. Toutefois, les donneurs d'ouvrage privés réalisent de plus en plus que les cautionnements leur offrent un outil de gestion des risques inhérents à la construction à un coût très raisonnable, compte tenu des avantages qu'ils en retirent. D'ailleurs, les prêteurs impliqués dans des projets de construction imposent de plus en plus l'usage des cautionnements à leurs clients.

Avantages du cautionnement pour l'entrepreneur?

L'entrepreneur qui est cautionné bénéficie d'une plus grande marge de manœuvre pour négocier avec ses sous-traitants et ses fournisseurs des prix plus avantageux et des conditions de crédit plus souples puisqu'il leur offre une garantie de paiement.

Comparativement aux autres formes de garanties comme les chèques visés ou les lettres bancaires, le cautionnement permet à l'entrepreneur d'ajuster le montant d'une soumission jusqu'à la dernière minute. C'est un outil de développement qui donne accès à des secteurs du marché habituellement réservés.

L'obtention de cautionnement par un entrepreneur implique aussi un processus de qualification et d'accréditation qui peut faciliter l'accès au crédit d'opération offert par les banques.

Quels sont les avantages du cautionnement pour le donneur d'ouvrage?

Essentiellement, les cautionnements utilisés dans le secteur de la construction fournissent l'assurance au donneur d'ouvrage que le plus bas soumissionnaire conforme exécutera les travaux pour le prix soumissionné, que les travaux seront effectivement menés à terme et que les fournisseurs seront payés, et ce, indépendamment des difficultés financières qui pourraient survenir à l'entrepreneur.

Les cautionnements facilitent également pour le donneur d'ouvrage ses négociations avec un prêteur qui peut ainsi s'assurer que la composante « cout de construction » d'une étude de faisabilité d'un projet sera garantie par une compagnie de cautionnement au cas où l'entrepreneur serait incapable de faire face à des dépassements imprévus de couts de construction. Dans de tels cas, il est rassurant pour un prêteur de savoir que les hypothèques légales enregistrées sur l'immeuble en cours de construction par les fournisseurs impayés seront réglées par la compagnie de cautionnement, protégeant ainsi la garantie hypothécaire qu'il a obtenue en contrepartie de l'octroi du prêt.

Quels sont les avantages du cautionnement par rapport aux chèques visés?

La compagnie d'assurance qui émet le cautionnement n'exige rien de plus que ce que demande votre institution financière en ce qui concerne les garanties personnelles, alors que le cout du service de cautionnement correspond approximativement au cout du chèque visé.

Cautionnement

1. L'accès au cautionnement donne plus de crédibilité à votre entreprise car il confirme votre excellente situation financière.
2. L'accès au cautionnement permet l'utilisation totale du crédit d'exploitation octroyé par l'institution financière.
3. L'accès au cautionnement vous lie à la Caution qui vous offre des conseils d'experts (avocat, comptable, estimateur et ingénieur).
4. L'accès au cautionnement vous permet de garder la confidentialité de vos opérations.
5. L'accès au cautionnement offre une protection en cas de réclamation injustifiée. Le différend porte souvent sur l'interprétation du contrat.
6. Dans le cas où la Caution assume la responsabilité de l'entrepreneur général à la suite d'une réclamation justifiée, il arrive que la Caution décide de recourir à l'entrepreneur défaillant pour terminer le chantier.
7. L'accès au cautionnement aura l'avantage d'un effet de levier plus important. En informant rapidement la Caution sur les résultats de soumission, l'entrepreneur pourra réaliser plus de soumissions et donc, plus de contrats.

Chèque visé

1. Le chèque visé ne procure aucune information sur votre capacité financière à assumer la responsabilité d'un éventuel contrat.
2. L'institution financière déduit normalement les sommes affectées par le chèque visé du crédit d'exploitation total accordé.
3. L'institution financière n'a pas les experts dans votre domaine pouvant vous conseiller.
4. Le chèque visé informe l'institution financière sur la fréquence et le montant de vos soumissions.
5. Le chèque visé est une forme de garantie irrévocable et inconditionnelle à laquelle le maître d'ouvrage seul peut faire appel à son gré.
6. Avec le chèque visé, il est peu probable que le donneur d'ouvrage s'entende avec l'entrepreneur en place pour mener les travaux à terme.
7. Or et aussi longtemps que le chèque visé n'est pas retourné à l'institution financière, celle-ci ne peut supporter l'entrepreneur pour d'autres contrats si la marge de crédit est insuffisante.

Quels sont les facteurs de risques associés au cautionnement?

La raison fondamentale pour laquelle les cautionnements ont leur raison d'être dans le milieu de la construction est la nature même de cette industrie qui est un secteur d'activités passablement risqué. Il existe plusieurs raisons pour lesquelles les entrepreneurs en construction peuvent être aux prises avec des problèmes pouvant engendrer des situations d'insolvabilité les rendant ainsi incapables de respecter leurs engagements contractuels. Il faut d'abord être conscient que la majorité des compagnies de construction sont de petites et moyennes entreprises vulnérables à plusieurs facteurs de risques inhérents au milieu de la construction. En voici quelques exemples :

- Une ou des erreurs quant à l'estimation d'un projet de construction, ce qui entraîne un prix de soumission trop bas pour mener à terme le contrat de construction,
- Une mauvaise gestion de projet qui ne permettrait pas à l'entrepreneur de suivre adéquatement l'évolution des coûts de construction imprévus et d'y apporter les correctifs requis à temps,
- Des complications inattendues durant l'exécution d'un contrat telles que des conditions de sol beaucoup plus difficiles que les données fournies dans les études géotechniques,
- Des conditions de température qui peuvent causer des retards très coûteux,
- Une grève prolongée, si le contrat ne prévoit pas de compensation dans un tel cas,
- Des pénuries de matériaux ou de main-d'œuvre spécialisés,
- Des devis incomplets ou erronés qui engendrent des coûts additionnels difficilement récupérables,
- Des conditions de chantier exigeant des méthodes de construction différentes et plus coûteuses que celles spécifiées aux devis,
- L'insolvabilité du donneur d'ouvrage reliée à un financement inadéquat du projet en cours ou d'autres projets en difficultés,
- L'insolvabilité de sous-traitants et les coûts excédentaires pour les remplacer,
- Des problèmes avec le banquier qui peut décider de suspendre ou de réduire le crédit d'opérations,
- La maladie ou le décès du principal actionnaire ou de l'homme clé de l'entreprise de construction,
- Les mauvais investissements dans des secteurs autres que celui de la construction
- Les disputes, les avis de changement non réglés, le manque de coopération entre l'entrepreneur, l'ingénieur, l'architecte et le donneur d'ouvrage.

Toutes ces raisons et d'autres encore peuvent entraîner l'insolvabilité d'un entrepreneur en construction et le mettre en défaut sur un projet. Plusieurs de ces causes sont des situations qui sont hors du contrôle de l'entrepreneur. C'est pourquoi il est prudent pour un donneur d'ouvrage de se prémunir contre les conséquences financières d'un défaut d'entrepreneur en le faisant cautionner par une compagnie d'assurance.

Les conséquences pour le donneur d'ouvrage

Les conséquences pour le donneur d'ouvrage du défaut d'un entrepreneur résultant de son insolvabilité sont nombreuses. Il est bon d'en citer quelques-unes :

- Si le contrat non complété est un bâtiment dans le secteur privé, l'enregistrement de l'hypothèque empêchera le promoteur de continuer à obtenir les déboursés progressifs de son prêt de construction,
- Les retards occasionnels à l'échéancier de construction d'un complexe résidentiel ou commercial pourront décourager les acheteurs potentiels ou les locataires éventuels,
- Les sous-traitants et les fournisseurs impayés peuvent bloquer les efforts faits par le propriétaire pour faire terminer son contrat si des garanties de paiement de leurs comptes en souffrance ne leur sont pas fournies,
- Les couts pour faire compléter le contrat de construction peuvent devenir exorbitants et détruire la viabilité du projet et parfois même entraîner l'insolvabilité du propriétaire ou,
- Si le projet de construction est destiné à un usage industriel, le retard sur l'échéancier créé par les problèmes d'insolvabilité d'un entrepreneur peut entraîner des couts considérables au niveau du manque à gagner occasionné par le retard de la mise en activité du complexe industriel.

Il est donc utile pour le donneur d'ouvrage de se rappeler que les cautionnements de contrats minimisent les risques de défaut d'un entrepreneur en le soumettant initialement à un processus de préqualification. Aussi, ils offrent une protection financière appréciable en cas de défaut de l'entrepreneur, en plus de faire assumer par la compagnie de cautionnement le fardeau administratif relié aux arrangements pris dans le but d'exécuter les travaux et régler les sous-traitants et les fournisseurs impayés. Le donneur d'ouvrage, qui est le bénéficiaire du cautionnement, transfère donc ainsi une partie importante de son risque d'affaires relié à la gestion d'un projet à la compagnie de cautionnement.

Quelle est la valeur minimale nette de l'entreprise exigée pour l'étude d'un dossier?

La valeur nette de l'entreprise doit être positive. Lorsque la valeur nette est positive, il n'y a pas de valeur minimale exigée. La caution fixe une limite d'autorisation de cautionnement en fonction de la capacité financière de l'entrepreneur.

L'assureur exige-t-il une incorporation obligatoire de l'entreprise?

Non. Une société enregistrée peut également se qualifier auprès de l'assureur.

L'assureur exige-t-il un minimum de 3 années d'existence de l'entreprise?

Non. Une compagnie en démarrage peut se qualifier auprès de l'assureur.

Les états financiers de l'entreprise doivent-ils avoir été préparés par un comptable professionnel agréé (CPA)?

Non. Un teneur de livres peut aussi produire les états financiers requis. Pour sa part, un CPA peut produire des états financiers vérifiés ou une mission d'examen. Il n'est cependant pas nécessaire que les états financiers intérimaires soient produits par une firme de comptable externe.

À quoi sert un centre de suivi?

Les critères de souscription d'un assureur sont souples et adaptés à la réalité des petites et moyennes entreprises en construction. Cette souplesse augmente les risques liés à l'émission de cautionnement. Un mode de suivi a donc été mis en place afin de permettre une gestion méthodique de ce risque. Ce mode de suivi a été élaboré par des spécialistes en construction et il tient compte de la réalité financière particulière des entreprises ciblées. Il a été conçu avec un souci de souplesse afin de pouvoir s'adapter et évoluer en parallèle avec les besoins des entreprises.

Les informations requises mensuellement ne sont pas différentes de celles demandées par les donneurs d'ouvrage ou les professionnels.

Ce mode de suivi permet à un assureur de minimiser les risques encourus à la suite de l'émission de cautionnement tout en maintenant un service de qualité.

Qu'est-ce que la convention d'indemnisation?

La convention d'indemnisation est un contrat par lequel l'entrepreneur et ses garants s'engagent à indemniser la caution advenant que celle-ci soit appelée à intervenir en vertu des cautionnements émis.

Cette convention d'indemnisation a pour but de protéger la caution contre toutes pertes ou dépenses encourues et prévoit une hypothèque mobilière sur les créances et les biens de l'entreprise cautionnée, des entreprises affiliées et des garants à titre personnel.

La signature d'une telle convention donne à l'assureur l'assurance que le débiteur principal (l'entrepreneur) tentera par tous les moyens de résoudre toutes les difficultés qui pourraient survenir dans l'exécution d'un projet cautionné.

Cette convention est approuvée par l'Association canadienne de cautionnement.

Qui réclame en vertu du cautionnement de soumission?

Dans la mesure où sa soumission est conforme aux documents d'appel d'offres, un entrepreneur a une très mince marge de manœuvre pour se soustraire à ses obligations de signer le contrat de construction au prix soumissionné. Si une soumission n'est pas conforme, elle sera généralement rejetée par le donneur d'ouvrage. Si elle est retenue, l'entrepreneur devra en général accepter de signer le contrat même s'il réalise avoir commis une erreur dans l'établissement de son prix.

À défaut de signer le contrat, l'entrepreneur a l'obligation de dédommager le donneur d'ouvrage pour la différence entre son prix soumissionné et le montant pour lequel le donneur d'ouvrage conclut le contrat avec un autre entrepreneur. Si l'entrepreneur ne peut assumer cette obligation financière, la compagnie de caution devra le faire en vertu de son cautionnement de soumission. Toutefois, l'obligation de la compagnie de cautionnement est limitée au montant du cautionnement de soumission alors que celle de l'entrepreneur est entière au cas où le coût additionnel pour conclure un contrat avec un autre entrepreneur excède le montant du cautionnement, à moins que les documents d'appel d'offres limitent la responsabilité de l'entrepreneur au montant du dépôt de soumission.

Il n'y a pas de différence pratique réelle entre un dépôt de soumission sous forme d'espèces, de chèque certifié, de lettre de crédit ou de cautionnement de soumission. Le cautionnement de soumission crée l'obligation à la compagnie de cautionnement de payer une somme d'argent au bénéficiaire du cautionnement (le donneur d'ouvrage). Cette obligation n'existe plus qu'à la condition où le donneur accepte la soumission et que l'entrepreneur signe le contrat. Le refus de signer le contrat crée l'obligation de la caution qui n'a d'autre choix que de payer le donneur d'ouvrage si l'entrepreneur ne le fait pas.

Qui réclame en vertu du cautionnement d'exécution?

Pour réclamer en vertu du cautionnement d'exécution, il doit y avoir défaut de l'entrepreneur et ce défaut doit être déclaré par le donneur d'ouvrage. Celui-ci doit aviser la compagnie de cautionnement avec diligence. Cette procédure se fait par écrit et la cause du défaut doit y être clairement spécifiée.

À la réception d'un avis de défaut, la caution procède à une investigation des circonstances entourant le défaut et consulte l'entrepreneur afin d'obtenir sa version des faits.

Si l'entrepreneur conteste qu'il est en défaut et que ses arguments sont valables, la caution soutiendra généralement la position de l'entrepreneur. Des efforts seront faits pour essayer de rapprocher le donneur d'ouvrage et l'entrepreneur afin qu'ils résolvent leur différend.

Si ces efforts de rapprochement des parties s'avèrent sans succès, la compagnie de cautionnement acceptera que l'entrepreneur prenne fait et cause pour la caution dans le cadre de poursuites judiciaires, mais seulement si elle est convaincue du bien-fondé de la position de l'entrepreneur.

Si l'insolvabilité de l'entrepreneur est causée spécifiquement par un problème relié au contrat cautionné pour lequel le donneur d'ouvrage a manqué à ses obligations contractuelles, l'avis de défaut sera contesté par la compagnie de cautionnement.

Des situations peuvent également survenir où l'entrepreneur n'est pas en état d'insolvabilité, mais est de mauvaise foi dans sa contestation de l'avis de défaut alors qu'il est réellement en défaut en vertu de son contrat. Dans un tel cas, la caution interviendra à la demande du donneur d'ouvrage afin de respecter ses obligations en vertu du cautionnement d'exécution malgré l'opposition de l'entrepreneur.

Si l'avis de défaut n'est pas contesté par l'entrepreneur et que celui-ci est dans l'impossibilité de corriger promptement le défaut, l'intervention de la compagnie de cautionnement peut prendre différentes formes.

Avant de décider du mode d'intervention qu'elle adoptera, la caution procède à une évaluation de la situation.

L'évaluation de la situation

Lorsqu'un défaut survient lors de l'exécution d'un contrat et que l'entrepreneur ne peut y remédier à cause d'une situation d'insolvabilité, tous les contrats en cours deviennent généralement en défaut et la caution est confrontée à un problème global sur tous les contrats cautionnés pour l'entrepreneur en question.

L'évaluation de la situation prend alors la forme d'une analyse financière complète de la position de chacun des contrats cautionnés afin de déterminer quel est le montant total que la compagnie de cautionnement devra assumer pour compléter les contrats en vertu de ses cautionnements d'exécution et de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre. Un tel exercice nécessite une bonne coopération de l'entrepreneur en défaut qui doit donner accès à la compagnie de cautionnement à toute l'information requise dans de telles circonstances.

Une fois cette analyse complétée, la compagnie de cautionnement est en mesure de décider du mode d'intervention qu'elle choisira.

Quels sont les modes d'intervention disponibles à la caution?

Il y a en pratique trois modes d'intervention disponibles à la caution afin de respecter ses obligations en vertu du cautionnement d'exécution :

1. Permettre à l'entrepreneur de corriger son défaut en lui procurant le financement requis afin de résoudre son problème d'insolvabilité et garder ainsi l'entreprise de construction en affaires, ou
2. Compléter le contrat à titre de caution en utilisant les services de personnes ressources de l'entrepreneur en défaut ou en retenant les services d'un autre entrepreneur qui agit comme sous-traitant de la compagnie de cautionnement, ou
3. Obtenir des soumissions pour compléter le contrat et payer le cout additionnel requis au donneur d'ouvrage qui conclut un contrat directement avec le nouvel entrepreneur choisi.

Qui réclame en vertu du cautionnement de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre?

Les réclamations en vertu du cautionnement de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre sont plus simples à gérer que celles faites en vertu du cautionnement d'exécution. Elles représentent toutefois la source principale des pertes encourues par les compagnies de cautionnement dans les cas de défaut d'entrepreneur où il y a insolvabilité de l'entreprise cautionnée.

Les réclamations reçues des sous-traitants et fournisseurs impayés sont analysées dans le cadre des clauses du cautionnement de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre et les principales considérations sont les suivantes :

- Le sous-traitant ou le fournisseur impayé rencontre-t-il la définition d'un réclamant compte tenu de son lien contractuel avec le débiteur principal?
- Quel est le montant exact dû au réclamant en regard avec le contrat cautionné et la réclamation est-elle adéquatement documentée?
- Les montants cumulatifs dus aux réclamants excèdent-ils le montant du cautionnement de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre?
- Les avis et les délais prévus au cautionnement ont-ils été respectés?

Si les conditions préalables ne créent pas de source de contestation possible, la compagnie de cautionnement se doit de payer les réclamants en vertu du cautionnement de paiement des matériaux et de la main-d'œuvre. Il faut cependant se rappeler que sa responsabilité maximale est limitée au montant du cautionnement, ce qui peut entraîner des paiements partiels au prorata du montant du cautionnement versus les sommes totales réclamées et payables en vertu de ce cautionnement.