



VOLUME 4
NUMÉRO 2
DÉCEMBRE 2023

BULLETIN DE PRÉVENTION

DU BUREAU DE L'INSPECTEUR GÉNÉRAL

DANS CE NUMÉRO

LE CAUTIONNEMENT :
UN OUTIL EFFICACE DE
GESTION DES RISQUES

QUAND RECOURIR AU
CAUTIONNEMENT

ÉTUDE DE CAS

LES BONNES PRATIQUES

Dans le cadre des enquêtes du BIG, des entrepreneurs témoignent des difficultés que représentent les demandes de cautionnement ou de garantie exigées par des donneurs d'ouvrage municipaux pour leurs appels d'offres. Les cautionnements élevés et la longue attente pour récupérer le montant versé en garantie sont des raisons citées par des entrepreneurs qui les ont empêchés de soumissionner à des appels d'offres. Ces façons de faire ne sont pas des manquements au cadre normatif, mais elles peuvent avoir un impact sur la situation financière des entreprises et, au bout du compte, sur leur capacité à soumissionner.

LE CAUTIONNEMENT : UN OUTIL EFFICACE DE GESTION DES RISQUES

Un cautionnement est un document légal, exécutoire par la loi¹, qui vient garantir au donneur d'ouvrage qu'un soumissionnaire est en mesure d'exécuter le contrat qui lui est octroyé. Il lie, via une entente, le donneur d'ouvrage, le soumissionnaire et la compagnie de cautionnement (la caution, ci-après). Lorsque cette dernière cautionne un soumissionnaire, elle donne l'assurance au donneur d'ouvrage que la firme est qualifiée pour le projet et est en mesure de réaliser le contrat, lui fournissant ainsi une protection en cas de non-exécution par l'entrepreneur.

À noter qu'il n'existe pas d'obligation pour les municipalités d'exiger des cautionnements. Ceux-ci existent pour garantir la disponibilité de fonds afin de mener à terme des travaux et l'exécution des obligations découlant du contrat. Il s'agit d'un outil de gestion des risques mis à leur disposition qui contribue notamment à la bonne gestion des deniers publics. Il existe plusieurs formes de cautionnement en matière municipale : 1) cautionnement de soumission 2) cautionnement d'exécution de travaux 3) cautionnement de paiement de la main-d'œuvre et de matériaux 4) cautionnement d'entretien.

¹ Article 2333 du Code civil du Québec : le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre une rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas.

Pour le présent texte, nous nous intéresserons aux deux premiers types de cautionnement qui sont les plus communs dans les dossiers du BIG.

Lorsque le donneur d'ouvrage exige un cautionnement de soumission dans un appel d'offres, il veut empêcher un fournisseur de déposer une offre qu'il ne serait pas en mesure de respecter. La caution vient alors lui donner une garantie financière que le soumissionnaire respectera son offre. En règle générale, la somme exigée au devis est d'environ 10 %² du contrat, mais elle peut être de 2 % seulement.

Le donneur d'ouvrage peut également exiger un cautionnement d'exécution de travaux dans un appel d'offres pour se protéger contre les défauts de l'adjudicataire pendant l'exécution du contrat. Cette garantie d'exécution permet de mener à terme le projet ou d'obtenir des compensations financières pour les dommages qui découlent du défaut d'exécution. La valeur de la garantie est établie parfois sous forme d'un pourcentage du prix du contrat, pouvant atteindre jusqu'à 50 %², parfois elle prendra la forme d'un montant forfaitaire.

Le montant exigé pour une caution peut varier en fonction de différents facteurs, que ce soient les risques associés à la non-exécution du contrat ou encore la valeur et la durée du contrat.

Bien qu'il soit un excellent outil pour les donneurs d'ouvrage, il faut se rappeler que

le cautionnement a un coût qui peut être important pour les soumissionnaires. Or, il est de pratique courante que le soumissionnaire impute le coût que représente le cautionnement au prix de la soumission qu'il déposera. Cette situation démontre l'importance pour le donneur d'ouvrage de choisir de manière réfléchie les paramètres du cautionnement puisque le coût y étant associé se retrouvera inévitablement compris dans le prix du contrat, qui est payé par les fonds publics.



QUAND RECOURIR AU CAUTIONNEMENT

Si le plus bas soumissionnaire conforme refuse d'honorer le contrat que le donneur d'ouvrage souhaite lui octroyer, celui-ci peut alors signifier à la caution le défaut du fournisseur et se prévaloir de la garantie de soumission, prévue dans l'appel d'offres. Le montant peut couvrir la différence à payer au deuxième soumissionnaire ou couvrir tout délai dans le processus que le retrait du plus bas soumissionnaire génère.

De même, si au cours de l'exécution, l'entrepreneur est en défaut et n'arrive pas à respecter ses engagements contractuels, le donneur d'ouvrage devra en aviser la compagnie de cautionnement et lui fournir la documentation adéquate qui démontre les manquements observés. La caution appliquera alors l'une des options suivantes : 1) corriger la situation problématique, 2) terminer le contrat, 3) finaliser le contrat par une autre firme ou 4) payer un montant au donneur d'ouvrage.

² Source : Ministère des Affaires municipales et de l'Habitation et Association canadienne de caution

D'UN POINT DE VUE PRATIQUE

Le donneur d'ouvrage utilise, généralement, la mention de « garantie de soumission » et de « garantie d'exécution » qui peuvent être fournies sous différentes formes comme :

- > un chèque certifié, un mandat-poste ou une traite bancaire,
- > une lettre de garantie irrévocable ou
- > un cautionnement.

ÉTUDE DE CAS

Un cautionnement non conforme

Lorsqu'un donneur d'ouvrage exige un cautionnement, c'est pour s'assurer que le chantier sera réalisé selon les exigences du devis même si l'entrepreneur est en défaut, d'où l'importance de vérifier si le cautionnement soumis est valide.

C'est ce qu'un entrepreneur a découvert à ses dépens dans un dossier que le BIG a traité. L'entrepreneur avait joint une preuve de cautionnement pour tous les appels d'offres qui l'exigeaient, mais le donneur d'ouvrage s'est rendu compte que le document n'était pas valide. Après vérification, il est apparu que le courtier avait commis une erreur en remplissant les documents de cautionnement avant que la compagnie de cautionnement ne donne son approbation finale. Cette erreur a entraîné des conséquences graves sur la situation financière du soumissionnaire puisqu'il n'a pas pu obtenir aucun contrat où il était le plus bas soumissionnaire. Il a dû régulariser sa situation auprès de la compagnie de cautionnement pour participer de nouveau à d'autres appels d'offres publics.

Ce cas souligne l'importance pour le donneur d'ouvrages de faire des vérifications diligentes afin de s'assurer de la validité des documents reçus dans les soumissions.

Des remises de cautionnement qui se font attendre

Chaque entrepreneur a une capacité limitée de cautionnement. Selon ses actifs, la compagnie de caution lui permet d'avoir un montant global précis avec, dans certains cas, un cautionnement maximum par contrat.

À titre d'exemple, une petite entreprise qui a un cautionnement global de 5 M\$ peut soumissionner sur cinq lots ou contrats avec des garanties de 1 M\$ avant d'atteindre sa limite. Lorsque le montant maximum est atteint, elle ne peut plus soumissionner tant que le donneur d'ouvrage n'a pas libéré son cautionnement. Or, dans les cas où cette entreprise est jugée non conforme ou n'est pas le plus bas soumissionnaire, elle doit attendre la libération de son cautionnement pour être en mesure de soumissionner dans le cadre d'un autre appel d'offres.

N'y a-t-il pas moyen pour le donneur d'ouvrage de libérer le cautionnement des soumissionnaires plus tôt pour leur permettre de soumissionner à d'autres contrats et garder la compétition forte ?

Le BIG a reçu plusieurs doléances à cet effet surtout de la part des petits entrepreneurs qui ont une capacité de cautionnement très limitée. En voici quelques exemples:

- Les entreprises ayant été identifiées non-conformes à un contrat devraient avoir leur cautionnement ou l'enveloppe de prix cachetée sans attendre que le contrat soit octroyé par les instances, car de toute façon elles n'en seront pas l'adjudicataire.
- Un adjudicataire dont le contrat est terminé trouve le processus injuste, car il veut soumissionner pour le nouvel appel d'offres alors que le cautionnement du précédent est encore entre les mains du donneur d'ouvrage.

→ Dans certains cas, les délais d'octroi du contrat peuvent être anormalement longs et le donneur d'ouvrage peut tarder à aviser les entreprises de l'adjudication du contrat. Dans un tel cas, le cautionnement est retenu par le donneur d'ouvrage ce qui peut affecter leur capacité à soumissionner à d'autres contrats afin de remplir leur carnet de commandes.

Des manœuvres illégales

Des entrepreneurs qui n'ont pu obtenir de caution pour soumissionner ont eu recours à la sous-traitance masquée ou à des prête-noms. Pour ce faire, ils ont, par exemple, demandé à des connaissances de soumissionner pour eux, tout en conservant l'exécution des contrats.

LES BONNES PRATIQUES

Des donneurs d'ouvrage ont développé une matrice de risque qui sert à les guider sur les pourcentages à indiquer dans leurs devis, mais elle est souvent trop générale pour permettre une analyse minutieuse de chaque contrat.

D'ailleurs, dans un contexte financier difficile et pour permettre à un plus grand nombre d'entreprises de participer aux contrats du marché public, le donneur d'ouvrage qui souhaite encourager les petites entreprises locales doit se poser les questions suivantes :

- 1 - Doit-il exiger des cautionnements pour tout type de contrat :
 - i. Petit ou grand, simple ou complexe ?
 - ii. Contrat d'entretien ou de service ou contrat de construction ?
- 2 - Faut-il mettre des critères clairs pour encadrer l'exigence d'un cautionnement, comme :
 - i. Définir les risques qui justifient une telle exigence ?
 - ii. Définir un seuil à partir duquel une telle exigence s'applique ?
- 3 - Peut-il permettre aux entreprises d'expliquer les motifs pour lesquels il n'est pas possible pour elles de fournir un cautionnement et proposer à l'entreprise d'offrir une alternative ?

À cet égard, le BIG a rencontré des entrepreneurs qui sont dans des situations similaires, mais il n'a pas détecté de volonté de fraude. Il a plutôt constaté qu'il s'agit de stratégies de survie pour des entreprises pour lesquelles le cautionnement est la principale entrave à leur capacité à soumissionner à des contrats publics. Ces petites entreprises, souvent familiales et spécialisées dans le service public, n'ont d'autres choix que de fermer leur entreprise ou d'essayer de contourner l'obstacle.

Cette manœuvre n'est pas légale et des sanctions ont été prises contre ces entreprises qui ont perdu leur contrat.

Choisir la bonne garantie : plusieurs mois peuvent passer entre le dépôt de la soumission et l'adjudication du contrat où le cautionnement retenu par le donneur d'ouvrage, dont la garantie peut avoir un impact sur les liquidités des fournisseurs. Il faut donc établir judicieusement si une garantie est nécessaire et, surtout, dans quel format afin de ne pas fermer inutilement son marché.

Choisir la bonne durée de cautionnement : un cautionnement qui s'étale sur plusieurs années risque d'influencer le prix des soumissions et le nombre de soumissionnaires admissibles, en particulier parmi les petites firmes. Selon le type de contrat et les risques qui y sont associés, le donneur d'ouvrage peut moduler les montants et la durée en fonction du risque encouru au cours de la réalisation de son contrat.

Par exemple, pour un contrat visant l'implantation d'une nouvelle technologie et comportant un risque plus grand au cours de la première année de réalisation, un cautionnement plus élevé pourrait être exigé pour cette période. Pour les années subséquentes axées sur les opérations et l'entretien, le cautionnement pourrait être moindre puisque le risque l'est également.





VOUS AVEZ DES DOUTES SUR LE CONTENU D'UNE SOUMISSION OU D'UN APPEL D'OFFRES?

Communiquez avec le Bureau de l'inspecteur général de la Ville de Montréal qui pourra faire des vérifications et intervenir si nécessaire. Toute dénonciation est anonyme et confidentielle.

BIGMTL.CA

Raccourcir le délai de remise de la garantie de soumission : l'application de cette mesure, surtout aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue, influencera la capacité des fournisseurs à obtenir d'autres garanties et donc à soumissionner à de nouveaux contrats publics.

Assurer le suivi et bien préparer l'intervention de la caution : en cas de défaut d'exécution de l'adjudicataire, le donneur d'ouvrage peut demander l'intervention de la caution, qui a la responsabilité de choisir le meilleur moyen pour mener à bien le contrat.

Il se peut que les délais d'exécution du contrat soient particulièrement contraignants ou que les risques associés soient trop élevés pour engager une nouvelle entreprise. Dans ces situations, lorsqu'aucune entrave légale n'est présente, la caution pourrait envisager de faire appel au contractant retenu pour poursuivre les travaux dans les délais et les limites budgétaires autorisées. Dans cette situation, la caution agit à titre de médiateur entre le donneur d'ouvrage et l'adjudicataire en défaut. En effet, par le levier financier qu'elle détient sur l'adjudicataire, la caution pourrait intervenir rapidement auprès de celui-ci.

Par ailleurs, il est primordial pour le donneur d'ouvrage de communiquer avec la caution dès l'apparition de situations problématiques, en l'informant de ses échanges avec l'adjudicataire, notamment lorsqu'il est insatisfait de son travail. Si l'adjudicataire est écarté du chantier, la caution aura déjà en main l'information nécessaire pour prévoir des solutions alternatives.

C'est pourquoi la compagnie de cautionnement recommande au donneur d'ouvrage de lui faire un suivi régulier de l'avancement des contrats et qu'il communique ses commentaires en cas d'insatisfaction. En plus, cette pratique permet, en cas de problèmes sur un chantier, de faire des rencontres avant que la situation ne se complique.