

Les cautionnements de contrat font partie de la culture de l'industrie de la construction au Canada. Compte tenu de l'incertitude économique actuelle, il peut être indiqué de s'en remettre à la valeur réelle d'une solution qui a fait ses preuves. Par Raymond Bassett, vice-président, Souscription pour la Compagnie Travelers Garantie du Canada.

# Garantie assurée?

Bien souvent, les principaux risques qui pèsent sur la réussite de la phase construction d'un projet ne proviennent pas du chantier, ni des centaines de pages de contrats, ni même de la composition de l'équipe de gestion du projet, mais plutôt d'événements et de tensions qui affectent un entrepreneur et qui n'ont rien à voir avec le projet en cours.

Dans un sondage réalisé en mai 2007 auprès de 161 banquiers, entrepreneurs en construction, organismes d'approvisionnement, conseillers techniques et financiers, compagnies d'assurance et de gestion de projet de 22 pays, Standard & Poor's leur a demandé d'énumérer les principales causes de problèmes liés aux budgets de construction et aux échéanciers pour les projets de PPP. L'inexpérience ou la faiblesse des entrepreneurs comptait parmi les dix principales causes. Tout en faisant observer que la participation aux projets de PPP se limite habituellement aux grandes sociétés bien établies, ayant une situation financière solide et une réputation à protéger, S&P a noté qu'un bon nombre de répondants ont indiqué qu'ils avaient une idée très vague des responsabilités d'un entrepreneur hors du projet de PPP jusqu'à ce que les travaux engagés ailleurs commencent à avoir une incidence sur son rendement.

Comment se faire une bonne idée, hors du cadre d'un projet, du gigantesque réservoir d'énergie et d'activité que représente une entreprise de construction? Comment avoir l'assurance que l'entrepreneur, à l'aube d'entreprendre la phase critique de la construction, est en bonne santé et le demeurera, et ne laissera pas des problèmes extérieurs s'immiscer dans votre projet? Ces questions vont au-delà des instruments de cautionnement d'exécution pour une transaction en particulier ou des simples contrats de transfert des risques. Et la réponse se trouve dans le processus de souscription de cautionnements et un solide cautionnement de contrat de deux pages.

## **Le point de vue des sociétés de cautionnement**

Un bon programme de crédit de cautionnement comprend un processus de souscription qui transcende les facteurs à considérer et les occasions pour les transactions à court et même à moyen terme. Les entreprises de construction travaillent et créent des liens avec des sociétés de cautionnement ayant une perspective à long terme s'étendant souvent sur des décennies, voire des générations. Un contrôle diligent dans le cadre d'un cautionnement couvre une longue période et met l'accent sur la stratégie commerciale à long terme de l'organisation, sa direction, sa capitalisa-

tion, sa gestion disciplinée des risques et l'exécution des projets à l'échelle de son programme de travaux.

Une société de cautionnement a une vision très claire de tous les rouages d'une entreprise de construction et de la façon dont elle réalimente son programme de travaux pour assurer une utilisation efficace de ses investissements, sans pour autant dépasser sa capacité d'exécution et d'absorption des chocs inévitables en cours de route.

## **La culture du cautionnement au Canada**

Au Canada, la valeur ajoutée du processus de souscription de cautionnements et la valeur des cautionnements de contrat proprement dits sont reconnues depuis longtemps; en fait, les cautionnements de contrat y sont intégrés à la culture du secteur de la construction. Si le recours aux cautionnements d'exécution et de paiement pour les travaux financés par des fonds publics aux États-Unis, à l'échelle du gouvernement fédéral et des États, est imposé par la législation depuis le milieu des années 1930, les cautionnements de contrat au Canada sont demeurés un élément central de la gestion des risques dans les travaux d'infrastructures financés par des fonds publics, et ce, sans aucune loi ou réglementation. Pourquoi?

Chez nous, comme dans beaucoup d'autres pays, on trouve une solide culture de reddition de compte à l'égard des travaux financés par l'État, et le marché évolue dans un cadre commercial et législatif qui procure des recours et un certain niveau d'assurance aux sous-traitants et aux fournisseurs dans l'évaluation de leur risque de crédit.

Dans un article publié en 1996 dans la foulée du dernier ralentissement marqué du secteur de la construction au Canada et de pertes importantes pour les sociétés de cautionnement au Canada, Bruce Reynolds, associé du cabinet d'avocats Borden, Ladner, Gervais, et chef du groupe des projets de construction internationaux du cabinet, observait ce qui suit : « Ayant accepté il y a longtemps l'idée que des mesures législatives et administratives doivent être prises pour gérer l'accroissement du risque d'insolvabilité inhérent au secteur de la construction, les gouvernements au Canada ont implanté un filet de sécurité. Les principaux mécanismes de protection sont les privilèges, les hypothèques, les fiducies d'origine législative, les cautionnements de contrat et les restructurations. Ce filet de sécurité a été renforcé au cours des années et, bien qu'il soit encore loin de la perfection, il a sans contredit permis de réduire le nombre de faillites

dans le secteur, en particulier pendant les graves récessions du début des années 1980 et de la période 1990-1995 au Canada. »

Chaque province canadienne a sa propre loi en matière de privilège de construction prévoyant différents mécanismes de protection, par exemple des retenues de garantie obligatoires et, dans certains cas, des fiducies qui, dans une certaine mesure, atténuent le risque de crédit dans la chaîne de construction. Et bien que l'utilisation de cautionnements de contrat ne soit pas obligatoire dans les travaux financés par l'État, les gouvernements fédéral et provinciaux et les administrations municipales au Canada continuent de les exiger souvent, dans leur démarche administrative, pour les projets institutionnels et d'infrastructures. De plus, la demande de cautionnements de contrat par les bailleurs de fonds des travaux de construction et des projets privés de plus grande envergure est forte et s'est beaucoup accentuée dans le contexte des récentes incertitudes économiques.

### **Valeur pour le promoteur du projet**

Les promoteurs de projets publics et privés au Canada peuvent avoir l'assurance que les sociétés de cautionnement canadiennes gèrent adéquatement les réclamations. Pendant que les entrepreneurs épuisent leur carnet de commandes, un ralentissement économique peut prendre un an ou deux avant de se répercuter sur le secteur de la construction. Au cours de la dernière récession du début des années 1990, l'économie canadienne a connu un net recul et, en 1990 et 1991, le PIB réel s'est replié de plus de 1 % tandis que le taux de chômage a dépassé 10 %.

L'incidence sur le secteur de la construction au Canada s'est manifestée dans les résultats de l'industrie du cautionnement, avec des ratios de perte de 106 % en 1991, 113 % en 1992 et 125 % en 1993. Malgré quelques épisodes de différends avec des sociétés de cautionnement au cours de ces années, le ratio de perte reste le même. Les sociétés de cautionnement canadiennes honorent les réclamations.

### **Valeur pour les entrepreneurs**

Du point de vue des entreprises de construction canadiennes, le crédit de cautionnement permet une utilisation très efficace des investissements. Dans la plupart des cas, le crédit de cautionnement est accordé sans garantie – les cautionnements de contrat, prenant effet à la suite d'un défaut, sont des instruments qui favorisent la reddition de compte et l'exécution par les deux parties à un contrat. Ainsi, en plus de la qualité du crédit, les décisions de cautionnement sur la taille et l'ampleur d'une facilité de crédit peuvent tenir compte de la capacité d'exécution et de gestion d'un programme de travaux d'un entrepreneur. Les capitaux ne sont pas immobilisés pour garantir des lettres de crédit et peuvent servir à l'exploration d'occasions intéressantes et à la résolution de problèmes sur le chantier.

Selon Gerry Russ, associé directeur et premier vice-président des services de construction pour Aon Construction and Infrastructure Services : « Les facteurs qui façonnent le modèle de crédit de cautionnement sont nombreux, de sorte que ces hypothèses ne conviennent pas à chaque situation. Prenons un modèle simple pour illustrer ce point de vue. Supposons qu'un entrepreneur général important mo-

bilise 10 M\$ CA en fonds de roulement pour obtenir un cautionnement en vue d'un programme de travaux de 150 M\$ CA et supposons une marge de profit de 6 % sur ces travaux, le résultat est de 9 M\$ CA. Ça fait alors réfléchir sérieusement lorsque vous évaluez le coût réel d'une lettre de crédit de 10 M\$ CA émise dans le cadre d'une garantie d'exécution d'un projet de PPP. »

Pour les entrepreneurs, et les autres acteurs financiers de projets d'envergure, le coût réel d'un programme d'exécution d'obligation qui n'inclut pas les cautionnements de contrat peut dépasser les frais facturés pour la lettre de crédit.

### **Contrôle diligent dans la chaîne de construction**

D'autres facteurs contribuent à la solide culture de cautionnement au Canada, même s'ils ne sont pas aussi visibles. L'utilisation de cautionnements pour des contrats de sous-traitance clés ou spécialisés, de même qu'au niveau du contrat principal, assure une cohésion et un contrôle diligent indépendant dans toute la chaîne de construction. Si les sociétés de cautionnement n'accordent pas la même importance à tous les facteurs, elles font preuve généralement d'un bon degré de cohésion, de surveillance et de discipline qui contribue à réduire le risque de construction, et ce, à tous les niveaux. La défaillance la moins nuisible, où que ce soit dans la chaîne de construction, est celle qui ne se produit jamais.

À l'échelle de la chaîne de construction, le risque de crédit est le facteur numéro un de l'établissement des tarifs et de la participation des entrepreneurs spécialisés et des fournisseurs dans le cadre des projets d'infrastructures. Les sous-traitants et fournisseurs clés participant à d'importants projets d'infrastructures consentent un crédit considérable en main-d'œuvre et matériaux et assument par conséquent un grand risque de crédit. Bien que ce risque, qui se situe à la base de la pyramide de la construction, ne soit pas nécessairement pris en compte dans la modélisation financière des projets d'infrastructures d'envergure, les risques de non-paiement et par conséquent, les problèmes avec des équipes de projet, les échéanciers, les garanties spécialisées sont bien réels en raison du non-paiement des comptes de fournisseurs et sous-traitants. Les cautionnements de paiement de la main-d'œuvre et des matériaux, habituellement émis en parallèle avec les cautionnements d'exécution, assurent un financement ciblé des créances et des comptes des fournisseurs et de main-d'œuvre non réglés en raison du défaut de l'entrepreneur.

Infrastructure Ontario (IO), société d'État provinciale qui a le mandat de gérer un nombre très important de programmes d'infrastructures publiques aux termes du programme Diversification des modes de financement et d'approvisionnement, fait ressortir la valeur des cautionnements de contrat dans son modèle financier : « Bien qu'un programme de cautionnement diversifié n'incluant pas de cautionnement de la main-d'œuvre et des matériaux puisse être accepté, IO est d'avis, tout comme un grand nombre de partenaires tels que les hôpitaux, que ces cautionnements sont un complément pratique des cautionnements d'exécution car ils procurent au propriétaire l'assurance que des fonds seront disponibles pour régler les réclamations des sous-traitants en cas de non-paiement. Ces cautionnements aideront sans doute le

propriétaire et le prêteur à retenir les services des sous-traitants clés sélectionnés à l'origine pendant qu'une solution ou un autre entrepreneur général sont recherchés. De plus, IO s'est fait dire que la présence de cautionnements de la main-d'œuvre et des matériaux donne une assurance aux sous-traitants qui participent à ses projets. »

### **Les risques d'une croissance rapide**

Dans une étude publiée en 2007 et intitulée *Why Contractors Fail: A Causal Analysis of Large Contractor Bankruptcies*, Hugh Rice et Arthur Heimbach, Ph.D. font remarquer ce qui suit : « L'histoire récente a démontré qu'aucune entreprise de construction n'est à l'abri d'un effondrement, que son chiffre d'affaires annuel soit de l'ordre de centaines de millions ou de plusieurs milliards de dollars. Au cours des dernières décennies, des dizaines d'entrepreneurs importants ont, après des années de croissance et de prospérité apparente, été frappés par des désastres financiers menant à la faillite ou à une réincarnation de l'entreprise sous une forme bien différente. »

La croissance d'une entreprise de construction est l'un des nombreux facteurs qui vont bien au-delà du cadre du projet. Les entreprises bien gérées et bien capitalisées qui prennent de l'expansion en exécutant de nouveaux travaux d'infrastructures et des programmes de travaux comportant des marges intéressantes bénéficient de nombreuses occasions. Et compte tenu des engagements d'investissements supplémentaires dans les infrastructures publiques annoncés par les gouvernements pour les cinq à dix prochaines années dans pratiquement toutes les régions du pays, tout semble indiquer que la forte progression des projets d'infrastructures survivra à tout ralentissement modeste de l'économie canadienne.

Parallèlement, une croissance rapide fait peser l'un des risques les plus grands. Pour beaucoup d'entreprises de construction bien gérées, la surabondance d'occasions peut mener au plus grand défi, celui de savoir dire non. Par exemple, si le marché en surchauffe de la construction dans l'Ouest canadien au cours des deux dernières années semble vouloir se calmer, pour se situer finalement à un excellent niveau, les entrepreneurs indiquent toujours qu'ils ont de la difficulté à recruter suffisamment de personnel compétent aux échelons supérieurs et intermédiaires pour saisir les occasions. La capacité des grands entrepreneurs spécialisés et sous-traitants a été mise à rude épreuve et une capacité limitée a également été observée dans les domaines de la conception, de l'ingénierie et des services-conseils. Enfin, certains projets de construction ont échoué au Canada récemment, et ce, en dépit de conditions parmi les plus favorables que ce marché ait jamais connues.

Il faut maintenant tenir compte de l'incertitude sur les marchés du crédit et de l'incidence sur le marché de la construction canadien des ralentissements économiques aux États-Unis et en Europe. Les cycles de croissance au Canada sont souvent de nature régionale et atteignent habituellement un plateau avant de remonter. La capacité d'une grande entreprise de construction de se maintenir et de prospérer en période de transition est essentielle à la santé à long terme. Une bonne performance stratégique est également indispensable pour empêcher que de telles distractions

viennent perturber l'exécution des projets.

Analysant la façon dont les entreprises de construction abordent les occasions de croissance, Terry Lukow, chef de l'unité des services de construction du groupe des produits financiers et des cautionnements de The Travelers Companies Inc., fait les observations suivantes : « Plus que jamais, l'industrie est axée sur la gestion à la fois des occasions et de la croissance. Les entrepreneurs doivent se demander comment ils peuvent miser sur un marché donné compte tenu de leur organisation, de leurs capacités et de leur expérience, en mettant en œuvre une stratégie leur permettant d'obtenir les rendements économiques les meilleurs? Pour qu'une organisation réussisse dans le marché aujourd'hui, les entrepreneurs doivent approcher le secteur de la construction avec une perspective stratégique plutôt que transactionnelle. Au-delà d'une structure financière stratégique, il s'agit d'une perspective composée de plans d'affaires, de seuils de tolérance au risque et de relations. Les entrepreneurs doivent gérer selon un horizon à long terme et non à court terme, car la gestion à long terme leur permettra de rester en affaires tandis que la gestion à court terme ne fera qu'accentuer leurs risques. Une société de cautionnement ne se contente pas d'analyser la structure financière d'un entrepreneur et veut savoir quel est son plan d'affaires stratégique et comment l'entrepreneur compose avec le boom économique dans le marché. »

### **Cautionnements de contrat pour les projets de PPP**

Les projets d'infrastructures au Canada sont de plus en plus gros et de plus en plus complexes, avec des calendriers d'approvisionnement et de construction plus longs. De plus en plus d'éléments en mouvement doivent fonctionner adéquatement pendant de plus longues périodes et avec de plus grandes sommes en jeu. Et bien qu'il soit vrai que dans le cadre d'un projet de PPP, par exemple, les fonds publics ne sont pas menacés avant l'achèvement du projet, l'échec d'un tel projet présente des risques financiers, sociaux et politiques très importants. Les méthodes canadiennes en matière d'approvisionnement pour les projets de PPP, qui s'inspirent des expériences de l'Australie et du Royaume-Uni, mettent l'accent sur les pratiques exemplaires et des structures normalisées qui, espère-t-on, seront synonymes de succès à long terme pour les projets réalisés au pays. Ces modèles sont encore peu développés cependant et il reste à voir comment les projets réalisés dans un marché de PPP réagiront à un ralentissement économique.

Afin de mettre au point son modèle interne de crédit et de risque pour son secteur des cautionnements de contrat, Travelers a étudié les données détaillées sur les finances, l'exploitation et les réclamations de centaines de cas de défauts d'entrepreneurs. Les données mettent en évidence une forte corrélation entre la probabilité de défaut d'un entrepreneur et le prolongement de la durée d'un projet.

L'industrie du cautionnement au Canada a souscrit et géré des risques à plusieurs étapes du cycle économique et la diligence à long terme du processus de souscription des cautionnements est peut-être l'un des signaux d'alarme les plus sûrs pour assurer l'exécution, compte tenu des variations du cycle économique pendant la durée de vie d'un projet de PPP. L'établissement d'exigences pour l'utilisation d'un crédit

de cautionnement dans le cadre du soutien à l'exécution des projets de PPP et d'autres projets d'infrastructures au Canada pourrait être une étape normale pour les promoteurs gouvernementaux sans nuire à l'innovation et à l'esprit d'entreprise qui confèrent une valeur réelle au modèle des PPP.

La liquidité du programme de soutien à l'exécution étant critique dans les projets de PPP, La Compagnie Travelers Garantie du Canada a mis au point une nouvelle solution pour ses clients œuvrant dans des projets de PPP au Canada. Jumelant la réduction des risques et les avantages reconnus du cautionnement d'exécution sur défaut classique, le cautionnement d'exécution P3 de Travelers Garantie intègre des paiements anticipés pour perte qui procurent une liquidité importante dans un très court laps de temps après le défaut d'un entrepreneur. Cette nouvelle solution s'attaque aux deux grandes objections parfois soulevées par les parties prenantes des projets : l'incertitude quant à la durée du processus de règlement des sinistres et l'incertitude concernant la valeur du règlement. Ce nouveau produit met à disposition un montant spécifique dans un délai prédéterminé.

Cette innovation vise à renforcer et à améliorer la valeur offerte par les produits de cautionnement qui font partie du développement des infrastructures canadiennes depuis plus de 100 ans. En raison du développement croissant des infrastructures publiques appuyé par de nouveaux et plus nombreux partenaires, et des nouveaux outils sur le marché pour explorer la valeur des modèles d'exécution des projets, nous avons avantage à rester bien implantés en terrain connu.

*Raymond Basset est vice-président – Souscription pour La Compagnie Travelers Garantie du Canada, une filiale de The Travelers Companies, Inc. (le plus important souscripteur de cautionnement en Amérique du Nord).*

*20 Queen Street West, bureau 300  
B.P. 6  
Toronto, Ontario M5H 3R3  
Téléphone: (416) 642-8731  
RBasset2@TravelersGuarantee.com*

Avis légal :

Le présent document est de nature indicative, promotionnelle et générale. Il n'est pas destiné à présenter des renseignements spécifiques sur la responsabilité légale de la Compagnie Travelers Garantie du Canada ou de The Travelers Companies, Inc., et ne doit pas être utilisé en ce sens. Le présent document n'a pas pour but de modifier, d'amender ni de limiter les droits et obligations des parties aux termes de quelque cautionnement que ce soit, et le lecteur ne doit pas utiliser l'information contenue dans ce document concernant la signification, l'interprétation ou l'effet d'un libellé contractuel particulier ou la résolution d'une exigence, d'une réclamation ou d'une action sans faire appel à un conseiller juridique indépendant.