

**IMPACT DES GARANTIES FINANCIERES DES MARCHES PUBLICS SUR LA
PROMOTION DES ENTREPRISES**

CAS DU BURKINA FASO 2017-2020

Par

Prof Jean Baptiste Nizeyimana (Distant Production House University)

E-mail : njebanize@gmail.com

Et

Kabore Wend-Yam Ignace Victorien (Doctorant au Distant Production House University)

E-mail : wignacevic@yahoo.fr

1. INTRODUCTION

Les garanties sont un élément du régime financier applicable aux marchés publics. Leur objet est d'assurer la bonne exécution du marché public par son titulaire, en renforçant les droits financiers de l'acheteur sur son cocontractant. Ces garanties sont des garanties contractuelles, et non légales à l'instar de la garantie décennale. Le marché public doit ainsi expressément prévoir ce type de garanties. Les systèmes de garantie des marchés publics sont traités aux articles du code de la commande publique pour les marchés classiques, et aux articles du même code pour les marchés de défense ou de sécurité. Ces garanties s'inspirent des mécanismes mis en place dans les marchés privés de travaux par la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 au Burkina Faso tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du code civil.

Les systèmes de garanties prévus par ces dispositions réglementaires reposent sur la retenue de garantie, la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire. Ces garanties ont pour objet d'assurer l'acheteur de la reprise de réserves émises lors de la réception de la prestation ou lors de sa période de garantie ou de prémunir celui-ci contre des risques de non-remboursement de l'avance versée. Autrement posé, elles sont destinées à assurer une bonne exécution financière du marché public. Le code de la commande publique prévoit donc les conditions permettant ou imposant la constitution d'une de ces garanties. Certaines garanties peuvent être substituées à d'autres, le cas échéant sous réserve de l'accord de l'acheteur.

La mise en place d'une garantie n'est pas obligatoire et son opportunité doit être préalablement évaluée par l'acheteur. En effet, s'agissant par exemple de la retenue de garantie, en ce qu'elle a pour effet de prélever une partie des sommes dues au cocontractant, elle a un impact important sur la trésorerie de ce dernier. Il convient donc d'apprécier l'opportunité de la mise en place d'une telle retenue au regard, notamment, de l'objet du marché ou de la taille de l'entreprise contractante.

1. Les garanties destinées à couvrir les réserves sur la qualité des prestations remises à l'acheteur

Pour s'assurer de la parfaite réalisation des prestations qu'il réceptionne, l'acheteur dispose d'un ensemble d'outils contractuels, telles les réserves à la réception ou une période de garantie portant délai d'épreuve de la qualité de la prestation et délai d'action en demande de correction des désordres ou dysfonctionnements constatés. Pour se prémunir contre toute mauvaise exécution des obligations de son cocontractant en matière de reprise des réserves, dysfonctionnements ou désordres, l'acheteur peut recourir aux garanties financières prévues par la réglementation relative aux marchés publics.

1.1. La retenue de garantie

La retenue de garantie est prévue aux articles R. 2191-32 à R. 2191-35 du code de la commande publique. Des dispositions similaires sont prévues aux articles R. 2391-21 à R. 2391-24 du même code pour les marchés de défense ou de sécurité.

1.1.1. Les cas dans lesquels une retenue de garantie ne peut être prévue

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettra pas de procéder au prélèvement d'une retenue de garantie (v. 1.1.4.), le deuxième alinéa de l'article R. 2191-34 du code de la commande publique précise que si le montant des sommes dues au titulaire ne permet pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, le titulaire du marché public est tenu de constituer une garantie à première demande en remplacement de la retenue de garantie. Le troisième alinéa de l'article R. 2191-34 du code de la commande publique prévoit explicitement que cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché public. Dans le cas d'un marché de défense ou de sécurité, l'acheteur peut décider de ne pas appliquer cette disposition aux organismes publics titulaires d'un marché public.

1.1.2. L'objet de la retenue de garantie

La retenue de garantie assure la protection de l'acheteur. En effet, aux termes de l'article R. 2191-32 du code de la commande publique, la retenue de garantie a pour seul objet de « couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception ». L'institution d'une telle retenue de garantie est ainsi liée à l'existence d'un délai de garantie dans le contrat. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché public, pendant lequel l'acheteur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. Il est à noter que tous les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) prévoient l'institution d'un délai de garantie :

- Garantie de parfait achèvement d'une durée d'un an pour les travaux (article 44 du CCAG-travaux) ;
- Garantie de remise en état ou de remplacement des prestations défectueuses d'une durée minimale d'un an pour les marchés de fournitures courantes et de services (article 28 du CCAG-FCS) et pour les marchés de techniques de l'information et de la communication (article 30 du CCAG-TIC) ;
- Garantie de reprise des prestations défaillantes d'une durée minimale d'un an dans les marchés publics industriels (CCAG-MI) ;
- Garantie technique des prestations d'une durée minimale d'un an dans les marchés de prestations intellectuelles (article 28 CCAG-PI).

L'article R. 2191-34 du code dispose également que la retenue de garantie est « prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde ». Elle est donc une retenue, dans les comptes de l'acheteur, de sommes sur les paiements effectués auprès du titulaire. Elle doit être prévue par le contrat. À défaut, tout prélèvement indu d'une somme constituerait une faute de la part de l'acheteur. La retenue de garantie n'est enfin qu'une faculté pour l'acheteur. Il s'agit ainsi d'un moyen dont dispose l'acheteur pour exiger de son titulaire qu'il satisfasse à l'ensemble

de ses obligations et pour imputer sur cette retenue de garantie les sommes dont ce dernier pourrait être redevable.

S'il décide de prévoir une retenue de garantie au sein de son marché public, l'acheteur ne peut la supprimer une fois le contrat signé, même par avenant. En effet, une telle modification affecterait les conditions de la mise en concurrence initiale, dès lors que l'exigence d'une retenue de garantie peut dissuader un opérateur économique de soumissionner et que les candidats répercutent généralement le coût induit par cette sûreté dans leur offre. Si le contrat en application duquel la retenue de garantie est appliquée est déclaré nul, cette garantie se trouve alors privée de base légale et son montant doit être remboursé au cocontractant.

1.1.3. La détermination du montant de la retenue de garantie

La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes du comptable assignataire de l'acheteur une partie des sommes dues au titulaire du marché public. Il s'agit donc d'une créance du cocontractant conservée par l'acheteur à titre de sûreté. L'article R. 2191-33 du code de la commande publique prévoit que « Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution ». Il est précisé que ce taux est de 3 % lorsque l'acheteur conclut un marché public avec une petite et moyenne entreprise. Les taux de 5 % et de 3 % sont donc des plafonds, le contrat pouvant librement fixer un taux de retenue de garantie inférieur. En d'autres termes, s'il n'est pas possible d'augmenter l'assiette de la retenue de garantie, il est en revanche possible de la réduire. Ces taux sont appliqués au montant initial du marché public et de ses éventuelles modifications. Le montant initial s'entend comme le montant du marché public, tel que porté à l'acte d'engagement et réputé établi aux conditions économiques initiales du marché public, c'est-à-dire sans application des clauses éventuelles de variation des prix, toutes taxes comprises. Les éventuelles modifications à prendre en compte sont les avenants.

En revanche, ne sont pas prises en compte les sommes dues en raison d'une décision de poursuivre permettant de dépasser le montant fixé par le marché public. En effet, la décision de poursuivre constitue une demande unilatérale de l'acheteur, émise en cours d'exécution du contrat, qui ne répond pas aux éléments définis par la réglementation actuelle.

1.1.4. Les modalités de prélèvement de la retenue de garantie

La retenue de garantie est prélevée¹⁴ par fractions sur chacun des versements effectués entre les mains du titulaire, à l'exception des avances. Elle peut donc être prélevée sur les acomptes, les règlements partiels définitifs, et sur le solde, dont elle vient en déduction, après application, en principe, des clauses de révision de prix et imputation de la TVA (prix de paiement). Le g) de l'article 13.2.1 du CCAG-travaux prévoit donc que l'état d'acompte mensuel doit mentionner notamment : « Le montant de la retenue de garantie s'il en est prévu une dans les documents particuliers du marché et qu'elle n'a pas été remplacée par une autre garantie ». Le deuxième alinéa de l'article R. 2191-34 du code de la commande publique précise que si le montant des sommes dues au titulaire ne permet pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, le titulaire du marché public est tenu de constituer une garantie à première demande en remplacement de la retenue de garantie. Il en est principalement ainsi lorsque le montant des prestations sous-traitées dépasse 95 % du montant initial du marché public. Par ailleurs, l'existence d'une retenue de garantie n'interdit pas au maître d'ouvrage d'opérer des réfections sur acomptes en cas de malfaçons affectant les travaux.

1.1.5. Retenue de garantie et sous-traitance

La retenue de garantie ne s'applique pas au sous-traitant, mais seulement au titulaire du marché public. En effet, l'article L. 2191-7 du code de la commande publique prévoit que la garantie est à la charge du seul titulaire du marché public et les dispositions relatives à la sous-traitance dans le code ne renvoient pas à l'article L. 2191-7. Seul le titulaire du marché public est responsable, en application de l'article L. 2191-3 du code, de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché public, par lui-même et par ses sous-traitants. En conséquence, la retenue de garantie de l'article R. 2191-34 du code est prélevée uniquement sur les versements dus au titulaire du marché public. Le contrat passé entre l'entreprise principale et son sous-traitant est un contrat de droit privé. Il peut prévoir une retenue de garantie dont le régime ne relèvera pas des dispositions prévues dans le code de la commande publique. Toutefois, dès lors que l'entrepreneur principal a indiqué dans l'acte spécial de sous-traitance l'application d'une retenue de garantie, l'acheteur doit respecter les conditions de paiement qu'il a ainsi agréées. En effet, le comptable public, qui n'est

pas le juge de la légalité des pièces qui lui sont soumises, doit exécuter les dispositions prévues par l'acte de sous-traitance.

1.1.6. Le remboursement de la retenue de garantie

L'article R. 2191-35 du code de la commande publique prévoit que la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par ce même décret.

Lorsque les conditions prévues par les textes réglementaires sont réunies, la libération de la retenue de garantie procède de la décision du seul ordonnateur et non du comptable public. Il est donc indispensable que l'ordonnateur informe le comptable de sa décision de libérer la retenue de garantie. Constituent des coûts susceptibles d'être prélevés sur la retenue de garantie :

- La réparation des malfaçons persistantes après la réception définitive des travaux ;
- Les réparations exécutées d'office et aux frais du titulaire qui conteste les réserves émises lors de la réception. Sont en revanche insusceptibles de justifier des prélèvements opérés sur la retenue garantie :
- la circonstance que l'entrepreneur n'aurait pas contracté une assurance conforme à ses engagements (notamment une assurance garantissant sa responsabilité décennale);
- le paiement de pénalités de retard ;
- les frais de constat d'huissier et de publication dans un journal d'annonces légales à la suite de l'abandon du chantier par le titulaire du marché public.

2. METHODOLOGIE

Dans cette partie, les aspects méthodologiques en sont l'une des parties les plus importantes. Pour cette raison, le but est d'expliquer ces aspects méthodologiques de l'entreprise. Les principaux axes de ces aspects sont à savoir : les approches utilisées, les méthodes de collecte des données et les

instruments de recherche, le plan d'échantillonnage (population, techniques d'échantillonnage, taille de l'échantillon) ainsi que les méthodes de traitement des données.

2.1 Conception de l'étude

La conception de l'étude étant un cadre qui a été établi pour rechercher des réponses aux questions de recherche, elle permet d'aborder efficacement le problème de la recherche de manière logique et aussi sans ambiguïté que possible. À cet égard, la conception de cette étude est basée sur les principes fondamentaux de la recherche exploratoire où l'intention n'est pas de fournir des preuves concluantes, mais aide à avoir une meilleure compréhension du problème en explorant le sujet de recherche avec différents niveaux de profondeur (Saunders, 2012).

2.2 Stratégie de l'étude

Cette recherche se réfère aux critiques, documentations et autres matériels de lecture et les réactions de l'entretien lors de la collecte des données doivent être pris en compte. En s'adressant aux littératures écrites, cela peut aider à interpréter et à mieux comprendre la réalité complexe d'une situation donnée de manière qualitative. L'approche de cette étude est qualitative car elle explore et comprend comment formuler des stratégies pour le relèvement d'un secteur de la santé en crise car elle suppose que le sens et les connaissances sont construits dans un contexte social et cherchent à comprendre les perspectives subjectives des participants (validité sociale) pour fournir une description riche des phénomènes.

2.3 Collecte de données

En général, la collecte de données peut être utilisée grâce à diverses techniques. Il existe principalement deux manières différentes : par des données primaires et secondaires. Les données primaires sont des données qui ont été collectées spécialement à cette fin. Cela implique à la source d'origine de première main, alors que les données secondaires se réfèrent aux informations collectées par d'autres (Bryman et Bell, 2011).

2.4 Outils et méthodes de collecte de données : documentation

La recherche documentaire fait référence à la bibliothèque et à la documentation en ligne. Il se compose de livres, d'articles de synthèse, de rapports et d'autres documents écrits dans la ligne

de l'étude. En outre, des données en ligne ont été collectées ; ces données complétaient celles que nous n'avons pas trouvées dans les livres.

2.5 Analyse des données

L'analyse des données est le processus de description et d'évaluation des données. Cependant, la base de la recherche réside dans l'interprétation des données et dans la description de l'expérience vécue des êtres humains (Atkinson et al 2001). Comme la nature de cette étude s'inspire des sources de données des données primaires et secondaires, leur analyse sera basée sur l'approche interprétative ou analytique qui se concentre sur la façon dont les répondants interprètent leur réalité subjective et y attachent un sens. Comme cette étude est qualitative, il n'y a pas de manière unique d'analyser les données qualitatives (Powell et Renner, 2003 :1), nous ne nous sentons pas obligés de séparer une partie de l'analyse des données. Pourtant, nous aurons des résultats directs du documentation et les relierons à ce qui a été dit par les observateurs dans leurs littératures et obtiendrons l'analyse des données en utilisant le prisme des cadres théoriques et conceptuels conçus pour cette étude.

3. RESULTATS

3.1 Classification des différentes garanties

En général, les crédits sont octroyés selon l'objet et non liés aux contreparties de garanties. Ces dernières sont donc des éléments accessoires aux crédits alloués, mais rappelons que la banque est redevable envers ses déposants ; elle devra donc vérifier si la surface financière de l'entreprise à laquelle elle apporte ses concours est suffisante. En cas de liquidation, les garanties seront exigées.

En effet, pour le banquier, l'étude du dossier doit permettre de limiter les risques. Mais quelle que soit la rigueur de l'étude menée, il ne pourra les éliminer totalement et la prise de garanties s'avère souvent une sage précaution. C'est pour ça que le métier de banquier est qualifié de métier à haut risques par excellence, surtout en matière d'octroi de crédit qui constitue la principale activité de la banque. Ainsi, la préoccupation majeure du banquier est de retrouver les fonds prêtés à l'échéance prévue. Ce souci se justifie par le fait que le banquier travaille avec quelques capitaux

propres, mais beaucoup avec l'argent des déposants. En règle générale, c'est l'analyse des risques qui détermine les crédits à accorder et fixe les conditions de leur mise en place, mais malgré ça le risque n'est pas totalement éloigné car le banquier n'a pas approfondi sa connaissance avec son client, c'est pour ça qu'il ne peut pas lui faire confiance.

A cet effet, le banquier se prémunit à la mise en place des crédits par la prise des garanties « destinées à limiter les pertes occasionnées par la survenance d'une défaillance d'un client », même s'il n'espère pas à la date de remboursement avoir besoin de faire réaliser les dites garanties. La distribution de crédits par les banques se fait au moyen de capitaux empruntés auprès des épargnants, ce qui nécessite une grande prudence dans la gestion des fonds qui lui sont confiés, cette prudence ne peut se réaliser sans discernement et sécurité. Malgré que le banquier ait fondé sa confiance sur la valeur réelle de l'entreprise et de ses dirigeants, il n'est toujours pas à l'abri du risque car il finance l'avenir c'est-à-dire l'incertain. En effet, d'une part la capacité des dirigeants peut diminuer ; leur mauvaise décision peut mettre l'entreprise en péril. D'autre part, la concurrence pourrait ravir des marchés. C'est pour ça que le banquier devra demander des garanties (valables devant la justice) qui interviendraient en cas de situation de sinistre ou d'accidents, ces garanties sont souvent appelées sûretés. Dans le cas de prêts aux particuliers, la banque doit vérifier que le montant des remboursements et intérêts demandés est en correspondance avec les revenus actuels et futurs du débiteur. Elle doit également s'assurer que le client va honorer ses engagements. Elle doit réduire ses risques des pertes en exigeant des garanties (cautions, hypothèque du logement, assurances...). Dans le cas d'une entreprise, la banque doit étudier la conjoncture de son secteur économique. Les garanties se diversifient entre les sûretés personnelles basées sur la qualité de la personne garante et les sûretés réelles fondées sur les biens meubles et immeubles. On trouve aussi les garanties morales. L'ensemble de ces garanties et d'autres conditions seront précisés dans la convention du crédit (d'exploitation ou d'investissement), mais en pratique cette dernière est classée parmi les garanties exigées au client. Donc, on distingue trois sortes de garanties :

-Les garanties personnelles ;

-Les garanties réelles ;

-Les garanties morales.

CONCLUSION

Le capitalisme semble être le système économique le plus efficient bien qu'il engendre, en absence des régulations adéquates, l'apparition des crises financières et économiques. La notion de crise apparaît pour la première fois comme élément clé dans la théorie de Marx et elle est associée à une transition brusque vers une récession économique. Les périodes de crise qui sont caractéristiques du capitalisme, encouragent l'intensification des conflits et de l'incertitude des agents économiques à l'origine de coûts économiques et sociaux importants. Marx envisageait l'effondrement du système capitaliste à l'aide d'une théorie du désastre qui montrait que le système capitaliste se bloquera à cause des conflits politiques.

Les crises représentaient pour lui un acte brutal de purification, nécessaire pour éloigner les obstacles formés dans la voie de l'accumulation, crises qui fournissaient de nouvelles opportunités au développement capitaliste mais qui engendraient des coûts inacceptables. Le principal problème qui apparaît, est la difficulté de trouver les moyens pour prévenir les crises financières et les modalités pour limiter leurs coûts. Les solutions implémentées autrefois peuvent ou non représenter des solutions applicables à présent parce que le contexte économique et financier change toujours. Il semble que Marx ne soit pas parvenu à une conclusion finale concernant la nature des crises dans le capitalisme, ce qui a déterminé certains chercheurs à considérer ces phénomènes comme des moyens qui entraînent une correction naturelle des déséquilibres sur les marchés, au sein des systèmes économiques capitalistes. Il faut mentionner que l'apparition des périodes de crise s'est intensifiée pendant le capitalisme du type « laissez-faire », fondé sur la propriété privée et sur le contrôle des moyens de production.

A l'intérieur de cette forme du capitalisme, les activités gouvernementales se limitent à la protection des droits des individus et un ample processus de dérégulation est mis en œuvre. La fréquence des crises financières s'est amplifiée encore plus dans le contexte de l'intensification du processus de globalisation, les systèmes financiers subissant des transformations profondes sous l'action du fort mouvement d'innovation technologique et de libéralisation des marchés. Les capitaux circulent instantanément et sous des formes de plus en plus sophistiquées sur les marchés intégrés au niveau mondial. Cette évolution favorise à long terme l'allocation plus efficiente des

ressources mondiales de capital, contribue à la réduction de la volatilité de l'activité économique et facilite le progrès des économies émergentes.

Néanmoins, la sphère financière n'est pas exemptée de tensions et de mouvements déstabilisateurs qui génèrent des risques pour le système financier, ainsi que pour l'ensemble de l'économie. Les facteurs principaux de la globalisation, associés à l'apparition des crises financières, sont les régimes de change fixes et le processus de dérégulation. Ces facteurs représentent un terrain propice pour la manifestation de turbulences financières lorsque l'infrastructure financière n'est pas suffisamment développée au moment de la libéralisation des flux de capital ou lorsque les fondements économiques n'ont pas été assez solides.

BIBLIOGRAPHY

- ✓ Hugon, P. (1990). L'impact des politiques d'ajustement sur les circuits financiers informels africains. *Revue Tiers Monde*, 325-349.
- ✓ Cadot, O., Disdier, A. C., & Gourdon, J. (2013). Les enseignements des évaluations d'impact des fonds de garantie. *Techniques financières et développement*, (4), 65-79.
- ✓ SIMLER, Monsieur Philippe, Monsieur Philippe DELEBECQUE, Madame Isabelle RIASSETTO, and Monsieur Nicolas RONTCHEVSKY. "Les garanties indemnitaires."
- ✓ Rosenwald, F. (1999). L'impact des contraintes financières dans la décision d'investissement.
- ✓ Trabelsi, A. (2006). *Les déterminants de la structure du capital et les particularités du financement dans les PME: une étude sur données françaises* (Doctoral dissertation, Paris 9).
- ✓ Blazy, R., & Combier, J. (1997). La défaillance d'entreprise: causes économiques, traitement judiciaire et impact financier.
- ✓ Jégourel, Y. (2008). La microfinance: entre performance sociale et performance financière. *Regards croisés sur l'économie*, (1), 197-205.
- ✓ Nader, J. (2012). *Les garanties réelles dérogatoires du code monétaire et financier* (Doctoral dissertation, Université de Strasbourg).
- ✓ Doligez, F. (2002). Microfinance et dynamiques économiques: quels effets après dix ans d'innovations financières?. *Revue tiers monde*, 783-808.

Review University Without Border for the Open Society (RUFSO)

ISSN: 2313-285X Volume: 28, Issue: 04, July 2021

Content available at <http://www.rufso.org/publications>

- ✓ Halama, S., & Oger, F. (1997, June). Réglementation applicable aux installations classées. In 2. *Symposium International "Foudre et Montagne"* (pp. 155-161).