Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles

Elaboré par
la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
(CNUDCI)

ORGANISATION DES NATIONS UNIES
New York, 1988

NOTE

Les cotes des documents des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

La reproduction, en tout ou en partie, du texte de la présente publication est autorisée. L'Organisation souhaiterait qu'en pareil cas il soit fait mention de la source et que lui soit communiqué un exemplaire de l'ouvrage où sera reproduit l'extrait cité.

A/CN.9/SER.B/2

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : F.87.V.10
ISBN 92-1-233187-4
04200P

Avant-propos

Le présent *Guide* a été élaboré à l'intérieur du Groupe de travail du nouvel ordre économique international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui rassemble les 36 Etats membres de la CNUDCI. Les représentants de nombreux autres Etats et organisations internationales ont participé aux réunions du Groupe de travail en tant qu'observateurs et ont pris une part active à l'élaboration du *Guide*. M. Leif Sevon (Finlande) a présidé toutes les réunions du Groupe de travail qui ont été consacrées à l'élaboration du *Guide*. Lors de la rédaction des chapitres du *Guide* à l'intention du Groupe de travail, le Secrétariat a consulté des praticiens et autres experts en matière de contrats internationaux de construction. Il a en outre consulté de nombreux documents (ouvrages, articles et autres textes), ainsi que des contrats types, des cahiers des charges et des contrats effectivement conclus. Ces documents sont trop nombreux pour qu'il soit possible de les citer tous; il faut toutefois souligner ici qu'ils ont été d'une grande utilité dans l'élaboration du *Guide*.

Après avoir été approuvé par le Groupe de travail, le *Guide* a été définitivement mis au point et adopté par la CNUDCI à sa vingtième session, en août 1987, aux termes de la résolution ci-après :

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

"*Rappelant* le mandat que lui a confié l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, consistant à encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et ce faisant à prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

"*Tenant compte* des résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur le développement économique et l'instauration du nouvel ordre économique international,

"*Considérant* qu'il est important pour tous les pays, notamment les pays en développement, que les contrats internationaux de construction d'installations industrielles aient une saine assise juridique et soient équilibrés et équitables,

"*Etant d'avis* qu'un guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, recensant les questions juridiques à traiter dans ces contrats et suggérant des solutions à ces questions, serait un instrument utile pour toutes les parties, en particulier celles des pays en développement, dans la conclusion de tels contrats,

"1. *Adopte* le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles;

"2. *Invite* l'Assemblée générale à recommander l'utilisation du Guide juridique aux personnes qui participent à l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles;

"3. *Prie* le Secrétaire général de prendre des mesures efficaces pour assurer une diffusion et une promotion du Guide juridique aussi larges que possible."*

Les lecteurs souhaiteront peut-être communiquer au Secrétariat, à l'adresse indiquée ci-après, les observations que leur suggérerait l'emploi du *Guide* ainsi que toute question qu'il y aurait lieu à leur avis de prendre en considération au moment où ultérieurement, le moment venu, le *Guide* fera l'objet d'une réédition :

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
Boîte postale 500
A-1400 Vienne (Autriche)

*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingtième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 315.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Avant-propos ..... *iii*

Introduction 1

A. Origine et objet du *Guide* et méthodologie 1
B. Economie générale du *Guide* 3
C. Résumé des chapitres 4
D. "Remarques générales" 4
E. Recommandations faites dans le *Guide* 4
F. Dispositions données à titre d'exemples 5

Première partie

Chapitres

I. ÉTUDES PRÉCONTRACTUELLES 9

Résumé 9
A. Remarques générales 9
B. Etudes d'opportunité 10
C. Etudes de préfaisabilité 10
D. Etudes de faisabilité 11
E. Etudes détaillées 12
F. Spécialistes effectuant les études précontractuelles 12

II. CHOIX DE LA FORMULE CONTRACTUELLE 14

Résumé 14
A. Remarques générales 15
B. Formules fondées sur un contrat unique 16
1. Observations générales 17
2. Passation d'un contrat avec un groupe d'entreprises .. 18
C. Formules fondées sur des contrats multiples 20
D. Opérations conjointes entre l'entrepreneur et l'acquéreur 21

Chapitres *Pages*

III. CHOIX DE L'ENTREPRENEUR ET CONCLUSION DU CONTRAT 25

Résumé 25

A. Remarques générales 26

B. Appel d'offres 29

1. Qualification 29

2. Avis d'appel d'offres 30

3. Documents à fournir aux soumissionnaires éventuels 31

4. Ouverture des soumissions et choix de l'entrepreneur 35

C. Négociation 38

D. Conclusion du contrat 39

1. Forme du contrat 39

2. Validité et entrée en vigueur du contrat 40

Deuxième partie

IV. LA RÉDACTION : OBSERVATIONS GÉNÉRALES 45

Résumé 45

A. Remarques générales 46

B. Langue dans laquelle le contrat est établi 48

C. Parties au contrat et exécution du contrat 49

D. Pièces relatives au contrat, hiérarchie et interprétation de ces pièces 50

E. Notifications 52

F. Définitions 54

V. DESCRIPTION DE L'INSTALLATION ET GARANTIE DE QUALITÉ 55

Résumé 55

A. Remarques générales 56

B. Détermination de l'ampleur de la construction et des caractéristiques techniques de l'installation dans les principales pièces des contrats 56

C. Ampleur de la construction 57

D. Caractéristiques techniques de l'installation, des équipements, des matériaux et des prestations liées à la construction 58

E. Spécifications 58

Chapitres *Pages*

F. Normes 59
G. Dessins 60
H. Responsabilité en cas de spécifications et de dessins inexacts, insuffisants ou divergents 61
I. Protection des spécifications, dessins et autres pièces techniques 61
J. Garantie de qualité 62
1. Limitation de la portée de la garantie 63
2. Période de garantie 63
3. Garantie du fabricant 65

VI. TRANSFERT DES TECHNIQUES 66
Résumé 66
A. Remarques générales 67
B. Questions communes aux dispositions concernant les licences et le savoir-faire 69
1. Description des techniques 69
2. Conditions limitant l'utilisation des techniques 70
3. Garanties 72
4. Paiement des techniques 72
5. Actions intentées par des tiers 73
C. Question intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire : la confidentialité 74
D. Formation du personnel 75
E. Fourniture de la documentation 77

VII. PRIX ET CONDITIONS DE PAIEMENT 79
Résumé 79
A. Remarques générales 80
B. Méthodes de fixation des prix 82
1. Contrat au forfait 82
2. Contrat en régie 83
3. Contrat à prix unitaire 86
C. Primes 87
D. Monnaie de paiement du prix 87
E. Ajustement et révision du prix 89
1. Ajustement du prix 90
2. Révision du prix 92
F. Conditions de paiement 96

Chapitres *Pages*

1. Avance 97
2. Paiement pendant la construction 97
3. Paiement dans un délai donné après la prise en charge ou la réception des installations 99
4. Paiement dans un délai donné après l'expiration de la période de garantie 99
5. Crédit accordé par l'entrepreneur ou le pays de l'entrepreneur 99

Appendice 100

VIII. FOURNITURE DES ÉQUIPEMENTS ET MATÉRIAUX ... 102

Résumé 102

A. Remarques générales 103

B. Fourniture des équipements et des matériaux par l'entrepreneur 105

1. Description des équipements et des matériaux à fournir 105
2. Date et lieu de la fourniture des équipements et des matériaux 105
3. Transport des équipements et des matériaux 107
4. Dédouanement et droits de douane 107
5. Interdictions et licences 108
6. Prise en charge des équipements et des matériaux par l'acquéreur 109
7. Entreposage sur le chantier 110

C. Fourniture d'équipements et de matériaux par l'acquéreur 111

IX. CONSTRUCTION SUR LE CHANTIER 113

Résumé 113

A. Remarques générales 114

B. Travaux préparatoires 115

C. Travaux de construction sur le chantier confiés à l'entrepreneur 116

1. Engins et outils nécessaires à la construction 116
2. Délai d'achèvement de la construction 117
3. Calendrier de construction 118
4. Changement du délai d'achèvement de la construction 120

D. Mise en place des équipements devant être effectuée sous la supervision de l'entrepreneur 120

E. Accès au chantier 121

Chapitres *Pages*

F. Aide apportée par l'entrepreneur à l'acquéreur pour l'achat des équipements et matériaux 122
G. Dégagement du chantier 122

X. INGÉNIEUR-CONSEIL 123
Résumé 123
A. Remarques générales 124
B. Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil 125
1. Fourniture de services à l'acquéreur 125
2. Fonctions indépendantes 126
C. Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil 129
D. Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil 130
E. Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier 131

XI. SOUS-TRAITANCE 132
Résumé 132
A. Remarques générales 133
B. Droit de l'entrepreneur de sous-traiter 135
C. Choix des sous-traitants 135
1. Choix effectué par l'entrepreneur seul 135
2. Participation de l'acquéreur au choix du sous-traitant 135
D. Etendue de la responsabilité de l'entrepreneur pour préjudice subi par l'acquéreur du fait de l'inexécution par le sous-traitant ou d'autres actes ou omissions du sous-traitant 140
E. Droit pour l'acquéreur de se retourner directement contre le sous-traitant 141
F. Paiement de l'exécution par le sous-traitant 142
G. Coopération et communication entre l'acquéreur et le sous-traitant 143
H. Compatibilité du contrat de sous-traitance avec le contrat de construction 143

XII. INSPECTIONS ET ESSAIS DURANT LA FABRICATION ET LA CONSTRUCTION 145
Résumé 145
A. Remarques générales 146

Chapitres *Pages*

B. Inspections et essais pendant la fabrication 147
1. Description et effets des inspections et essais pendant la fabrication 147
2. Accès de l'acquéreur aux lieux de fabrication et installations et services devant être mis à sa disposition par l'entrepreneur 148
3. Calendrier de réalisation des essais pendant la fabrication 149
4. Essais complémentaires ou modifiés 149
5. Essais non concluants 150
6. Procès-verbaux et certificats d'essai 150
7. Coûts 150

C. Inspection lors de l'expédition ou de l'arrivée sur le chantier 150

D. Inspections et essais pendant la construction sur le chantier 151

XIII. ACHÈVEMENT, PRISE EN CHARGE ET RÉCEPTION ... 153

Résumé 153

A. Remarques générales 154

B. Achèvement de la construction 154
1. Preuve de l'achèvement au moyen d'essais d'achèvement 154
2. Date d'achèvement de la construction 157

C. Ordre dans lequel se succèdent la prise en charge, les essais de bon fonctionnement et la réception : période d'essai 157

D. Prise en charge de l'installation 158
1. Obligation de prendre en charge l'installation 158
2. Procès-verbal de prise en charge et date de la prise en charge 158
3. Effets juridiques de la prise en charge 159

E. Réception de la construction 159
1. Essais de bon fonctionnement 159
2. Procès-verbal de réception et date de la réception 160
3. Effets juridiques de la réception 162
4. Réception provisoire 162

XIV. TRANSFERT DES RISQUES 164

Résumé 164

A. Remarques générales 165

Chapitres *Pages*

B. Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur 167
1. Equipements et matériaux incorporés dans l'installation 167
2. Equipements qui ne doivent pas être incorporés dans l'installation 169
C. Equipements et matériaux fournis par l'acquéreur 170
D. Installation en construction et installation achevée 170
E. Quelques conséquences de la prise en charge du risque ... 171
F. Outils et engins de construction de l'entrepreneur utilisés pour effectuer la construction 171

XV. TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS 173
Résumé 173
A. Remarques générales 173
B. Transfert de la propriété des équipements et des matériaux destinés à être incorporés dans l'installation 174
C. Propriété de l'installation en cours de construction et de l'installation achevée 175

XVI. ASSURANCES 176
Résumé 176
A. Remarques générales 177
B. Assurance sur les biens 181
1. Assurance de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée, des structures temporaires et des structures annexes à l'installation 181
2. Assurance des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation 183
3. Assurance des engins et outils utilisés par l'entrepreneur pour la construction 184
C. Assurance responsabilité 184
D. Preuve de l'assurance 187
E. Défaut de souscription de l'assurance par les parties 187

XVII. GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION 189
Résumé 189
A. Remarques générales 190
B. Garantie d'exécution par l'entrepreneur : sûretés ou garanties personnelles 191

Chapitres *Pages*

1. Garantie de bonne exécution : rôle 192
2. Garantie de remboursement : rôle 193
3. Choix du garant 193
4. Nature de l'obligation du garant 194
5. Date de constitution de la garantie 196
6. Etendue de l'obligation créée par la garantie 197
7. Effet des modifications ou de la résiliation du contrat 198
8. Durée de la garantie..... 199

C. Garantie de paiement par l'acquéreur : sûreté personnelle ou lettre de crédit 200

XVIII. RETARDS, VICES ET AUTRES CAS D'INEXÉCUTION .. 203

Résumé 203

A. Remarques générales..... 204

B. Recours dont l'acquéreur peut se prévaloir 206
1. Caractéristiques principales 206
2. Retard dans la construction du fait de l'entrepreneur 208
3. Construction défectueuse imputable à l'entrepreneur 211
4. Vices dont l'entrepreneur n'est pas responsable..... 217
5. Récapitulation des recours de l'acquéreur 218

C. Recours dont l'entrepreneur peut se prévaloir..... 220
1. Caractéristiques principales 220
2. Retard dans le paiement du prix ou dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix 221
3. Retard dans la prise en charge ou la réception de l'installation 222
4. Non-fourniture à temps de la conception, des équipements ou des matériaux nécessaires à la construction qui soient exempts de vices 223

D. Recours dont les deux parties peuvent se prévaloir 224
1. Retard dans le paiement de sommes autres que le prix 224
2. Inexécution d'obligations accessoires 225

XIX. CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIFIÉS DANS LE CONTRAT ET CLAUSES PÉNALES 227

Résumé 227

A. Remarques générales..... 228

B. Rapports entre le recouvrement de la somme convenue, d'une part, et l'exécution forcée et l'obtention de dommages-intérêts, d'autre part 229

C. Définition du défaut d'exécution..... 230

Chapitres *Pages*

D. Fixation du montant de la somme convenue 230
E. Fixation d'un plafond pour la somme convenue 231
F. Recouvrement de la somme convenue 232
G. Examen de quelques problèmes que soulève la somme convenue due en cas de retard 232
H. Résiliation du contrat et clause de versement d'une somme convenue 234

XX. DOMMAGES-INTÉRÊTS 236

Résumé 236
A. Remarques générales 237
B. Les dommages-intérêts par opposition aux autres recours et au dédommagement 238
C. Obligation de verser des dommages-intérêts 238
1. Types de préjudice 238
2. Préjudice imprévisible 239
3. Préjudice dont le lien de causalité avec l'inexécution est lointain 240
4. Gains résultant d'un défaut d'exécution 240
5. Plafonnement du montant des dommages-intérêts ... 241
6. Atténuation du préjudice 241
D. Dommages aux personnes et aux biens de tiers 241
E. Monnaie de paiement des dommages-intérêts 242

XXI. CLAUSES D'EXONÉRATION 244

Résumé 244
A. Remarques générales 245
B. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires 246
C. Définition des empêchements exonératoires 247
1. Définition générale des empêchements exonératoires 247
2. Définition générale suivie d'une liste d'empêchements exonératoires 247
3. Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale 248
4. Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés 248
5. Exclusion de certains faits 249
6. Défaut d'exécution d'un tiers engagé par l'entrepreneur 250
D. Notification des empêchements 251

Chapitres *Pages*

XXII. CLAUSES D'ADAPTATION RELATIVES A CERTAINES DIFFICULTÉS DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT 253

Résumé 253

A. Remarques générales 254

B. Rédaction de la clause d'adaptation 256

1. Définition de la situation difficile 256
2. Liste exhaustive de faits 257
3. Autres restrictions possibles 258

C. Renégociation 258

1. Procédure de renégociation 258
2. Impossibilité de s'acquitter de l'obligation d'adapter le contrat 260

XXIII. CLAUSES DE MODIFICATION 261

Résumé 261

A. Remarques générales 262

B. Modifications demandées par l'acquéreur 263

1. Méthodes fondamentales 264
2. Incidences d'une modification sur le prix du contrat et la date d'achèvement 264
3. Dispositions contractuelles relatives à chacune des méthodes fondamentales 265

C. Modifications demandées par l'entrepreneur 268

D. Changements apportés à la construction en cas d'obstacles naturels imprévisibles et de modifications de la réglementation locale 268

E. Détermination des incidences des modifications sur le prix du contrat et la date d'achèvement 269

1. Prix du contrat 269
2. Date d'achèvement 271

XXIV. SUSPENSION DE LA CONSTRUCTION 273

Résumé 273

A. Remarques générales 274

B. Suspension par l'acquéreur 274

C. Suspension par l'entrepreneur 275

D. Procédure de suspension 275

E. Effets de la suspension 276

Chapitres *Pages*

XXV. RÉSILIATION DU CONTRAT 279

Résumé 279

A. Remarques générales 280

B. Portée de la résiliation 281

C. Motifs de résiliation 282

1. Résiliation par l'acquéreur 282
2. Résiliation par l'entrepreneur 284
3. Non-exécution due à un empêchement exonératoire .. 285

D. Droits et obligations des parties en cas de résiliation 285

1. Cessation des travaux par l'entrepreneur et libération du chantier 285
2. Prise en charge de l'installation par l'acquéreur 286
3. Transfert des contrats passés avec les sous-traitants et les fournisseurs et paiement par l'acquéreur de sommes dues aux sous-traitants et fournisseurs 287
4. Dessins, descriptifs et pièces similaires 287
5. Paiements à verser par une partie à l'autre partie 288

E. Maintien en vigueur de certaines dispositions contractuelles 290

XXVI. FOURNITURE DE PIÈCES DE RECHANGE ET DE SERVICES APRÈS LA CONSTRUCTION 292

Résumé 292

A. Remarques générales 294

B. Arrangements contractuels 295

C. Pièces de rechange 296

D. Entretien 299

E. Réparations 301

F. Exploitation 303

G. Moyens que l'acquéreur peut employer pour aider l'entrepreneur à fournir les services requis 305

H. Date à laquelle prennent naissance les obligations des parties et durée de ces obligations 305

I. Résiliation 306

J. Recours autres que la résiliation 307

XXVII. TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS CONTRACTUELS 308

Résumé 308

Chapitres *Pages*

A. Remarques générales 308
B. Transfert de la totalité du contrat ou d'obligations contractuelles 309
C. Transfert de droits contractuels 310
D. Autres dispositions destinées à protéger les intérêts des parties 310
E. Conséquences d'un transfert effectué en violation du contrat 311

XXVIII. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE 313

Résumé 313
A. Remarques générales 314
B. Choix de la loi applicable au contrat 315
C. Règles juridiques impératives de caractère public applicables outre la loi choisie par les parties 318

XXIX. RÈGLEMENT DES LITIGES 321

Résumé 321
A. Remarques générales 322
B. Négociation 324
C. Conciliation 325
D. Recours à un expert-arbitre 325
E. Arbitrage 327
1. Faut-il conclure un accord compromissoire ? 327
2. Dispositions de l'accord compromissoire 328
F. Procédure judiciaire 333

INDEX 337

Introduction

A. Origine et objet du *Guide* et méthodologie

1. En 1974 et en 1975, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté un certain nombre de résolutions ayant trait au développement économique et à l'instauration d'un nouvel ordre économique international[1]. En tant qu'organe des Nations Unies, la CNUDCI a été invitée par l'Assemblée générale à tenir compte des dispositions pertinentes de ces résolutions. Elle l'a fait en incluant dans son programme de travail la question des incidences juridiques du nouvel ordre économique international[2] et elle a recherché comment, compte tenu de ses compétences particulières et eu égard à son mandat, elle pourrait le plus utilement aider à atteindre les objectifs énoncés dans les résolutions de l'Assemblée générale. Ce faisant, elle a aussi tenu compte d'une recommandation du Comité consultatif juridique africano-asiatique tendant à ce que la Commission s'occupe de la question[3].

2. Pour l'aider à définir la nature et la portée d'éventuels travaux dans ce domaine, la Commission a, en 1978, créé un Groupe de travail du nouvel ordre économique international et lui a donné pour tâche de formuler des recommandations sur les questions qui pourraient faire partie de façon appropriée du programme de travail de la Commission[4]. Le Groupe de travail a conclu qu'une étude des dispositions contractuelles qui se retrouvent fréquemment dans les contrats internationaux intéressant le développement industriel revêtirait une importance particulière pour les pays en développement en raison du rôle de l'industrialisation dans le développement économique[5]. Se fondant sur les débats et les conclusions du Groupe de travail, la Commission a décidé, en 1980, d'accorder priorité aux travaux relatifs aux contrats dans le domaine du développement industriel. En 1981, la Commission a chargé le Groupe de travail d'élaborer un guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles[6].

3. Les contrats de construction d'installations industrielles sont en général d'une grande complexité pour ce qui est tant des aspects techniques de la construction que des rapports juridiques entre les parties. Les obligations dont les entrepreneurs sont tenus de s'acquitter en exécution de ces contrats s'étendent en général sur une période relativement longue, souvent sur plusieurs années. Pour ces raisons notamment, les contrats de construction d'installations industrielles diffèrent à bien des égards des contrats traditionnels de vente de biens ou de fourniture de services. Par voie de conséquence, les règles juridiques élaborées pour régir les contrats de vente ou les contrats de services ne peuvent trancher comme il convient nombre des questions qui découlent des contrats de construction d'installations industrielles. Il peut donc être bon ou souhaitable que les parties règlent ces questions au moyen des dispositions du contrat.

4. L'élaboration du *Guide* a été motivée dans une large mesure par le fait qu'en raison des complexités et de la nature technique de ce domaine, il est souvent difficile pour les acquéreurs d'installations industrielles, en particulier pour ceux des pays en développement, de se procurer les renseignements et les compétences nécessaires pour rédiger des contrats adaptés à leurs besoins. Aussi le *Guide* a-t-il été conçu tout particulièrement pour ces acquéreurs, mais il s'efforce également de tenir compte des intérêts légitimes des entrepreneurs.

5. Le *Guide* cherche à aider les parties qui négocient et élaborent des contrats internationaux de construction d'installations industrielles en cernant les questions juridiques que posent ces contrats, en examinant les diverses façons possibles d'aborder ces questions et, lorsqu'il y a lieu, en indiquant les solutions que les parties peuvent souhaiter incorporer à leur contrat. L'examen des diverses questions dans le *Guide* et les solutions qui y sont recommandées ont été rédigés compte tenu des différences existant entre les systèmes juridiques du monde. Il faut espérer que le *Guide* contribuera notamment à harmoniser à l'échelon international les points de vue sur les questions qui se posent au sujet de ces contrats.

6. Telle qu'elle est définie dans le *Guide*, une installation industrielle est une installation utilisant un ou plusieurs équipements importants et un procédé technique à des fins de production. Il peut s'agir d'usines pétrochimiques, d'usines d'engrais ou de centrales hydroélectriques. Le *Guide* traite des contrats dans lesquels l'entrepreneur s'engage à fournir à l'acquéreur les équipements et matériaux à incorporer à l'installation et, soit à mettre en place les équipements, soit à en superviser la mise en place si elle est effectuée par d'autres. Dans le *Guide*, ces contrats sont dénommés sous forme abrégée "contrats de construction". Outre les obligations susmentionnées, qui sont l'essence même d'un contrat de construction, l'entrepreneur assume souvent d'autres obligations importantes, par exemple la conception de l'installation, le transfert de techniques et la formation du personnel de l'acquéreur. Les contrats de construction peuvent donc se distinguer d'autres types de contrats dans lesquels un ou plusieurs des éléments ci-dessus sont absents, par exemple les contrats prévoyant exclusivement des travaux de construction ou de génie civil.

7. Le terme "contrat de construction", tel qu'il est employé dans le *Guide*, ne fait que désigner le type de contrat examiné et ne vise pas à délimiter précisément le champ d'application du *Guide*. S'il se peut que certaines parties du *Guide* ne s'appliquent pas ou soient inadaptées aux contrats autres que les contrats de construction (par exemple, l'examen de la question des essais de bonne exécution au chapitre XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", ne sera sans doute pas pertinent pour les contrats ne prévoyant que des travaux de construction), les personnes participant à la négociation et à la rédaction de tels contrats pourront également tirer parti du *Guide*.

8. Le *Guide* s'adresse à tous ceux qui participent, à différents niveaux, à la négociation et à l'élaboration de contrats de construction : les hommes de loi représentant les parties, ainsi que le personnel non juriste des parties et les conseillers de celles-ci (ingénieurs, par exemple) qui participent à la négociation et à l'élaboration des contrats. Le *Guide* devrait aussi aider ceux qui ont, à l'échelon le plus élevé, la responsabilité de la conclusion des contrats de construction et qui ont besoin de connaître dans leurs grandes lignes la

structure de ces contrats et les principales questions juridiques sur lesquelles portent les contrats. Il peut s'agir, par exemple, de hauts fonctionnaires du ministère sous les auspices duquel l'installation est construite. Il convient cependant de souligner que le *Guide* ne saurait se substituer aux avis et services juridiques et techniques que des conseillers compétents pourraient fournir aux parties.

9. Le *Guide* n'a pas de statut juridique particulier; il ne vise qu'à aider les parties à négocier et à rédiger leur contrat. Les diverses solutions proposées ne régiront pas les relations entre les parties, à moins que celles-ci ne retiennent expressément ces solutions et ne les énoncent dans le contrat, ou que ces solutions ne résultent de règles juridiques imposées par la loi applicable. En outre, le *Guide* n'a pas pour objet d'aider les parties à interpréter des contrats conclus avant ou après sa publication.

B. Economie générale du *Guide*

10. Le *Guide* s'articule en deux parties. La première partie traite de certaines questions qui se posent avant que le contrat ne soit élaboré. Il s'agit de circonscrire le projet et ses paramètres grâce à des études précontractuelles (chap. premier), des diverses formules contractuelles que les parties peuvent choisir (chap. II), et des procédures possibles de conclusion du contrat (sous forme d'appels d'offres ou sous forme de négociations sans appel d'offres préalable) ainsi que de la forme et de la validité du contrat (chap. III). L'examen de ces questions a pour double objet, d'une part, d'appeler l'attention des parties sur des questions importantes qu'elles devraient examiner avant de commencer à négocier et à élaborer un contrat de construction et, d'autre part, de fournir le cadre nécessaire à l'examen des questions d'ordre juridique liées au contrat.

11. Il y a lieu de tenir compte en particulier de ce qui est dit, au chapitre II, du choix des diverses formules contractuelles. Le règlement de certaines questions dans le contrat peut être fonction de la formule contractuelle choisie par les parties; d'un bout à l'autre du *Guide*, chaque fois qu'il y a lieu, le texte signale que différentes situations ou différentes solutions sont possibles selon la formule contractuelle retenue.

12. La deuxième partie du *Guide* traite de la rédaction des différentes dispositions d'un contrat de construction. Elle examine les questions que ces dispositions doivent régler et, dans bien des cas, propose différentes méthodes possibles. La deuxième partie constitue donc l'essentiel du *Guide*. Chacun des chapitres de cette partie traite d'une question donnée qui peut être abordée dans les contrats de construction. Dans la mesure du possible, les chapitres ont été agencés dans l'ordre selon lequel les questions auxquelles ces chapitres ont trait sont en général abordées dans un contrat de construction.

13. On trouvera à la fin du *Guide* un index analytique. Outre les fonctions usuelles d'un tel index, il a également pour objet de permettre au lecteur de déterminer le sens des termes employés dans le *Guide*. Lorsque ces termes sont expressément définis dans tel ou tel chapitre du *Guide*, l'index renvoie le lecteur à ces définitions. Dans certains cas, cependant, ces termes ne peuvent être définis avec concision : leur sens et leur portée ne ressortent que de la lecture des chapitres dans lesquels ils sont traités. Dans de tels cas, l'index renvoie aux sections dans lesquelles sont examinés les différents aspects de ces termes.

C. Résumé des chapitres

14. Chaque chapitre du *Guide* est précédé d'un résumé. Les résumés s'adressent au personnel de direction ou autre personnel non juriste qui ont besoin d'être informés des principales questions couvertes par tel ou tel type de clause contractuelle, mais qui n'ont pas besoin de l'examen détaillé auquel il est procédé dans le corps même du chapitre. Les résumés à eux seuls pourraient suffire à donner à ces lecteurs les renseignements dont ils ont besoin quand il s'agit de régler des questions découlant de l'ensemble du contrat ou de types donnés de clauses contractuelles. Pour aider ceux de ces lecteurs qui souhaiteraient avoir des renseignements complémentaires sur tel ou tel point, les résumés renvoient aux paragraphes du corps du chapitre où les questions mentionnées dans le résumé sont examinées en détail. Ceux qui participent directement à l'élaboration des contrats de construction et à qui le corps de chaque chapitre est avant tout destiné pourront juger que la lecture des résumés leur donnera une vue d'ensemble utile de l'objet de chaque chapitre et des questions sur lesquelles il porte. Ils pourront aussi se servir des résumés comme d'une liste récapitulative des questions qu'ils doivent aborder lorsqu'ils négocient et élaborent des dispositions contractuelles.

D. "Remarques générales"

15. Le corps de chacun des chapitres commence par une section intitulée "Remarques générales", qui présente l'objet du chapitre et traite de certaines questions qui s'appliquent au chapitre tout entier, de façon à éviter d'avoir à les répéter dans chacune des sections pertinentes du chapitre. Dans quelques cas, cette section traite aussi de questions qui ne trouvent pas aisément leur place ailleurs dans le chapitre. La section renvoie souvent le lecteur à d'autres chapitres où sont examinées des questions connexes.

E. Recommandations faites dans le *Guide*

16. Le cas échéant, le *Guide* propose des solutions à certains problèmes qui peuvent se poser dans le cadre de contrats de construction. Il existe une gradation à trois niveaux des différentes recommandations. Pour la catégorie la plus importante, on a recouru à la formule "les parties devraient [retenir telle ou telle solution]". Cette formule n'a été employée que lorsque les solutions envisagées découlaient de la logique ou de la loi. Ce type de recommandation n'est utilisé qu'avec parcimonie dans le *Guide*. La catégorie intermédiaire comprend les solutions qu'il est "souhaitable" ou "bon" que les parties adoptent, bien que cela ne découle ni de la logique ni de la loi. Pour la dernière catégorie, on a utilisé des formules telles que "les parties souhaiteront peut-être stipuler", "les parties souhaiteront peut-être envisager", ou "le contrat pourrait renfermer telle ou telle disposition". Toutes ces formules se rattachant à une catégorie donnée peuvent être modifiées pour des raisons de forme; néanmoins, la catégorie dont chaque recommandation fait partie doit ressortir clairement du libellé retenu.

F. Dispositions données à titre d'exemples

17. Quelques chapitres renferment une ou plusieurs "dispositions données à titre d'exemples" qui sont consignées dans des notes en fin de chapitre. Elles ont pour objet de faciliter la compréhension des questions examinées dans le corps d'un chapitre. Elles servent aussi à indiquer comment structurer certaines solutions qui sont proposées dans le texte, en particulier celles qui sont de nature complexe ou risquent à tout autre titre de présenter des difficultés de rédaction. Il y a lieu cependant de souligner que ces dispositions données à titre d'exemples ne doivent pas être nécessairement considérées comme des dispositions types qui devraient être incorporées dans tel ou tel contrat. Le contenu exact d'une clause et les termes qui y sont employés peuvent être fonction de chaque contrat. En outre, il y a d'ordinaire plus d'une façon possible de régler une question, même si l'une seulement de ces solutions possibles est présentée dans une disposition donnée à titre d'exemple. Ces dispositions données à titre d'exemples ont été conçues pour s'inscrire dans le cadre d'ensemble du *Guide* et des conceptions dont il s'inspire. Il importe donc que les parties qui rédigent, pour leur contrat, une disposition fondée sur un des exemples du *Guide* recherchent avec soin si la disposition telle qu'elle est rédigée s'inscrit harmonieusement dans le cadre de leur contrat. En général, le *Guide* ne renferme pas d'exemples de dispositions lorsque le texte du chapitre suffit à bien faire comprendre la question dont il s'agit et donne les directives voulues en matière de rédaction, ou lorsqu'il est impossible de rédiger une disposition particulière hors du contexte d'un contrat donné.

Notes de l'introduction

[1]Voir la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-neuvième session, Supplément n° 31* (A/9631); voir aussi les résolutions adoptées par l'Assemblée générale durant sa sixième session extraordinaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session extraordinaire, Supplément n° 1* (A/9559), et les résolutions adoptées par l'Assemblée générale durant sa septième session extraordinaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, septième session extraordinaire, Supplément n° 1* (A/10301).

[2]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17* (A/33/17), par. 67 *c* vi, 68 et 69 [*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (ci-après dénommé "Annuaire de la CNUDCI"), vol. IX : 1978, première partie, II, A, par. 67 *c* vi, 68 et 69 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.V.8)].

[3]Cette recommandation figure dans les Recommandations du Comité consultatif juridique africano-asiatique : note du Secrétaire général, A/CN.9/155, Annexe (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. IX : 1978, deuxième partie, IV, B); voir aussi *Incidences juridiques du nouvel ordre économique international : note du Secrétariat*, A/CN.9/194 [*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, deuxième partie, V, D (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8)].

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, voir note 3 ci-dessus, par. 71; rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17* (A/34/17), par. 100 [*Annuaire de la CNUDCI*, vol. X : 1979, première partie, II, A, par. 100 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.2)].

[5]Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa session, A/CN.9/176, par. 31 et 32 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, deuxième partie, V, A, par. 31 et 32).

[6]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 84 [*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XII : 1981, première partie, A, par. 84 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.82.V.6)].

Première partie

Chapitre premier. Études précontractuelles

RÉSUMÉ

Les études précontractuelles aident l'acquéreur à décider s'il y a lieu de construire une installation industrielle et à déterminer la nature et l'ampleur de cette installation. Dans la plupart des cas, ces études sont effectuées par l'acquéreur ou en son nom (par. 1 à 5).

Les études précontractuelles peuvent inclure les études d'opportunité (par. 6), les études de préfaisabilité (par. 7 et 8), les études de faisabilité (par. 9 à 11) et les études détaillées (par. 12).

Si l'acquéreur ne dispose pas à l'intérieur de son propre personnel des connaissances spécialisées nécessaires pour réaliser les études précontractuelles, il souhaitera peut-être envisager de faire appel à un cabinet de consultants extérieur auquel il fait confiance. Celui-ci peut être choisi au moyen de procédures de sélection destinées à favoriser la concurrence entre les cabinets susceptibles d'être engagés (par. 13).

En principe, les études précontractuelles ne devraient pas être réalisées par une société susceptible d'être engagée comme entrepreneur pour construire l'installation, en raison du conflit d'intérêts qui pourrait en résulter, quoique dans certains domaines extrêmement spécialisés, il puisse être nécessaire que ces études soient effectuées par un entrepreneur éventuel. Toutefois, il peut être acceptable du point de vue de l'acquéreur que la société qui a réalisé les études précontractuelles supervise simplement la construction de l'installation par d'autres sociétés (par. 14 et 15).

Dans certains cas, en revanche, l'acquéreur peut avoir intérêt à ce que la société chargée des études précontractuelles soit engagée par la suite pour concevoir l'installation ou servir d'ingénieur-conseil lors de la construction. Toutefois, l'acquéreur souhaitera peut-être prendre en considération le risque de voir apparaître un conflit d'intérêts en pareil cas (par. 16).

A. Remarques générales

1. L'acquéreur qui envisage d'investir dans des installations industrielles devra se procurer et analyser une grande quantité de données techniques, commerciales, financières et autres pour pouvoir se prononcer sur cet investissement et déterminer la nature et l'ampleur de l'installation. Ces données peuvent être obtenues et analysées dans le cadre d'une ou plusieurs études appelées "études précontractuelles"[1] dans le *Guide*. Les études précontractuelles sont, dans la plupart des cas, faites par l'acquéreur ou en son nom. Il arrive parfois qu'elles soient faites par l'entrepreneur (voir plus loin, par. 15). Dans certains pays, en particulier les pays en cours d'industrialisation, les études précontractuelles font parfois partie intégrante de la planification et sont un moyen de comparer et d'évaluer divers projets industriels à l'étude afin de fixer les priorités nationales en matière d'investissements.

2. Outre qu'elles sont des outils de décision très précieux pour l'acquéreur, les études précontractuelles sont souvent requises par les organismes prêteurs qui assurent le financement de la construction des installations industrielles. Parfois, ces organismes vont même jusqu'à participer à la réalisation des études précontractuelles, voire à les effectuer directement.

3. La partie qui exécute ou fournit des études précontractuelles devrait mettre à la disposition de l'autre partie les renseignements pertinents tirés de ces études. Le contrat de construction pourra traiter de la responsabilité de cette partie en ce qui concerne le caractère précis et suffisant de ces renseignements. Les dispositions contractuelles relatives à cette question sont examinées dans le chapitre VII, intitulé "Prix et conditions de paiement" (par. 43).

4. Les acquéreurs voudront peut-être noter qu'il n'est pas nécessairement souhaitable de réduire les coûts en limitant le champ couvert par les études précontractuelles. Une telle initiative peut se solder par des renseignements insuffisants ou trompeurs et contribuer ainsi à l'adoption d'une décision d'investissement peu judicieuse ou obliger à modifier la conception de l'installation ou les méthodes de construction pendant la construction pour se conformer à des circonstances que l'on ignorait ou que l'on n'avait pas su prévoir, ce qui, en dernière analyse, peut entraîner des dépenses plus élevées pour l'acquéreur.

5. Les études précontractuelles sont souvent effectuées par étape, les résultats de l'étude dans sa première étape servant de base à la décision d'engager l'étude dans l'étape suivante, elle-même fondée sur ces résultats. La nature de ces études et l'ordre dans lequel elles se succèdent sont, en règle générale, tels qu'ils sont exposés dans les paragraphes qui suivent.

B. Etudes d'opportunité

6. Ces études, qui sont une source utile d'information pour les acquéreurs, sont souvent entreprises par des pays en cours d'industrialisation ou en leur nom. Elles visent à identifier les possibilités d'investissement dont pourront tirer parti les pouvoirs publics ou des investisseurs indépendants dans le cadre de programmes de promotion des investissements. Ces études peuvent, par exemple, analyser les diverses possibilités qui s'offrent pour la construction d'installations où serait fabriqué un produit donné que les pouvoirs publics souhaitent produire localement, et étudier le marché possible pour ce produit. Elles peuvent examiner la possibilité de construire des installations utilisant les ressources locales ou favorisant l'industrialisation dans une région donnée. Les études d'opportunité se limitent généralement aux aspects économiques et techniques généraux des diverses possibilités d'investissement et ne visent pas à définir les paramètres d'un projet dans le détail. Certaines organisations internationales aident les pays à réaliser de telles études ou à les faire faire; dans certains pays, ces études sont réalisées par des organes gouvernementaux.

C. Etudes de préfaisabilité

7. Lorsque l'acquéreur a porté son choix sur un projet déterminé, il entreprend des études visant à déterminer la viabilité technique et financière du projet. Les études de faisabilité complètes (examinées plus loin, dans les

paragraphes 9 à 11) sont souvent onéreuses; dans certains cas, l'acquéreur souhaitera donc peut-être entreprendre une étude de préfaisabilité afin de déterminer s'il y a lieu d'effectuer une étude de faisabilité complète.

8. L'étude de préfaisabilité doit permettre à l'acquéreur de déterminer d'une manière générale la viabilité du projet. Elle porte souvent sur les mêmes points et traite souvent des mêmes questions que l'étude de faisabilité (voir plus loin, par. 10) mais n'entre pas dans le détail. L'étude de préfaisabilité donne généralement à l'acquéreur le moyen de comparer les diverses options qui s'offrent à lui en ce qui concerne l'ampleur du projet et la manière de l'exécuter. Elle peut, en outre, mettre en relief certains points particuliers nécessitant des investigations plus poussées et permettre de déterminer la nature des recherches et des contrôles qui devront être effectués dans le cadre de l'étude de faisabilité. S'appuyant sur les conclusions de l'étude de préfaisabilité, l'acquéreur pourra alors prendre contact avec des entités susceptibles de financer son projet. L'acquéreur souhaitera peut-être le faire à ce stade avant d'entreprendre l'étude de faisabilité complète car certains organismes de prêt tiennent à ce que leurs conditions figurent dans l'étude de faisabilité et veulent même parfois que leurs propres experts prennent part à cette étude.

D. Etudes de faisabilité

9. L'étude de faisabilité devrait servir à fournir à l'acquéreur les renseignements dont il a besoin pour se prononcer sur l'investissement dans un projet et, dans l'affirmative, en définir les paramètres (par exemple, la taille de l'installation, son emplacement, son coût, sa capacité de production et éventuellement les techniques qui pourront y être employées), les sources et le mode de financement, la formule contractuelle (voir le chapitre II, "Choix de la formule contractuelle") ainsi que la méthode permettant d'obtenir des offres d'entrepreneurs (par exemple, par appel d'offres ou par négociation; voir le chapitre III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat"). Ces décisions peuvent être prises, sur la base de l'étude de faisabilité, en collaboration avec l'organisme de prêt qui doit financer la construction de l'installation.

10. Le cadre et le contenu précis de l'étude de faisabilité sont fonction du projet lui-même. Il n'en reste pas moins que les études de faisabilité couvrent généralement les questions et points suivants : marché et prix possibles du produit qui sortira de l'installation; capacité de l'installation; matières premières, énergie et autres facteurs de production; emplacement et chantier; transports et autres éléments d'infrastructure; génie civil, mécanique et électrique; technologie; organisation des travaux et frais généraux; personnel nécessaire pour construire l'installation (catégories et effectifs); réglementation (par exemple, plan d'occupation des sols et protection de l'environnement). Il est souhaitable que l'étude de faisabilité analyse la viabilité financière de l'installation (en précisant le montant total des investissements requis), les possibilités de financement de la construction et la rentabilité commerciale de l'installation. Elle peut en outre situer le projet par rapport à l'économie nationale. Enfin, l'étude de faisabilité comprend généralement une étude du site retenu visant à déterminer ses caractéristiques topographiques et géologiques et ses conditions climatiques.

11. Les études de faisabilité s'appuient généralement sur un certain nombre d'hypothèses relatives à certaines situations ou faits et renferment donc un

élément d'incertitude. L'acquéreur devrait pouvoir, à partir de l'étude, déterminer les hypothèses sur lesquelles elle s'appuie et évaluer le degré d'incertitude qui la caractérise. Parfois, les études de faisabilité comprennent des "études de sensibilité" dans lesquelles on a modifié certaines des hypothèses de travail sur lesquelles s'appuie l'étude de faisabilité en vue de déterminer les effets de ces modifications sur la faisabilité du projet.

E. Etudes détaillées

12. Une fois que la faisabilité d'un projet a été établie, on procède parfois à une étude détaillée afin d'obtenir des informations plus précises et plus détaillées nécessaires à la conception de l'installation et à la détermination de certains autres éléments du projet (par exemple, la nature des contrats qui devront être passés et leur nombre et les méthodes de construction qui devront être employées).

F. Spécialistes effectuant les études précontractuelles

13. Dans de nombreux cas, il peut être souhaitable que les études précontractuelles soient faites par une équipe composée de spécialistes des différentes disciplines utiles : économistes, experts financiers, géologues, ingénieurs et spécialistes de la gestion industrielle, par exemple. L'acquéreur souhaitera peut-être se poser la question de savoir si son propre personnel ne dispose pas des compétences nécessaires pour procéder à ces études. Dans la négative, il souhaitera peut-être en confier la réalisation à un cabinet de consultants extérieur auquel il fait confiance. Pour le choix d'un tel cabinet, il serait souhaitable que l'acquéreur prenne en considération non seulement le prix demandé par celui-ci (sachant que l'offre la moins chère n'est pas toujours la meilleure), mais aussi d'autres facteurs tels que sa réputation et ses compétences. Pour ce choix, l'acquéreur souhaitera peut-être recourir à des procédures de sélection visant à faire jouer la concurrence entre les cabinets susceptibles d'être engagés pour ce qui est des services à fournir et des prix demandés. L'acquéreur qui n'est pas en mesure de trouver un ou plusieurs cabinets qualifiés peut obtenir une assistance à cet effet notamment auprès d'institutions de prêt, d'organisations internationales et d'organismes professionnels[2].

14. L'acquéreur souhaitera peut-être se poser la question de savoir si les études précontractuelles devraient être réalisées par une société susceptible d'être engagée par la suite en tant qu'entrepreneur, au titre du contrat de construction ou pour fournir des services de portée limitée consistant, par exemple, à concevoir l'installation ou servir d'ingénieur-conseil lors de la construction (voir le chapitre X, "Ingénieur-conseil"). L'acquéreur peut envisager ces deux possibilités de façon différente.

15. En principe, les études précontractuelles ne devraient pas être réalisées par une société susceptible d'être engagée comme entrepreneur pour construire l'installation. Celle-ci pourrait être tentée de présenter des études qui incitent davantage l'acquéreur à exécuter le projet que ne le justifient les faits. Certains organismes de prêt ne permettent pas que l'entité qui a réalisé les études précontractuelles soit engagée par la suite pour construire l'installation. Toutefois, dans certains domaines hautement spécialisés, il peut être nécessaire

que les études précontractuelles soient réalisées par un entrepreneur éventuel, faute de consultant indépendant compétent pour réaliser ces études. On voudra peut-être noter que si les études précontractuelles ne devaient pas être réalisées par une société susceptible d'être engagée comme entrepreneur pour construire l'installation, il peut être acceptable du point de vue de l'acquéreur que la société qui a réalisé les études précontractuelles se borne simplement à superviser la construction de l'installation par d'autres sociétés.

16. Dans certains cas, en revanche, l'acquéreur peut avoir intérêt à ce que la société qui a réalisé les études précontractuelles soit engagée par la suite pour s'occuper de la conception ou servir d'ingénieur-conseil. Lorsque ces fonctions sont assumées par des sociétés différentes, il se peut que l'une ou l'autre soit obligée d'examiner les études précontractuelles en détail, voire de répéter certaines des recherches faites aux fins de ces études, ce qui entraîne des frais supplémentaires pour l'acquéreur. Toutefois, pour déterminer si la même société peut assumer les deux fonctions, l'acquéreur souhaitera peut-être prendre en considération les risques de voir apparaître un conflit d'intérêts semblable à celui qui est évoqué plus haut, au paragraphe 15.

Notes du chapitre premier

[1]Pour une analyse du contenu et de la méthodologie des études précontractuelles, voir le *Manuel de préparation des études de faisabilité industrielles* (1978) de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.II.B.5).

[2]Voir le *Manuel relatif à l'emploi de consultants dans les pays en voie de développement* (1972) de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.72.II.B.10).

Chapitre II. Choix de la formule contractuelle

RÉSUMÉ

L'acquéreur qui souhaite conclure un contrat pour la construction d'une installation industrielle peut soit conclure un seul contrat avec une entreprise unique ou un groupe d'entreprises chargés de toutes les opérations nécessaires à l'achèvement de l'installation, soit répartir ces opérations entre plusieurs parties, un contrat distinct étant conclu avec chacune d'elles. En outre, il se peut que l'acquéreur construise lui-même une partie de l'installation. Ce choix pourra être fonction de différentes considérations (il conviendra, par exemple, de se poser la question de savoir si les techniques qui seront utilisées dans l'installation sont la propriété exclusive d'un fournisseur unique ou si l'acquéreur est en mesure de coordonner l'exécution des travaux par plusieurs parties). A chacun de ces cas correspondent des formules contractuelles différentes (par. 1 à 3).

La formule contractuelle dans le cadre de laquelle un entrepreneur unique est engagé pour exécuter toutes les tâches nécessaires à l'achèvement de l'ensemble de l'installation est appelée "formule du contrat clefs en main" dans le *Guide*. S'il est procédé à un appel d'offres pour la construction d'une installation clefs en main, l'offre de chaque entrepreneur soumissionnaire sera fondée sur sa propre conception et l'acquéreur pourra choisir la conception qui répond le mieux à ses besoins, bien que la comparaison puisse parfois être difficile. Dans un contrat clefs en main, l'entrepreneur risque d'être davantage motivé par le souci d'offrir un prix intéressant que par la nécessité de garantir la longévité, la fiabilité et la facilité d'entretien de l'installation. En revanche, il n'a généralement pas intérêt à voir trop grand (par. 4 à 6).

Dans certains cas, l'entrepreneur unique peut, en sus des obligations que doit assumer un entrepreneur clefs en main, s'engager à ce qu'une fois terminée, l'installation puisse être exploitée par le personnel de l'acquéreur et que celui-ci puisse atteindre les objectifs de production en utilisant les matières premières et autres facteurs de production spécifiés dans le contrat. Cette formule est appelée dans le *Guide* "formule du contrat produit en main" (par. 7).

Etant donné que l'entrepreneur unique assume des risques très importants en s'engageant à effectuer toutes les opérations nécessaires à l'achèvement de l'installation et qu'il doit se prémunir contre ces risques à ses frais, le coût total de l'installation pourra être réduit si plusieurs entrepreneurs sont engagés au lieu d'un (par. 8).

Il se peut que la construction d'une installation industrielle de grande ampleur dépasse les moyens techniques ou financiers d'un seul entrepreneur. Par suite, l'acquéreur peut envisager de conclure un contrat avec un groupe d'entreprises capables de fournir conjointement les ressources et les compétences nécessaires pour construire l'installation. Pour ce faire, il peut soit conclure un contrat avec une seule entreprise qui sous-traite l'exécution de certaines des obligations qui lui incombent aux termes du

contrat (par. 9 et 10), soit conclure un contrat avec un groupe d'entreprises qui s'est constitué en vue d'assumer les obligations de l'entrepreneur. Il peut être bon de bien préciser dans le contrat les responsabilités et les obligations assumées par un tel groupe ou par ses membres afin d'éviter certains effets juridiques que l'emploi de tel ou tel terme pourrait avoir en vertu de la loi applicable (par. 11).

Différents facteurs entreront en ligne de compte selon que le groupe sera ou non une entité juridique indépendante. S'il ne l'est pas, il est souhaitable de préciser dans le contrat si chaque membre du groupe sera responsable de l'exécution des obligations de l'ensemble des membres ou seulement de celles qui lui incombent. Il peut aussi être souhaitable d'aborder dans le contrat d'autres questions que soulève le recours à une telle formule (par. 12 à 16).

Si l'acquéreur répartit l'obligation d'exécuter toutes les opérations nécessaires à l'achèvement de l'installation entre deux parties ou plus, il doit, pour atteindre ses objectifs, coordonner les activités prévues dans chaque contrat, pour ce qui est tant de leur ampleur que de leur calendrier. Le recours à la formule des contrats multiples peut permettre à l'acquéreur de recruter plus facilement des entrepreneurs locaux pour construire certaines parties de l'installation. La façon dont la construction sera répartie entre les diverses parties sera fonction de la nature et de la taille de l'installation et de la politique nationale suivie par le pays de l'acquéreur (par. 17 à 20).

L'acquéreur peut réduire considérablement les risques que fait peser sur lui la coordination de plusieurs contrats en employant un ingénieur-conseil chargé de lui indiquer la marche à suivre pour assurer une coordination appropriée. L'acquéreur peut aussi recruter une personne chargée de la construction qui a des responsabilités plus étendues. Confier à l'un des entrepreneurs la responsabilité d'une partie des travaux de coordination est aussi une solution (par. 21 à 23).

L'acquéreur peut aussi réduire les risques liés au recrutement de plusieurs entrepreneurs en stipulant que l'un d'entre eux sera responsable du transfert des techniques, de la conception de l'ensemble de l'installation et de la construction d'une partie essentielle de celle-ci. Cet entrepreneur pourra également être tenu de remettre à l'acquéreur à une date convenue une installation achevée et prête à fonctionner conformément au contrat, sauf s'il en est empêché par la défaillance d'une autre partie engagée par l'acquéreur (par. 24). L'acquéreur a également la possibilité de conclure un contrat de construction avec un entrepreneur unique chargé de construire l'ensemble de l'installation conformément aux techniques et à la conception qui lui sont fournies (par. 25).

L'installation peut être construite dans le cadre d'une opération conjointe entre l'entrepreneur et l'acquéreur. Cette formule présente un certain nombre d'avantages et d'inconvénients pour chaque partie (par. 26 à 29). Les opérations conjointes peuvent être fondées sur divers rapports juridiques. Pour créer une opération conjointe, les parties doivent prendre en considération les dispositions pertinentes de la loi applicable, lesquelles sont souvent impératives (par. 30 et 31).

A. Remarques générales

1. L'acquéreur qui souhaite passer un contrat pour la construction d'une installation industrielle peut soit passer un seul contrat avec une entreprise unique ou un groupe d'entreprises chargés de toutes les opérations nécessaires à

l'achèvement des opérations (voir plus loin, sect. B), soit répartir ces opérations entre plusieurs parties, un contrat distinct étant passé avec chacune d'elles (voir plus loin, sect. C). En outre, il se peut que l'acquéreur construise lui-même une partie de l'installation. A ces deux possibilités correspondent des formules contractuelles différentes qui sont examinées ci-après. Ces formules présentent des différences importantes, par exemple en ce qui concerne l'étendue des responsabilités de l'entrepreneur, la mesure dans laquelle l'acquéreur doit coordonner les travaux de construction et, bien souvent, le coût total pour ce dernier.

2. La réponse à la question de savoir si l'acquéreur a intérêt à passer un contrat unique ou au contraire plusieurs contrats pourra dépendre de plusieurs facteurs. Dans le cadre d'un contrat conclu avec un entrepreneur unique, la responsabilité de l'ensemble des travaux de construction est assumée par une seule partie; en revanche, si le contrat est passé avec plusieurs entrepreneurs et que l'installation se révèle défectueuse une fois achevée, il peut parfois être difficile de déterminer à qui en incombe la responsabilité. Si les techniques sont hautement spécialisées ou sont la propriété exclusive d'un fournisseur unique, il se peut que l'installation doive être entièrement conçue et construite par le fournisseur de ces techniques. L'acquéreur pourra n'envisager de conclure plusieurs contrats (par exemple, pour le transfert des techniques, la conception et la construction de différentes parties des installations) que s'il est en mesure de coordonner l'exécution des obligations incombant à plusieurs entrepreneurs et d'évaluer la façon dont ceux-ci s'en acquittent.

3. Certaines dispositions impératives de la législation du pays de l'acquéreur peuvent obliger ce dernier à recourir à une formule contractuelle particulière. Par exemple, ces dispositions peuvent stipuler que des entreprises du pays de l'acquéreur doivent être engagées pour effectuer certaines parties de la construction (par exemple, les travaux de génie civil) dans le but de favoriser le développement du potentiel technologique national et d'éviter des sorties de devises. En pareil cas, l'acquéreur devra soit passer un contrat avec un entrepreneur unique disposé à faire appel à des sous-traitants locaux, soit conclure plusieurs contrats dont certains seront passés avec des entreprises locales. En outre, le régime fiscal auquel l'entrepreneur est assujetti peut influer sur le choix de la formule contractuelle que retiendront les parties. Celles-ci pourront d'ailleurs faire appel à des experts fiscalistes.

B. Formules fondées sur un contrat unique

4. La formule contractuelle en vertu de laquelle un entrepreneur unique est chargé d'accomplir toutes les tâches nécessaires à l'achèvement de l'ensemble des installations, à savoir le transfert des techniques, la conception, la fourniture des équipements et des matériaux, l'installation des équipements et l'exécution d'autres obligations liées à la construction (génie civil et construction des bâtiments, par exemple) est appelée dans le *Guide* "Formule du contrat clefs en main". Cette formule oblige l'entrepreneur à coordonner l'ensemble des travaux de construction et celui-ci répond en principe de tout retard dans l'achèvement des travaux ou de tout défaut de l'installation.

1. *Observations générales*

5. Si l'acquéreur choisit la formule du contrat clefs en main et décide de mettre en concurrence des entrepreneurs possibles (voir le chapitre III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat"), l'offre de chaque entrepreneur clefs en main potentiel sera fondée (dans les limites des paramètres indiqués dans l'appel d'offres) sur une conception propre à cet entrepreneur. L'acquéreur pourra ainsi choisir la conception qui répond le mieux à ses besoins. En outre, l'entrepreneur clefs en main devant lui-même fournir des équipements et effectuer la construction conformément aux spécifications correspondant à la conception qu'il a proposée dans son offre, cette conception se fondera sans doute sur des économies de fabrication et de construction à la portée de l'entrepreneur et sur des techniques à sa disposition, d'où une construction à la fois économique et efficace. En revanche, l'acquéreur risque d'avoir des difficultés à évaluer et à comparer les différentes conceptions et les différentes combinaisons d'éléments et de méthodes de construction figurant dans les offres des soumissionnaires. Il est par conséquent souhaitable que l'acquéreur, lorsqu'il lance son appel d'offres, demande à tout soumissionnaire de spécifier les avantages particuliers des conceptions, méthodes et éléments de construction figurant dans sa soumission.

6. Lorsqu'il conçoit l'installation et les méthodes de construction et qu'il choisit les sous-traitants, un entrepreneur clefs en main peut parfois être davantage motivé par le souci d'offrir un prix intéressant que par la nécessité de garantir la longévité, la fiabilité et la facilité d'entretien de l'installation. D'autre part, il n'a généralement pas intérêt à voir trop grand (c'est-à-dire à intégrer à la conception des éléments et des dispositifs techniques qui ne sont pas nécessaires pour garantir un fonctionnement des installations conforme au contrat), car cela aurait pour effet de rendre son offre peu compétitive. En revanche, si la conception est assurée par un bureau d'étude distinct, ce risque existe.

7. Dans certains cas, l'entrepreneur unique peut, en sus des obligations mentionnées plus haut, au paragraphe 4, s'engager à ce que, une fois terminée, l'installation puisse être exploitée par le personnel de l'acquéreur et que celui-ci puisse atteindre les objectifs de production en utilisant les matières premières et autres facteurs de production spécifiés dans le contrat. Cette formule est appelée dans le *Guide* "formule du contrat produit en main". L'acquéreur peut opter pour cette formule afin de confier à l'entrepreneur la responsabilité non seulement de l'achèvement de l'ensemble des installations, mais aussi du transfert des compétences et connaissances techniques et administratives dont son personnel a besoin pour faire fonctionner correctement l'installation. Contrairement à ce qui se passe lorsque l'entrepreneur s'engage uniquement à former le personnel de l'acquéreur au fonctionnement de l'installation (voir chap. VI, "Transfert des techniques", par. 26 à 32), cette formule oblige l'entrepreneur à veiller à ce que la formation qu'il dispense soit efficace. Le contrat devra donc indiquer les résultats que l'entrepreneur est tenu d'obtenir à l'issue de la formation qu'il dispense. Le contrat pourra, par exemple, stipuler que la formation devra permettre au personnel de l'acquéreur de faire fonctionner l'installation pendant une période d'essai convenue sous la supervision du personnel d'encadrement de l'entrepreneur. L'entrepreneur peut assumer une responsabilité plus étendue encore si le contrat stipule que la formation devra permettre au personnel de l'acquéreur d'exploiter et de gérer

seul les installations pendant cette période d'essai. Il convient de distinguer entre la formule du contrat produit en main et les cas où l'entrepreneur s'engage dans le contrat à participer avec son propre personnel à l'exploitation de l'installation une fois celle-ci achevée (voir chap. XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction", par. 3 et 37 à 39).

8. L'entrepreneur unique assume des risques très importants en s'engageant à effectuer toutes les opérations nécessaires à l'achèvement de l'installation. Il peut s'assurer contre ces risques ou prévoir des réserves financières pour les couvrir. Le coût de ces mesures est généralement répercuté sur le prix. Le prix total de l'installation pourra être inférieur si l'acquéreur engage plusieurs entrepreneurs au lieu d'un seul, car c'est lui-même qui assurera la coordination du processus de construction dans le cas de la formule des contrats multiples, alors que cette coordination sera assurée par l'entrepreneur dans le cas de la formule du contrat unique. Etant donné que, dans la formule du contrat produit en main, l'entrepreneur non seulement assume des responsabilités de formation importantes, mais prend en plus le risque de ne pas atteindre les objectifs assignés à cette formation, le prix qu'il exigera dans le cadre de cette formule sera souvent plus élevé que dans la formule du contrat clefs en main. Le choix que l'acquéreur fera en définitive entre les différentes formules sera peut-être guidé par des considérations allant au-delà de la simple prise en compte des coûts financiers de la construction. Des formules autres que la formule clefs en main et la formule produit en main peuvent obliger l'acquéreur à augmenter l'effectif du personnel dont il a besoin ou lui imposer des risques plus étendus.

2. *Passation d'un contrat avec un groupe d'entreprises*

9. L'acquéreur peut envisager de passer un contrat avec un groupe d'entreprises plutôt qu'avec une seule. Les problèmes juridiques que soulèvent les formules de ce genre ne sont pas examinés de façon approfondie dans le *Guide*[1]. La présente section ne vise qu'à porter ces formules à l'attention des parties et à leur signaler un certain nombre de questions connexes importantes qu'elles voudront peut-être prendre en considération.

10. Il se peut que la construction d'une installation industrielle complexe de grande ampleur dépasse les moyens techniques ou financiers ou l'expérience d'une seule entreprise, notamment lorsque la totalité ou une partie importante de l'installation doit être construite dans le cadre d'un contrat unique, tel qu'un contrat produit en main ou un contrat clefs en main (voir plus haut, par. 4 à 8). En pareil cas, il est possible de passer un contrat avec une seule entreprise, laquelle sous-traite l'exécution des obligations dont elle n'est pas en mesure de s'acquitter elle-même (voir le chapitre XI, "Sous-traitance"). La constitution d'un groupe d'entreprises pour prendre en charge les obligations de l'entrepreneur est également une solution envisageable. Un tel groupe peut être constitué non seulement pour mettre en commun expérience et moyens techniques et financiers, mais aussi pour satisfaire à certaines conditions d'admission (en ce qui concerne, par exemple, la nationalité de l'entrepreneur) imposées par la loi applicable, l'acquéreur ou un organisme de financement, ou bien encore pour pouvoir bénéficier de certains avantages financiers ou fiscaux accordés aux entrepreneurs qui remplissent certaines conditions.

11. La terminologie employée pour désigner un groupe d'entreprises qui s'est constitué en vue d'assumer les obligations d'un entrepreneur n'est pas uniforme dans tous les systèmes juridiques. Par exemple, les termes "opération conjointe" ("joint venture") et "consortium" désignent parfois des formules de même type et parfois des formules différentes. En outre, l'emploi d'un terme donné dans un contrat peut avoir des effets juridiques particuliers dans certains systèmes juridiques. Par conséquent, si l'acquéreur passe un contrat avec un groupe d'entreprises, il peut être bon de définir clairement dans le contrat les responsabilités et les obligations assumées par ce groupe ou par les entreprises qui le composent.

12. Dans certains cas, les membres d'un groupe d'entreprises qui se sont rassemblés pour assumer les obligations incombant à l'entrepreneur en vertu d'un contrat de construction peuvent constituer une entité juridique indépendante. Les dispositions du contrat de construction seront alors les mêmes que s'il s'agissait d'un contrat entre l'acquéreur et une entreprise unique. Cette entité sera pleinement responsable de l'exécution de toutes les obligations incombant à l'entrepreneur en vertu du contrat de construction. La nature de cette entité juridique permettra de déterminer si les membres du groupe pourront être tenus individuellement responsables de l'exécution de ces obligations et, si oui, dans quelle mesure. Il se peut que, dans certains systèmes juridiques, les contrats passés par un acquéreur avec un groupe d'entreprises qui constitue une entité juridique indépendante soient régis par des règles impératives dont les parties doivent tenir compte lors de la négociation du contrat.

13. Le plus souvent, toutefois, le groupe ne constitue pas une entité juridique indépendante. Si tel est le cas, il est souhaitable d'aborder dans le contrat de construction un certain nombre de questions qui ne se posent pas dans un contrat avec une entreprise unique ou avec un groupe d'entreprises qui constitue une entité juridique indépendante. Premièrement, il serait souhaitable que tous les membres du groupe soient parties au contrat de construction. Deuxièmement, il serait souhaitable que le contrat de construction énonce les responsabilités et les obligations des membres du groupe à l'égard de l'acquéreur pour ce qui est de l'exécution des obligations incombant à l'entrepreneur. On pourrait, par exemple, attribuer des obligations spécifiques à chacun des membres du groupe et ne tenir ceux-ci responsables que de l'exécution des obligations qui leur ont été attribuées. En pareil cas, la situation juridique des parties sera analogue à celle qui découle de la formule des contrats multiples (voir plus loin, par. 17 à 25). On pourrait aussi attribuer des obligations spécifiques à chacun des membres du groupe, tout en tenant ceux-ci conjointement et solidairement responsables envers l'acquéreur de l'exécution de toutes les obligations incombant à l'entrepreneur en vertu du contrat.

14. Pour l'acquéreur, la solution consistant à tenir les membres du groupe conjointement et solidairement responsables de l'exécution de l'ensemble des obligations du groupe est sans doute préférable à celle consistant à ne faire assumer à chacun d'entre eux que la responsabilité de l'exécution de ses propres obligations : en cas de défaut d'exécution, l'acquéreur pourra intenter une action contre un ou plusieurs membres du groupe, quels qu'ils soient, sans avoir à déterminer qui en est responsable et chaque membre sera alors tenu personnellement responsable de ce défaut d'exécution. Si l'acquéreur obtient gain de cause, il pourra faire exécuter la sentence sur l'ensemble des biens des

membres contre lesquels il a intenté une action. Il convient de noter que l'acquéreur peut se prémunir contre les effets d'un défaut d'exécution éventuel en se faisant remettre des garanties de bonne exécution par les membres du groupe (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12).

15. L'acquéreur qui envisage de passer un contrat avec un groupe d'entrepreneurs qui ne constitue pas une entité juridique indépendante peut avoir intérêt à demander une assistance juridique pour déterminer les conséquences ou les difficultés que peut entraîner le recours à une telle formule. En plus des points mentionnés ci-dessus dans les paragraphes 13 et 14, l'acquéreur voudra peut-être envisager les questions ci-après lors de la passation du contrat :

a) Comment surmonter les difficultés qu'il y aurait à intenter une action contre des entreprises de pays différents au cas où un litige surviendrait ?

b) Comment formuler la clause de règlement des litiges, afin que tout litige entre l'acquéreur et plusieurs membres du groupe, ou l'ensemble de ses membres, puisse être réglé dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique ? (Voir chap. XXIX, "Règlement des litiges, par. 4.)

c) Quelle forme donner aux garanties qui doivent être fournies par des tiers pour cautionner l'exécution et aux garanties de qualité qui doivent être données par les membres du groupe ?

d) Comment régler les questions financières entre l'acquéreur et le groupe et, en particulier, comment payer aux différents membres du groupe la fraction du prix qui leur revient ?

e) Quels accords secondaires devront éventuellement être conclus par l'acquéreur ?

f) Les contrats de ce type sont-ils régis par des dispositions impératives de la loi applicable ?

16. Si le groupe ne constitue pas une entité juridique indépendante, il se peut que les parties aient intérêt à ce que l'acquéreur ne soit pas obligé de traiter avec chaque membre du groupe des questions qui se poseront pendant l'exécution du contrat. Les membres du groupe peuvent alors désigner l'un d'entre eux pour leur servir de porte-parole auprès de l'acquéreur. Ainsi, les notifications reprises seront échangées entre l'acquéreur et le porte-parole désigné. Il peut être utile de spécifier les pouvoirs de ce porte-parole dans le contrat. L'acquéreur aura besoin de savoir si celui-ci a simplement pour rôle de transmettre l'information entre l'acquéreur et le groupe ou s'il est habilité à prendre des décisions qui lient l'ensemble des membres du groupe. Le groupe d'entreprises peut étendre les pouvoirs du porte-parole pour lui permettre d'agir en son nom, de faire valoir ses moyens de défense lorsque l'acquéreur intente une action, par exemple.

C. Formules fondées sur des contrats multiples

17. Lorsqu'il répartit entre deux parties ou plus la responsabilité d'exécuter toutes les opérations nécessaires à l'achèvement de l'installation, l'acquéreur peut opter pour différentes formules contractuelles. L'étendue des risques qu'il assumera en matière de construction dépendra de la formule choisie.

18. L'acquéreur peut répartir la construction de l'installation entre deux entrepreneurs ou plus. Le transfert des techniques et la conception peuvent

également être assurés par un ou plusieurs de ces entrepreneurs ou par d'autres entreprises. L'acquéreur doit coordonner l'exécution des obligations prévues dans chaque contrat, pour ce qui est tant de leur ampleur que de leur calendrier, afin d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés en matière de construction. Il se peut que l'acquéreur ait à supporter les conséquences des retards dans la construction ou des défauts de l'installation imputables au fait qu'il n'a pas déterminé de façon appropriée dans chaque contrat les équipements, les matériaux et les services de construction que doivent fournir les différents entrepreneurs et les délais que ceux-ci doivent observer (voir toutefois plus loin, par. 21 à 25).

19. Outre que cela se traduit par un prix inférieur (voir plus haut, par. 8), le recours à plusieurs entrepreneurs pour construire les installations pourrait permettre à des acquéreurs de pays en développement d'engager plus facilement des entrepreneurs locaux pour construire certaines parties de l'installation, le cas échéant sous la supervision d'un entrepreneur étranger expérimenté. Faire ainsi appel à des entrepreneurs locaux peut éviter des sorties de devises et faciliter le transfert de compétences techniques et administratives à des entreprises du pays de l'acquéreur.

20. Lorsque plusieurs contrats sont passés en vue de la construction de l'installation, la fourniture et la mise en place des équipements et la fourniture des matériaux sont souvent effectuées dans le cadre d'un ou plusieurs contrats, la construction des bâtiments et le génie civil relevant d'autres contrats. La mise en place des équipements peut dans certains cas être effectuée par le personnel de l'acquéreur ou par une entreprise locale sous la supervision de l'entrepreneur (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 27 à 30). Toutefois, la manière dont les travaux de construction sont répartis entre les divers entrepreneurs dépend de la nature et de la taille de l'installation, ainsi que de la politique nationale suivie par le pays de l'acquéreur. En général, moins l'installation est complexe, moins on a besoin d'entrepreneurs et plus il est facile pour l'acquéreur de coordonner les obligations en matière de construction stipulées dans chaque contrat et d'en déterminer l'ampleur et le calendrier. Les risques liés à la coordination augmentent avec le nombre de parties participant à la construction.

21. L'acquéreur peut réduire considérablement les risques que fait peser sur lui la coordination des activités de plusieurs entrepreneurs en recrutant un ingénieur-conseil chargé de le conseiller sur la meilleure manière d'assurer cette coordination. La formule du contrat unique n'empêche pas de faire appel à un ingénieur-conseil, mais le rôle de ce dernier pourra alors consister essentiellement à contrôler la qualité et la progression des travaux de construction effectués par l'entrepreneur unique. Le rôle pouvant être dévolu à l'ingénieur-conseil est étudié dans le chapitre X, "Ingénieur-conseil".

22. L'acquéreur peut aussi, en plus ou à la place d'un ingénieur-conseil, engager une personne chargée de la construction (parfois appelée entrepreneur en chef) dotée de responsabilités plus étendues, et c'est là une pratique qui tend à se répandre. La personne chargée de la construction peut être le concepteur de l'installation ou un expert en matière de gestion. Sa responsabilité ne se limite pas à un rôle consultatif, mais peut englober la gestion d'ensemble de la construction (par exemple, appels d'offres ou négociation et passation de contrats séparés relatifs aux diverses parties de l'installation pour l'acquéreur et en son nom, coordination de tous les travaux sur le chantier et supervision de la

construction). Si la personne chargée de la construction n'est pas le concepteur, elle pourra être tenue de vérifier la conception retenue et d'assumer la responsabilité des défauts de conception qu'elle aurait pu raisonnablement déceler. Elle pourra en outre être chargée de conseiller l'acquéreur sur le choix des entrepreneurs. Les honoraires correspondant aux services fournis par la personne chargée de la construction sont généralement plus élevés que les honoraires d'un ingénieur-conseil car ses responsabilités sont plus étendues. Les parties peuvent convenir que les honoraires seront réduits selon une formule précisée au contrat si les installations sont achevées après la date prévue ou si le coût de la construction est supérieur à un coût prédéterminé, ou qu'ils seront augmentés si les installations sont achevées avant la date fixée ou si leur coût est inférieur au coût prédéterminé (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 15).

23. Afin de réduire les risques liés à la coordination des travaux, l'acquéreur peut aussi choisir une autre procédure qui consiste à confier à l'un des entrepreneurs la responsabilité d'une partie de la coordination. Cet entrepreneur pourra, par exemple, être tenu de définir la nature des travaux qu'effectueront les autres entrepreneurs engagés par l'acquéreur et d'établir un calendrier de ces travaux. Il pourra aussi être tenu de superviser la construction effectuée par les autres entrepreneurs et de notifier à l'acquéreur les vices de construction qu'il pourra raisonnablement déceler. L'acquéreur qui envisage de recourir à cette formule devra toutefois tenir compte du risque de conflit d'intérêts pour l'entrepreneur chargé de la coordination, car celui-ci sera amené à évaluer les prestations d'autres entrepreneurs qui, le cas échéant, collaboreront étroitement avec lui à la réalisation des travaux. Par conséquent, l'acquéreur souhaitera peut-être n'y recourir que dans des circonstances exceptionnelles.

24. L'acquéreur peut aussi réduire les risques liés à la coordination en stipulant que l'un des entrepreneurs sera responsable du transfert des techniques, de la conception de l'ensemble de l'installation et de la construction d'une partie essentielle de celle-ci. Cet entrepreneur pourra aussi être tenu de définir la nature des travaux que devront effectuer les autres entrepreneurs recrutés par l'acquéreur et de fournir le calendrier d'exécution de ces travaux. Il pourra également être tenu de remettre à l'acquéreur à une date convenue une installation achevée et prête à fonctionner conformément au contrat, sauf s'il en est empêché par le fait qu'une autre partie engagée par l'acquéreur n'a pu s'acquitter des obligations lui incombant en vertu du contrat de construction conformément à la conception, aux spécifications et au calendrier qu'il a fournis à l'acquéreur. Pour l'acquéreur, cette formule présente un avantage : la responsabilité du transfert des techniques, de la conception et de la construction d'une partie essentielle des installations incombe à un seul entrepreneur.

25. Une autre possibilité s'offre à l'acquéreur : passer un contrat de construction avec un entrepreneur unique chargé de construire l'ensemble de l'installation en utilisant les techniques et la conception qui lui sont fournies et engager une ou plusieurs autres entreprises pour le transfert des techniques et la conception de l'installation. La conception précède en général l'appel d'offres ou les négociations relatives au contrat de construction, afin que les offres de construction puissent se fonder sur cette conception. L'entrepreneur étant, dans le cadre de cette formule, responsable de la construction de l'ensemble de l'installation conformément à la conception fournie par l'acquéreur, ses

responsabilités sont les mêmes que celles de l'entrepreneur clefs en main pour ce qui est de la coordination de l'ensemble des travaux et de leur réalisation. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à notifier à l'acquéreur les défauts inhérents à la conception dont il a connaissance.

D. Opérations conjointes entre l'entrepreneur et l'acquéreur

26. Les contrats élaborés sur la base des différentes formules contractuelles décrites plus haut ont principalement pour objet la construction d'installations moyennant le paiement du prix convenu. Le rapport juridique entre l'entrepreneur et l'acquéreur prend fin pour l'essentiel une fois que l'entrepreneur a achevé les travaux et que l'acquéreur a réceptionné et payé l'installation, sauf pour ce qui est, par exemple, des droits et des obligations qu'implique pour les parties une garantie de qualité (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 26) et d'autres obligations qui doivent prendre effet ultérieurement, comme celle de fournir des pièces de rechange ou certains services après la réception de l'installation (voir le chapitre XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction"). A partir de ce moment-là, les risques commerciaux liés à la gestion et à l'exploitation de l'installation (par exemple, une diminution du prix marchand de la production de l'installation) seront en général supportés uniquement par l'acquéreur.

27. A l'opposé, l'installation peut être construite dans le cadre d'opérations conjointes, c'est-à-dire d'une association entre l'entrepreneur et l'acquéreur qui peut avoir pour objectif, dans des mesures diverses, de transférer des techniques, de mettre en commun des ressources financières ou d'autres éléments d'actif, de partager les coûts, de contrôler et de gérer l'exploitation de l'installation, de commercialiser la production et de partager les profits et les pertes résultant de cette exploitation. L'entrepreneur et l'acquéreur peuvent convenir d'entreprendre une opération conjointe pour la construction de l'installation, mais, le plus souvent, ils passeront un contrat pour la construction de l'installation, étant entendu qu'ils entreprendront une opération conjointe pour l'exploitation de l'installation ou pour la commercialisation des produits après l'achèvement des travaux.

28. La formule des opérations conjointes avec l'entrepreneur peut présenter certains avantages pour l'acquéreur. Lorsque les travaux sont effectués par l'entrepreneur dans le cadre d'une opération conjointe prévoyant notamment la commercialisation de la production de l'installation, l'entrepreneur a financièrement davantage intérêt à ce que les installations soient achevées en temps voulu et qu'elles fonctionnent de façon appropriée que dans le cas d'un simple contrat de construction. Cette formule incitera aussi l'entrepreneur à faire profiter l'acquéreur des techniques, y compris les améliorations apportées aux techniques et les techniques employées dans le processus industriel, ainsi que des compétences en matière de gestion dont il dispose et la production de l'installation pourra être écoulée sur des marchés auxquels l'entrepreneur a accès. En outre, les pertes imputables aux opérations conjointes seront supportées à la fois par l'acquéreur et l'entrepreneur. Pour l'acquéreur, l'opération conjointe peut présenter deux inconvénients : la nécessité de partager les profits résultant de l'exploitation de l'installation et la perte, dans une certaine mesure, de ses prérogatives en matière de gestion.

29. Pour l'entrepreneur, une opération conjointe avec l'acquéreur peut avoir notamment pour avantage de lui faciliter l'accès aux marchés du pays ou de la région de l'acquéreur, ou aux marchés favorisant le pays de l'acquéreur; elle peut aussi lui donner la possibilité de participer aux bénéfices résultant de l'exploitation de l'installation. Le coût de ces avantages pour l'entrepreneur tient essentiellement au partage des risques liés à l'opération conjointe.

30. L'opération conjointe peut être fondée sur différents rapports juridiques. Les parties pourront envisager de créer, pour les besoins de l'opération conjointe, une société jouissant d'une personnalité juridique indépendante, appartenant aux deux parties et dirigée par elles (celle-ci est généralement appelée coentreprise avec participation au capital). L'installation peut être exploitée par cette société. Les parties peuvent aussi décider de créer une coentreprise sans constituer une entité jouissant d'une personnalité juridique indépendante, leur association étant fondée essentiellement sur des dispositions contractuelles (une telle opération est généralement qualifiée d'"association contractuelle"). L'installation peut être exploitée conjointement par les deux parties et être soit leur propriété conjointe, soit la propriété exclusive de l'acquéreur.

31. Lors de la création d'une opération conjointe, les parties devront tenir compte des dispositions de la loi applicable qui traitent spécialement des opérations conjointes, lesquelles sont souvent impératives, et des dispositions régissant la création de sociétés jouissant d'une personnalité juridique indépendante. Les dispositions contractuelles conclues entre les parties en vue de la création et de la mise en route de l'opération conjointe seront distinctes de celles conclues en vue de la construction de l'installation. Les dispositions relatives à la création de coentreprises dépassant le cadre du *Guide*, cette question n'y est pas traitée[2].

Notes du chapitre II

[1]Les questions qui se posent lorsqu'un groupe d'entreprises fait fonction d'entrepreneur ont été examinées par la Commission économique pour l'Europe dans le *Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé* (1979) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.II.E.22) et dans le *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels* (1973) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.E.13).

[2]La question de la création de coentreprises entre entrepreneurs et acquéreurs est traitée dans le "Manuel d'élaboration d'accords pour la création d'entreprises communes dans les pays en voie de développement", publié par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.II.B.23).

Chapitre III. Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat

RÉSUMÉ

Deux méthodes principales peuvent être utilisées pour conclure un contrat de construction. Dans le cadre de la première méthode, l'acquéreur invite des entreprises à soumissionner pour la construction de l'installation, et le contrat est conclu sur la base de l'offre choisie par l'acquéreur à l'issue d'une procédure d'appel d'offres en bonne et due forme. Dans le cadre de la seconde méthode, l'acquéreur négocie le contrat avec des entreprises qu'il a choisies, sans procéder à un appel d'offres en bonne et due forme. Il se peut que l'acquéreur ne soit pas entièrement libre de choisir la méthode de conclusion du contrat (par. 1 à 3).

L'appel d'offres peut se faire selon le système de l'appel d'offres général ou selon le système de l'appel d'offres sélectif. Il se peut que la participation à la procédure d'appel d'offres se limite aux entreprises qui ont été qualifées par l'acquéreur dans le cadre d'une procédure de préqualification. Le système de l'appel d'offres général, dans le cadre duquel toutes les entreprises intéressées sont invitées à soumissionner pour la construction de l'installation, permet de faire jouer la concurrence entre les entreprises, mais peut aussi se révéler être la méthode la plus formaliste et la plus coûteuse de conclure un contrat de construction. Le système de l'appel d'offres sélectif, dans le cadre duquel seules certaines entreprises sont invitées à présenter des offres, permet aussi de faire jouer la concurrence, mais généralement dans une moindre mesure que le système de l'appel d'offres général. En négociant le contrat avec quelques entrepreneurs possibles, ou avec un seul, on peut éviter les formalités liées aux procédures d'appel d'offres (par. 5 à 9).

Les droits et les obligations juridiques des parties à une procédure d'appel d'offres peuvent être régis par les règles impératives de la loi applicable, ou par les règles imposées par une institution qui finance le projet (par. 10).

Si l'on opte pour l'appel d'offres général, on pourra avoir intérêt de demander aux soumissionnaires éventuels de se faire qualifier afin de limiter le nombre d'offres à examiner. On pourra inviter chaque entreprise qui demande à être qualifiée à remplir un questionnaire permettant de recueillir des renseignements pertinents sur cette entreprise. Sur la base des réponses à ce questionnaire, l'acquéreur pourra sélectionner des entreprises conformément aux critères de qualification qu'il aura fixés (par. 11 à 14).

Une fois que l'acquéreur disposera de suffisamment de renseignements sur l'installation à construire, il pourra inviter les entreprises auxquelles s'adresse l'appel d'offres à soumissionner. Dans le cadre du système de l'appel d'offres général, l'avis d'appel d'offres est publié à l'échelle internationale ou sur une base plus restreinte. Dans le cadre du système de l'appel d'offres sélectif, l'avis d'appel d'offres est adressé à chaque entreprise choisie par l'entrepreneur, accompagné d'un jeu complet des documents qui doivent être fournis aux soumissionnaires éventuels (par. 15 à 18).

Les documents à fournir aux soumissionnaires éventuels comprennent généralement des instructions à leur intention en ce qui concerne la préparation, le contenu, la présentation et l'évaluation des offres et des formules types des documents qu'ils doivent remettre avec leur offre (par. 19). Les instructions pourront indiquer toutes les prescriptions relatives aux offres fixées par l'acquéreur et notamment les critères auxquels celles-ci devront satisfaire pour être retenues. Si l'acquéreur ne fournit pas de formules types des pièces du marché aux soumissionnaires, ses prescriptions à cet égard peuvent être énoncées dans les instructions. L'acquéreur a intérêt à établir les clauses contractuelles sur la base desquelles le contrat doit être conclu et les fournir au soumissionnaire. Il peut envisager d'exiger des soumissionnaires une garantie de soumission répondant à des critères spécifiés (par. 20 à 30).

En général, les soumissions sont ouvertes soit en présence des soumissionnaires ou de leurs représentants, soit en public. Leur ouverture en privé, sans la présence des soumissionnaires, peut se justifier dans des circonstances exceptionnelles. Après l'ouverture des soumissions, l'acquéreur compare et évalue les offres en vue de déterminer celle qui répond à ses besoins et qui lui paraît la plus acceptable. L'acquéreur choisit ensuite le soumissionnaire avec lequel un contrat sera passé. Dans certains cas, il peut rejeter toutes les offres (par. 31 à 43).

S'il opte pour la formule de la négociation, l'acquéreur se met en rapport avec une ou plusieurs entreprises qu'il juge capables de construire l'installation, leur fait connaître ses besoins et les invite à soumettre des offres. Des documents décrivant la nature et les principales caractéristiques techniques de l'installation à construire et contenant les clauses contractuelles fixées par l'acquéreur peuvent leur être remis. En principe, la présentation ou l'évaluation des offres et la négociation du contrat ne sont soumises à aucune formalité. Dans certaines circonstances, l'acquéreur peut combiner la méthode de l'appel d'offres et la méthode de la négociation (par. 44 à 47).

Les parties peuvent avoir intérêt à consigner leur accord par écrit. Elles voudront aussi peut-être convenir que leurs obligations contractuelles prendront effet à compter de la date de conclusion du contrat ou à compter de la date à laquelle une condition spécifiée aura été remplie (par. 49 et 50).

A. Remarques générales

1. Deux grandes méthodes peuvent être utilisées dans la pratique pour conclure un contrat de construction. Dans le cadre de la première méthode, l'acquéreur invite des entreprises à soumissionner pour la construction de l'installation, en lançant un appel d'offres en bonne et due forme, évalue les offres soumises et passe un contrat avec le soumissionnaire qu'il a choisi conformément à la procédure d'appel d'offres. Les offres sont généralement établies sur la base des clauses contractuelles et des spécifications techniques stipulées par l'acquéreur. Il découle du caractère formel de la procédure d'appel d'offres, en particulier lorsque l'acquéreur est une entité publique, que l'acquéreur et les soumissionnaires peuvent avoir à assumer certaines obligations et responsabilités juridiques, par exemple en ce qui concerne la soumission, le retrait et le choix des offres.

2. Dans le cadre de la seconde méthode, l'acquéreur entame des négociations avec une ou plusieurs entreprises en vue de passer un contrat avec l'une d'entre

elles. Cette méthode n'entraîne pas de procédure d'appel d'offres en bonne et due forme et les participants aux négociations n'ont pas à assumer des obligations et des responsabilités aussi strictes que les participants à une procédure d'appel d'offres. Toutefois, elle impose certains travaux préparatoires à l'acquéreur et il se peut que les parties doivent se mettre d'accord sur certaines règles à suivre pendant les négociations (voir plus loin, par. 44 à 46).

3. Il se peut que l'acquéreur ne soit pas entièrement libre de choisir la méthode de conclusion du contrat. Les lois et règlements relatifs à la passation des marchés en vigueur dans le pays de l'acquéreur limiteront souvent la marge de manœuvre de ce dernier pour ce qui est du choix de la méthode et des procédures détaillées à suivre. Ces lois et règlements peuvent être applicables soit à tous les acquéreurs dans ce pays, soit uniquement aux entreprises d'Etat ou entreprises publiques, les entreprises privées ayant une liberté de choix plus grande. Les lois relatives à la passation des marchés peuvent exiger que préférence soit accordée aux offres émanant d'entreprises locales ou d'entreprises d'une région particulière. L'acquéreur peut aussi être tenu de se conformer, pour le choix de la méthode et des procédures, aux conditions imposées par des organismes internationaux de prêt ou autres qui financent le projet. Ces conditions répondent généralement à un souci d'efficacité, d'économie et d'équité. Dans de nombreux cas, ces organismes exigent qu'il soit procédé à un appel international à la concurrence pour l'obtention des équipements, des matériaux et des services financés par leurs soins, afin de mettre en concurrence un grand nombre d'entreprises. Ils peuvent aussi exiger que les mêmes chances de participer à la procédure d'appel d'offres soient offertes aux entreprises de tous les Etats qui sont membres de ces organismes. Dans d'autres cas, ils peuvent autoriser l'acquéreur à recourir à des procédures plus restrictives que l'appel international à la concurrence. En particulier, ils reconnaissent souvent qu'il est souhaitable d'accorder une marge de préférence aux entreprises du pays ou de la région de l'emprunteur. Les parties pourront aussi noter que, si la formule des contrats distincts est adoptée (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25), il leur sera possible de recourir à des méthodes ou à des procédures différentes pour chaque contrat.

4. Lorsque aucune méthode ou procédure particulière n'est imposée par la loi applicable ou par un organisme de financement, l'acquéreur est libre d'adopter celle qui convient le mieux à ses besoins. Par exemple, il peut opter pour la procédure d'appel d'offres en bonne et due forme ou pour la négociation ou bien encore combiner divers aspects des deux méthodes (voir plus loin, par. 47).

5. L'appel d'offres comprend deux systèmes de base : le système de l'appel d'offres général, dans le cadre duquel toutes les entreprises intéressées sont invitées, par la publication d'un avis, à soumissionner la construction de l'installation, et le système de l'appel d'offres sélectif, dans le cadre duquel seules certaines entreprises sont invitées à soumissionner. Différents éléments de ces deux systèmes peuvent être combinés compte tenu des exigences de la législation applicable ou des règles imposées par un organisme de financement, ou bien encore pour répondre aux besoins de l'acquéreur.

6. Le principal avantage du système de l'appel d'offres général est qu'il met en concurrence un nombre plus important d'entreprises. L'acquéreur peut, grâce à une concurrence aussi poussée, obtenir un prix plus avantageux, une meilleure conception ou d'autres conditions plus favorables pour la construction de l'installation. En revanche, ce système est sans doute la solution la plus

formaliste et la plus coûteuse qui soit pour conclure un contrat de construction. Il nécessite généralement l'établissement d'un certain nombre de documents en bonne et due forme, une large diffusion de l'avis d'appel d'offres, en général à l'échelle internationale, l'ouverture en public des plis contenant les offres et l'évaluation de toutes les offres soumises, lesquelles peuvent être nombreuses. Il exige également que l'on respecte strictement les délais fixés et les autres dispositions de procédure. De plus, le système de l'appel d'offres général incite parfois des entreprises non qualifiées à soumettre des offres excessivement basses afin d'enlever le contrat sachant qu'elles demanderont par la suite que l'on apporte au contrat des modifications entraînant une augmentation de prix (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 20 à 22). Il incombe alors à l'acquéreur de mener une enquête pour écarter ces offres, ce qui peut être difficile et coûteux.

7. Il existe une variante du système de l'appel d'offres général dans le cadre de laquelle seules les entreprises qui ont été qualifiées par l'acquéreur à l'issue d'une procédure de qualification sont autorisées à soumissionner (voir plus loin, par. 11 à 14). Cette procédure, qui peut s'adresser à toutes les entreprises intéressées dans le monde entier ou simplement à celles d'une région donnée, permet à l'acquéreur de n'inviter à soumissionner que des entreprises réputées qui ont les moyens techniques et financiers de construire l'installation. Elle peut aussi permettre à l'acquéreur d'évaluer l'intérêt que suscite son projet auprès des entrepreneurs avant d'entamer une procédure d'appel d'offres.

8. A la différence du système de l'appel d'offres général, le système de l'appel d'offres sélectif ne s'adresse qu'aux entreprises que l'acquéreur invite à soumissionner. Ce système peut être particulièrement approprié lorsque seules quelques entreprises sont en mesure de fournir les techniques qui doivent être incorporées dans l'installation ou de réaliser les travaux de construction. Bien que le système de l'appel d'offres sélectif permette de faire jouer la concurrence entre les entreprises admises à participer à la procédure d'appel d'offres, cette concurrence est généralement moins forte que dans le cadre du système de l'appel d'offres général. Dans la mesure où l'acquéreur aura déjà procédé à des échanges de vues officieux avec les soumissionnaires éventuels au sujet de l'ampleur des travaux et des caractéristiques techniques de l'installation à construire, les documents qui devront leur être fournis (voir plus loin, sect. B, 3) pourront être plus simples que ceux qui doivent être fournis dans le cadre d'un appel d'offres général. Néanmoins, ce système est également soumis à certaines formalités, même si celles-ci sont moins lourdes que dans le cas du système de l'appel d'offres général. Il convient de noter que les organismes internationaux de financement peuvent interdire, dans certains cas, le recours au système de l'appel d'offres sélectif.

9. La méthode de la négociation permet à l'acquéreur de négocier le contrat de construction avec un ou plusieurs entrepreneurs éventuels sans passer par les formalités auxquelles sont soumises les procédures d'appel d'offres. Cette méthode peut être employée lorsque la loi applicable ou l'organisme qui finance le projet n'impose pas le recours à une procédure d'appel d'offres. Elle peut notamment être appropriée lorsque seulement quelques entrepreneurs éventuels ont déjà mené à bien la construction d'installations industrielles comparables à celles que l'acquéreur veut faire construire et lorsqu'il n'y a aucun avantage à inviter d'autres entreprises à soumissionner. Elle peut également être appropriée lorsque les équipements ou les techniques à incorporer dans l'installation

ne peuvent être obtenus qu'auprès de certaines entreprises. L'acquéreur peut dans une certaine mesure faire jouer la concurrence à son profit pour ce qui est du prix, de la conception et d'autres aspects essentiels de la construction s'il négocie avec plus d'une entreprise. Le cas échéant, s'il faut que l'installation soit construite rapidement, l'acquéreur peut avoir intérêt à engager un entrepreneur sans procéder auparavant à un appel d'offres car il est généralement plus long de conclure un contrat à l'issue d'une procédure d'appel d'offres que de le conclure de gré à gré. Dans certains cas exceptionnels, l'acquéreur peut juger utile de négocier le contrat avec une seule entreprise. Par exemple, lorsqu'une installation existante doit être agrandie ou modifiée compte tenu des techniques ou des équipements déjà utilisés, il peut être opportun de ne négocier qu'avec l'entrepreneur qui a construit l'installation.

B. Appel d'offres

10. L'acquéreur qui envisage d'organiser une procédure d'appel d'offres et les soumissionnaires qui participent à cette procédure ont intérêt à se demander si, pour ce qui est de solliciter, présenter et accepter des offres, ils doivent se conformer à des règles impératives de la loi applicable ou à des règles imposées par un organisme de prêt qui finance le projet (voir plus haut, par. 3 et 4). Il se peut, par exemple, que ni l'appel d'offres ni les offres ne puissent être retirés sans que certaines conditions soient remplies. En outre, l'acquéreur peut être tenu d'accepter une offre si celle-ci est conforme aux critères énoncés dans son appel d'offres (voir ci-après, par. 43). Dans certains systèmes juridiques, en revanche, l'appel d'offres peut n'être considéré que comme une simple invitation à présenter des offres en vue de la construction de l'installation, la soumission pouvant n'être considérée elle-même que comme une simple offre susceptible d'être retirée ou modifiée par le soumissionnaire, à moins qu'elle ne soit acceptée par l'acquéreur.

1. *Qualification*

11. La qualification a pour objet d'écarter d'emblée les soumissionnaires éventuels qui ne conviendraient pas comme entrepreneurs et de limiter le nombre d'offres qui doivent être évaluées par l'acquéreur. Afin d'être qualifiée, une entreprise peut être obligée de prouver sa capacité à exécuter le contrat. Pour évaluer cette capacité, l'acquéreur peut, par exemple, prendre en considération l'expérience de l'entreprise et ses réalisations antérieures, son aptitude à fournir les techniques, les équipements, les matériaux et les services nécessaires, sa situation financière et les projets de construction qu'elle s'est déjà engagée à réaliser, ainsi que son aptitude à remplir les conditions prescrites par l'acquéreur en matière de sécurité. Certaines entreprises d'Etat ou certains organismes de financement disposent parfois d'une liste d'entreprises qualifiées pour tous les contrats d'un type donné qu'ils peuvent mettre à jour régulièrement en demandant aux entreprises de leur fournir des renseignements ou de répondre à un questionnaire à intervalles déterminés (voir plus haut, par. 13 et 14). Lorsqu'il ne dispose pas déjà d'une telle liste, l'acquéreur voudra peut-être soumettre les entreprises à une procédure de qualification avant d'accepter des offres pour l'exécution du contrat de construction.

12. La première étape de la procédure de qualification consiste à publier un avis invitant les entreprises à demander leur qualification. Les facteurs à prendre en considération pour cet avis sont semblables à ceux dont il faut tenir compte pour l'avis d'appel d'offres (voir plus loin, par. 15 et 18)[1].

13. Afin de pouvoir décider quelles entreprises il y a lieu de qualifier, l'acquéreur a intérêt à demander à celles qui veulent participer à la procédure de qualification de remplir un questionnaire. Celui-ci peut leur être envoyé par l'acquéreur et être conçu de manière à obtenir des renseignements sur les points évoqués plus haut, au paragraphe 11[2]. Des précisions sur la façon de le remplir et notamment sur la langue à utiliser à cet effet, la monnaie dans laquelle les données financières doivent être exprimées et la date à laquelle il doit être remis dûment rempli ainsi que des renseignements sur le projet peuvent être fournis avec le questionnaire.

14. Les réponses des entreprises pourront ensuite être évaluées par l'acquéreur sur la base des critères de qualification qu'il aura établis. Ces critères devront, le cas échéant, être conformes à la loi applicable ou aux exigences d'un organisme de financement. Ainsi, il se peut que l'acquéreur n'ait pas le droit de refuser de qualifier une entreprise pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'aptitude de celle-ci à exécuter le contrat. Après avoir évalué les réponses au questionnaire, l'acquéreur devrait aviser les entreprises non retenues qu'elles n'ont pas été qualifiées et il peut envoyer à toutes les entreprises qui l'ont été un avis les informant de leur qualification et les invitant à présenter des offres. Il peut envoyer en même temps aux entreprises qualifiées un jeu complet des documents destinés aux soumissionnaires éventuels (voir plus loin, par. 19).

2. *Avis d'appel d'offres*

15. Une fois que l'acquéreur disposera de suffisamment de renseignements sur l'installation à construire (par exemple, dans le cas d'un contrat clefs en main, lorsque les objectifs en matière de production et les autres paramètres de fonctionnement sont connus ou, dans d'autres cas, lorsque la conception de l'installation est achevée ou presque), il sera en mesure de rédiger l'avis d'appel d'offres. Cet avis a pour objet de fournir aux soumissionnaires éventuels des renseignements de base sur l'installation envisagée et d'inviter les entreprises à présenter des offres en vue de la construction de l'installation sur la base des documents pertinents. Les renseignements fournis par l'acquéreur dans l'avis d'appel d'offres peuvent comprendre, par exemple, une description générale de l'installation indiquant la nature des travaux de construction et les caractéristiques techniques des équipements, des matériaux et des services de construction requis, la date pour laquelle la construction doit être achevée, la date à laquelle les offres doivent être présentées, la date et le lieu d'ouverture des soumissions, l'adresse à laquelle les documents pertinents et d'autres renseignements doivent être demandés et le coût de ces documents. L'avis peut aussi indiquer les conditions que les entreprises doivent éventuellement remplir pour être admises à soumissionner (par exemple, il se peut qu'un organisme de financement exige que la participation à la procédure d'appel d'offres se limite aux entreprises des Etats qui sont membres de cet organisme)[3]. Si ces renseignements ont été fournis dans l'avis d'ouverture de la procédure de qualification, on peut éventuellement se dispenser de publier un avis d'appel d'offres en bonne et due forme. Dans de nombreux cas, l'avis d'appel d'offres peut être établi avec l'aide de l'ingénieur-conseil de l'acquéreur.

16. Dans le cadre du système de l'appel d'offres général, il se peut que l'avis d'appel d'offres doive être diffusé à l'échelle internationale afin que toutes les entreprises qui sont susceptibles d'être intéressées et qui remplissent les conditions voulues aient la possibilité de soumissionner. La loi applicable peut exiger que l'avis soit publié dans certains organes d'information (par exemple, dans le journal officiel d'un pays). L'acquéreur peut aussi envisager de le publier dans des journaux locaux, des journaux étrangers diffusés sur les principales places commerciales internationales, des revues techniques et des publications spécialisées. Si la construction est financée par un organisme de financement, l'acquéreur peut être tenu de se conformer aux exigences éventuelles de cet organisme en matière de publicité : celui-ci peut exiger, par exemple, que l'avis soit publié dans un périodique donné, par exemple l'édition du *Forum du développement*[4] qui est destinée aux milieux d'affaires.

17. Dans le cadre du système de l'appel d'offres sélectif, l'avis d'appel d'offres est adressé à chaque entreprise choisie par l'acquéreur. Si une procédure de qualification a été organisée, l'avis peut n'être adressé qu'aux entreprises qui ont été qualifiées. Dans certains cas, un jeu complet des documents dont les soumissionnaires éventuels ont besoin pour élaborer et soumettre une offre peut leur être adressé en même temps que l'avis (voir plus loin, sect. B. 3). Dans d'autres cas, on peut se contenter d'indiquer l'adresse à laquelle ces documents ainsi que d'autres renseignements doivent être demandés.

18. Il est souhaitable de spécifier clairement dans l'avis d'appel d'offres la date à laquelle les entreprises doivent soumettre leurs offres à l'acquéreur car la procédure d'appel d'offres peut prévoir que les offres présentées en retard ne seront pas considérées. Le délai prévu, à compter de la publication de l'avis d'appel d'offres ou de sa remise aux entreprises, pour la soumission des offres peut être fonction de la facilité avec laquelle les soumissionnaires éventuels pourront inspecter l'emplacement du chantier, de l'étendue et de la complexité des travaux à effectuer et de l'organisation ou non d'une procédure de qualification. Afin que toutes les entreprises bénéficient à peu près du même délai pour obtenir les documents qui doivent être fournis aux soumissionnaires éventuels et pour préparer et soumettre leurs offres, il est souhaitable de coordonner soigneusement la publication de l'avis d'appel d'offres ou la remise de cet avis aux entreprises. Ainsi, si l'on veut faire en sorte que l'avis paraisse approximativement en même temps dans les différentes publications, on tiendra compte du fait que celles-ci peuvent paraître à des intervalles différents (par exemple, chaque jour, chaque mois ou chaque trimestre).

3. *Documents à fournir aux soumissionnaires éventuels*

19. Dans de nombreux cas, il est souhaitable que les documents à fournir aux soumissionnaires éventuels soient préparés par un ingénieur qui fait partie du personnel de l'acquéreur ou par un ingénieur-conseil recruté par ce dernier (voir le chapitre X, "Ingénieur-conseil"). Ces documents peuvent notamment être les suivants : instructions à l'intention des soumissionnaires (voir plus loin, par. 20 à 25); formule type d'offre (voir plus loin, par. 26); clauses contractuelles imposées par l'acquéreur (voir plus loin, par. 27); spécifications techniques et dessins (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 10 à 19); formule type de garantie de soumission (si une telle garantie est exigée par l'acquéreur; voir plus loin, par. 28 à 30); formule type de

garantie de bonne exécution, si une telle garantie est exigée de l'entrepreneur (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12); et attestation de pouvoirs (certifiant que les personnes qui ont signé l'offre sont habilitées à le faire (voir plus loin, par. 22). Les spécifications techniques que l'acquéreur peut être tenu de fournir (en fonction de la formule contractuelle retenue) seront très importantes pour les soumissionnaires éventuels. Il sera plus facile à l'acquéreur de comparer et d'évaluer les offres s'il fournit à chaque soumissionnaire des formules types des documents à remplir et à joindre à l'offre. S'il n'y a pas eu de procédure de qualification, l'acquéreur peut aussi fournir aux soumissionnaires éventuels un questionnaire analogue au questionnaire de qualification (voir plus haut, par. 13) que chacun d'entre eux devra remplir et remettre avec son offre. Il peut être souhaitable que les documents soient établis dans au moins une langue employée habituellement dans les transactions commerciales internationales.

a) *Instructions aux soumissionnaires*

20. Ces instructions ont pour objet de faciliter l'élaboration des offres et de donner des renseignements sur leur évaluation. Il est souhaitable que les instructions renseignent les soumissionnaires sur les conditions énoncées par l'acquéreur concernant la préparation et la présentation des offres et leur contenu. Si l'acquéreur n'a pas fourni de formule type de l'offre, des clauses et conditions contractuelles et des garanties de soumission et de bonne exécution éventuellement exigées, il est souhaitable que les conditions imposées par l'acquéreur en ce qui concerne l'offre et les garanties soient énoncées en détail dans les instructions (voir plus loin, par. 26 à 30). Les instructions peuvent énumérer les documents à joindre à l'offre (y compris, notamment, toutes les formules types, dûment remplies, qui ont été fournies aux soumissionnaires). Elles peuvent indiquer si une entreprise a le droit de soumettre une offre comportant des variantes et, dans l'affirmative, préciser l'élément ou les éléments pour lesquels des variantes sont acceptables (par exemple, les dispositions en matière de transport, l'assurance, la conception d'équipements secondaires). Elles peuvent aussi indiquer si des offres portant sur une partie seulement de la construction sont recevables. En outre, elles peuvent énoncer les critères généraux sur la base desquels l'acquéreur évaluera les offres (par exemple, l'importance relative qui sera accordée au prix soumissionné et à d'autres facteurs). Enfin, elles peuvent spécifier que l'acquéreur se réserve le droit de ne retenir aucune offre (voir plus loin, par. 43).

21. Les instructions peuvent informer les soumissionnaires de la date ou du moment et du lieu où les offres doivent être remises et préciser en combien d'exemplaires les documents doivent être fournis. Elles peuvent les informer de toute exigence particulière en ce qui concerne la manière dont les offres doivent être présentées. Par exemple, l'acquéreur souhaitera peut-être que les soumissionnaires emploient le système de la "double enveloppe" qui consiste à présenter l'offre dans deux documents. Le premier donne des renseignements techniques détaillés sur l'ouvrage que le soumissionnaire se propose de construire sans en mentionner le prix, lequel est indiqué dans le deuxième document (voir plus loin, par. 35).

22. La ou les langues à utiliser pour remplir les documents peuvent être spécifiées dans les instructions. Celles-ci peuvent aussi préciser comment le prix soumissionné ou, dans le cas d'un contrat en régie, les coûts doivent être

exprimés. Par exemple, elles peuvent spécifier la monnaie dans laquelle les coûts et le prix doivent être exprimés et stipuler que les fractions du prix correspondant à certains aspects de la construction doivent être indiquées à part. L'acquéreur voudra peut-être demander dans les instructions que tous les documents remis avec l'offre soient dactylographiés ou écrits à l'encre indélébile et que toutes les ratures apparaissant dans un document soient authentifiées par la signature ou le paraphe des personnes qui ont signé le document. En outre, il voudra peut-être exiger que toutes les signatures figurant sur les documents soient celles des personnes qui sont habilitées à signer au nom du soumissionnaire et que leurs pouvoirs soient attestés de la manière prescrite par les règles juridiques applicables.

23. Les procédures selon lesquelles les plis contenant les offres doivent être ouverts et le résultat de l'évaluation des offres notifié aux soumissionnaires peuvent être spécifiées dans les instructions, de même que la procédure envisagée pour la passation du contrat (voir plus loin, sect. D). Les instructions peuvent énoncer les conditions fixées par l'acquéreur pour que les entreprises soient admises à soumissionner. Elles peuvent aussi inviter les soumissionnaires qualifiés (voir plus haut, sect. B, 1) à mettre à jour les renseignements fournis dans le questionnaire qu'ils ont rempli auparavant dans le cadre de la procédure de qualification. L'acquéreur voudra peut-être préciser que les coûts afférents à la préparation et à la soumission des offres doivent être pris en charge par les soumissionnaires.

24. Les instructions peuvent spécifier un délai pendant lequel l'offre doit rester valable après la date limite fixée pour la soumission des offres. A cet égard, l'acquéreur voudra peut-être prévoir un délai suffisant pour évaluer les offres, choisir un soumissionnaire et lui notifier qu'il a été choisi, procéder aux discussions éventuellement nécessaires entre l'acquéreur et le soumissionnaire avant la conclusion du contrat, obtenir les visas ou autorisations nécessaires du gouvernement de l'acquéreur ou d'un organisme de prêt et permettre au soumissionnaire retenu de présenter une garantie de bonne exécution. L'acquéreur souhaitera peut-être se réserver le droit de proroger s'il y a lieu la durée de validité de l'offre en notifiant cette prorogation et sa durée à tous les soumissionnaires. Il peut être stipulé dans les instructions que les soumissionnaires qui acceptent cette prorogation doivent proroger d'une durée équivalente la validité de la garantie de soumission qu'ils ont éventuellement fournie et que ceux qui ne l'acceptent pas seront considérés comme ayant retiré leur offre mais ne perdront pas leur garantie de soumission. Les instructions peuvent disposer que les soumissionnaires ne sont pas autorisés à modifier leur offre ou à la retirer une fois qu'elle a été soumise, même en cas de prorogation. Elles peuvent par contre préciser les circonstances dans lesquelles il est possible de modifier ou de retirer les offres.

25. Il se peut que les instructions précisent les modalités selon lesquelles un soumissionnaire éventuel peut inspecter l'emplacement du chantier ou obtenir des précisions au sujet des documents qui lui ont été fournis. Elles peuvent exposer les circonstances dans lesquelles l'acquéreur est éventuellement autorisé à modifier la procédure d'appel d'offres et préciser les droits des soumissionnaires éventuels en cas de modification.

b) *Formule type d'offre*

26. Il peut être stipulé dans la formule type d'offre que l'offre de l'entrepreneur qui soumissionne pour la construction de l'installation doit être conforme aux clauses contractuelles, aux spécifications techniques et aux dessins

fournis par l'acquéreur. En outre, il peut y être précisé que le soumissionnaire accepte d'être lié par toutes les prescriptions, clauses et conditions énoncées dans les instructions à l'intention des soumissionnaires. Il peut aussi être demandé à celui-ci de fournir des précisions sur tous les points pour lesquels il est invité à présenter une offre, notamment sur le prix et les conditions de paiement (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement"), des facteurs tels que le coût prévu du fonctionnement et de l'entretien de l'installation, le calendrier prévu pour l'achèvement des travaux et les services que l'entrepreneur est disposé à fournir après la construction (voir chap. XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction").

c) *Clauses contractuelles*

27. Il est souhaitable que l'acquéreur rédige les clauses contractuelles sur la base desquelles le contrat de construction sera conclu avec le soumissionnaire retenu et les communique aux soumissionnaires potentiels avec les autres documents (voir plus haut, par. 19). S'il ne le fait pas, il lui sera difficile de comparer et d'évaluer les offres, étant donné que chacune d'entre elles pourra être établie sur la base de clauses contractuelles différentes. Dans une large mesure, les clauses contractuelles élaborées par l'acquéreur ne font pas en principe l'objet de négociations entre ce dernier et le soumissionnaire, même si l'acquéreur accepte de discuter certains points de détail, mais le soumissionnaire établira son prix en tenant compte de ces clauses et des coûts, des risques et des obligations qu'elles lui font assumer. La deuxième partie du *Guide* contient des recommandations en ce qui concerne les différentes questions qui pourront être abordées dans ces clauses contractuelles, ainsi que la façon de les traiter.

d) *Garantie de soumission*

28. L'acquéreur voudra peut-être exiger que l'offre d'un soumissionnaire soit accompagnée d'une garantie de soumission d'un montant donné. Une telle garantie peut être exigée par la loi applicable. Il peut être stipulé dans la garantie que le montant de cette dernière est dû à l'acquéreur sans que celui-ci ait à prouver qu'il a subi un préjudice si, pendant la durée de validité de la garantie, le soumissionnaire retire son offre avant que l'acquéreur n'ait choisi un soumissionnaire en vue de passer un contrat avec ce dernier ou si, son offre ayant été acceptée, il refuse de conclure avec l'acquéreur un contrat de construction conforme à son offre ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution exigée. Il faudrait préciser dans la garantie si celle-ci est payable à vue ou si l'acquéreur doit apporter la preuve de la responsabilité du soumissionnaire avant de pouvoir en obtenir le paiement.

29. L'acquéreur pourra fixer le montant de la garantie de soumission à un niveau qu'il aura jugé suffisant pour dissuader le soumissionnaire soit de retirer son offre, soit de refuser de conclure un contrat de construction conforme à son offre ou de fournir la garantie de bonne exécution requise, ainsi que pour se dédommager raisonnablement du préjudice qu'il pourrait subir du fait de ce retrait ou de ce refus. Par exemple, l'acquéreur souhaitera peut-être se faire dédommager des frais qu'il devra engager si une nouvelle procédure d'appel d'offres est nécessaire, de la différence entre le prix demandé par le soumissionnaire défaillant et le prix souvent plus élevé demandé par le nouveau

soumissionaire choisi par l'acquéreur dans le cadre de la même procédure d'appel d'offres ou d'une nouvelle procédure, ainsi que du préjudice subi au cas où l'organisation d'une nouvelle procédure d'appel d'offres retarderait le commencement des travaux. Le montant de la garantie de soumission peut être une somme donnée ou correspondre à un pourcentage du prix soumissionné.

30. L'acquéreur peut exiger que la garantie de soumission reste valable pendant un délai spécifié après la date jusqu'à laquelle l'offre doit rester en vigueur (voir plus haut, par. 24), afin de permettre à l'acquéreur d'intenter une action contre le garant. L'acquéreur peut exiger du soumissionnaire qui est choisi comme entrepreneur ou avec lequel un contrat est passé de proroger la validité de la garantie de soumission jusqu'à ce que la garantie de bonne exécution requise soit produite. Il peut exiger que cette garantie soit d'un type particulier et qu'elle soit payable dans une monnaie donnée. Cette garantie peut se présenter notamment sous la forme d'une lettre de crédit stand-by, d'une garantie bancaire ou d'une garantie émanant d'une compagnie d'assurance ou d'une société de cautionnement. L'acquéreur voudra peut-être indiquer les institutions qu'il juge aptes à délivrer une telle garantie (voir aussi chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 14 à 16). Afin de s'assurer que la garantie de soumission présentée est acceptable, l'acquéreur voudra peut-être fournir aux soumissionnaires éventuels une formule type de garantie de soumission.

4. *Ouverture des soumissions et choix de l'entrepreneur*

a) *Ouverture des soumissions*

31. L'acquéreur devra vérifier si, pour l'ouverture des soumissions, il doit suivre des procédures particulières imposées par des règles impératives de la loi applicable ou par un organisme international qui finance le projet. Par exemple, les lois ou les règlements en vigueur dans le pays de l'acquéreur ou les organismes internationaux de financement exigent souvent que les soumissions soient ouvertes en présence des soumissionnaires ou de leurs représentants. Si l'acquéreur le souhaite, même des personnes qui n'ont pas soumissionné peuvent être autorisées à assister à l'ouverture publique des soumissions (voir plus loin, par. 35).

32. Certaines circonstances exceptionnelles peuvent justifier que les soumissions soient ouvertes en privé, sans que les soumissionnaires soient présents, par exemple lorsqu'il s'agit de construire une installation touchant à la sécurité nationale, mais, comme cette procédure peut donner lieu à des abus, un grand nombre d'organismes de financement ne l'autorisent pas. Toutefois, lorsque les soumissions doivent être ouvertes en privé, il est possible, pour renforcer la confiance qu'inspire la procédure d'ouverture des soumissions, de demander à des personnes dont l'intégrité est reconnue (vérificateurs des comptes ou hauts fonctionnaires, par exemple) d'y participer.

b) *Evaluation des offres*

33. L'évaluation a pour objet de comparer les offres soumises à l'acquéreur en vue de déterminer celle qui répond le mieux à ses besoins, eu égard à tous les facteurs pertinents. Les critères d'évaluation peuvent être régis par des règles impératives de la loi applicable ou par les règles d'un organisme qui finance le

projet. Contrairement à l'ouverture des soumissions, l'évaluation des offres ne se fait généralement pas en présence des soumissionnaires. Il n'est pas nécessaire que l'ouverture des soumissions et l'évaluation des offres soient effectuées par les mêmes personnes.

34. Pour évaluer les offres, l'acquéreur devra comparer les conditions qui y sont énoncées avec celles qu'il a fixées et déterminer dans quelle mesure elles coïncident. Le prix soumissionné ne doit pas nécessairement être le principal critère de choix. Par exemple, l'acquéreur doit s'assurer que, s'il choisit tel ou tel soumissionnaire, celui-ci sera en mesure de s'acquitter de toutes ses obligations dans un délai donné. Pendant l'évaluation, l'acquéreur peut demander à un soumissionnaire de fournir toutes les précisions nécessaires pour évaluer son offre.

35. Lorsque le système de la "double enveloppe" est utilisé (voir plus haut, par. 21), on ouvre d'abord les plis contenant les propositions techniques, souvent en privé, sans que les soumissionnaires ou leurs représentants soient présents, puis on compare et on évalue ces propositions afin de déterminer si elles sont conformes aux besoins de l'acquéreur. Ensuite les plis contenant les prix demandés par les soumissionnaires dont les propositions techniques répondent aux besoins de l'acquéreur sont ouverts en présence des soumissionnaires ou de leurs représentants, ou en public, et les offres font, dans leur intégralité, l'objet d'une évaluation plus approfondie. Cette procédure peut permettre une évaluation plus objective des propositions techniques, car, comme le prix soumissionné n'entre pas en considération, celles-ci sont jugées sur leur valeur intrinsèque. En revanche, ce système présente un inconvénient : toute offre qui s'écarte des conditions techniques énoncées par l'acquéreur, mais qui permettrait de réaliser des économies appréciables, tout en étant acceptable par ailleurs, sera rejetée avant que le pli contenant le prix soumissionné ne soit ouvert. Par suite, il se peut que ce système ne convienne pas lorsque les exigences techniques de l'acquéreur ne sont pas rigides.

36. L'évaluation des offres peut se faire en plusieurs étapes : sélection préliminaire, évaluation approfondie des offres et négociation avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable.

i) *Sélection préliminaire*

37. On peut procéder à une sélection préliminaire pour vérifier si l'offre proprement dite et les documents qui l'accompagnent sont conformes aux conditions fixées par l'acquéreur. On peut notamment vérifier les points suivants :

a) Tous les documents demandés, y compris les formules types éventuellement fournies, ont-ils été remis dûment remplis ?

b) Le soumissionnaire satisfait-il aux conditions d'admission, par exemple, figure-t-il sur la liste des entrepreneurs qualifiés (si une procédure de qualification a eu lieu) et satisfait-il aux conditions éventuellement fixées par un organisme de financement ?

c) L'offre est-elle en substance conforme aux clauses contractuelles et aux conditions techniques énoncées dans l'avis d'appel d'offres et dans les instructions à l'intention des soumissionnaires ?

d) L'offre a-t-elle été signée par un représentant habilité du soumissionnaire ?

38. On peut aussi, au stade de la sélection, vérifier que les documents ne comportent pas d'erreurs arithmétiques ou matérielles et se mettre en rapport avec les soumissionnaires dont les offres semblent présenter de telles erreurs afin de leur donner la possibilité de les rectifier. Le processus de sélection permet parfois à l'acquéreur de classer les offres en plusieurs catégories. Il se peut que certaines d'entre elles s'écartent beaucoup des conditions fixées par l'acquéreur et qu'il ne soit pas nécessaire de les examiner plus avant. D'autres peuvent apparemment s'en écarter par inadvertance (par exemple, omission de certains documents). En pareil cas, l'acquéreur peut se mettre en rapport avec le soumissionnaire pour lui demander s'il souhaite rectifier sa soumission. D'autres encore peuvent présenter des différences mineures ou offrir d'autres solutions que l'acquéreur est disposé à prendre en considération, mais qui doivent être évaluées et quantifiées au stade de l'évaluation approfondie des offres. Certaines offres peuvent aussi contenir des réserves en ce qui concerne des clauses contractuelles particulières proposées par l'acquéreur. Il se peut que l'acquéreur accepte certaines d'entre elles, mais veuille négocier avec le soumissionnaire au sujet de certaines autres (voir plus loin, par. 40). Toutes les réserves ou restrictions éventuellement acceptées par l'acquéreur devront être évaluées et quantifiées lors de l'évaluation des offres.

ii) *Evaluation approfondie*

39. En principe, les critères généraux sur la base desquels il sera procédé à l'évaluation approfondie et à la comparaison des offres auront été énoncés dans les instructions à l'intention des soumissionnaires. Comme on l'a déjà indiqué, l'offre dont le prix est le plus bas n'est pas nécessairement la plus acceptable (voir plus haut, par. 34). L'acquéreur peut aussi prendre en considération d'autres obligations contractuelles pour lesquelles il a sollicité des offres (voir plus haut, par. 27), ainsi que les chances de voir le soumissionnaire s'acquitter de ses obligations (compte tenu, par exemple, de sa situation financière, de ses antécédents et de ses autres engagements contractuels). Selon la nature du contrat, on peut faire intervenir d'autres critères dans l'évaluation des offres (par exemple, l'importance du transfert de techniques dont bénéficiera l'acquéreur, le type de personnel qualifié que le soumissionnaire affectera à l'exécution du contrat, la nature de la formation qu'il est envisagé de dispenser au personnel de l'acquéreur et la mesure dans laquelle il sera fait appel à des sous-traitants). Pour déterminer quelle est l'offre la plus acceptable, il faut, lors de l'évaluation approfondie, évaluer toutes les modifications, restrictions ou variantes (voir plus haut, par. 38) proposées par chaque soumissionnaire en fonction de leurs coûts et avantages directs et indirects pour l'acquéreur.

iii) *Discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable*

40. L'acquéreur peut entamer des discussions avec le soumissionnaire jugé le plus acceptable afin d'examiner les divergences éventuelles entre son offre et la conception ou les spécifications de l'acquéreur, ou les variantes proposées aux clauses contractuelles jointes à l'avis d'appel d'offres (voir plus haut, par. 38). Les parties peuvent s'efforcer, dans le cadre de ces discussions, d'harmoniser les conditions énoncées par l'acquéreur et celles qui sont proposées par le soumissionnaire. Il se peut que certaines règles impératives de la loi applicable ou d'un organisme qui finance la construction n'autorisent que des modifications, des restrictions ou des variantes portant sur des points d'importance

secondaire une fois que la soumission a été reçue ou ouverte par l'acquéreur. En pareil cas, les discussions entre l'acquéreur et le soumissionnaire ne porteront que sur ces points secondaires. En revanche, lorsque la législation du pays de l'acquéreur et les règles de l'organisme de prêt compétent le permettent, ces discussions peuvent avoir une portée plus vaste (voir aussi plus loin, par. 47).

c) *Examen de postqualification et choix du soumissionnaire*

41. L'acquéreur doit s'être assuré que le soumissionnaire jugé le plus acceptable est capable d'exécuter le contrat. Si une procédure de qualification a été organisée, ou si le soumissionnaire a rempli un questionnaire concernant ses qualifications, l'acquéreur peut simplement s'assurer qu'entre la procédure de qualification, ou la date à laquelle le questionnaire a été rempli par le soumissionnaire, et la date à laquelle il a décidé de choisir ce dernier, son aptitude à exécuter le contrat ne s'est pas dégradée. S'il n'a pas eu recours à l'une de ces procédures, l'acquéreur voudra peut-être demander au soumissionnaire de remplir un questionnaire tel que celui qui est décrit à propos de la procédure de qualification (voir plus haut, par. 13).

42. Après s'être assuré que le soumissionnaire jugé le plus acceptable est en mesure d'exécuter le contrat, l'acquéreur doit notifier à celui-ci qu'il a été choisi. L'acceptation écrite de l'offre par l'acquéreur peut suffire à elle seule à transformer cette offre en un contrat en bonne et due forme. En général, toutefois, les conditions énoncées dans l'offre sont incorporées dans un contrat en bonne et due forme qui est détaillé et signé par les parties. Il incombe aux parties, ou à l'une d'elles, d'incorporer dans le contrat toutes les conditions énoncées dans l'offre et toutes les modifications ou additions dont elles ont pu convenir lors de leurs discussions (en ce qui concerne la rédaction du contrat, voir le chapitre IV, "La rédaction : observations générales"). Une fois que le soumissionnaire retenu a signé le contrat et fourni la garantie de bonne exécution exigée, l'acquéreur peut retourner leurs garanties de soumission aux soumissionnaires qui n'ont pas été retenus, sauf si celles-ci ne sont plus valables (voir plus haut, par. 30; voir aussi chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 37).

d) *Rejet de toutes les offres*

43. Si les lois ou les règlements applicables le lui permettent, l'acquéreur peut écarter toutes les offres qu'il a reçues. Toutefois, il se peut que certains organismes internationaux de financement obligent les acquéreurs auxquels ils consentent des prêts à observer des directives qui restreignent leur droit d'écarter toutes les offres. En outre, en vertu de certaines règles impératives de la loi applicable, l'acquéreur peut être tenu d'accepter une offre qui répond à certaines conditions.

C. Négociation

44. Cette formule consiste pour l'acquéreur à se mettre en rapport avec une ou plusieurs entreprises qu'il juge capables de construire l'installation et à entamer des négociations avec elles en vue de conclure un contrat avec celle qui offre les meilleures conditions. Il n'est pas nécessaire que ces négociations soient soumises à certaines formalités. Néanmoins, il peut être souhaitable que

les parties se mettent d'accord sur certaines règles de base. Par exemple, elles souhaiteront peut-être convenir au préalable, lorsqu'il n'existe pas d'obligation générale de confidentialité, que certains types de renseignements (par exemple, en ce qui concerne les procédés techniques) fournis par une partie au cours des négociations doivent être considérés comme confidentiels par l'autre partie. En outre, elles voudront peut-être stipuler qu'elles ne seront liées par aucune obligation contractuelle tant qu'elles n'auront pas passé un contrat écrit (voir plus loin, par. 49).

45. Il est souhaitable que l'acquéreur fournisse à l'entreprise ou aux entreprises, avec lesquelles il a entamé des négociations, des documents qui décrivent la nature des travaux de construction à effectuer et les principales caractéristiques techniques de l'installation requise et qui présentent les clauses contractuelles proposées par l'acquéreur. Ces documents peuvent servir de base aux négociations entre les parties et contribuer à leur bon déroulement. Il peut être utile d'établir au sujet de ces négociations des procès-verbaux qui pourront être authentifiés au nom de chaque partie.

46. Lorsque l'acquéreur négocie avec une seule entreprise, il voudra peut-être demander à celle-ci de détailler le prix proposé dans son offre de manière à pouvoir comparer les prix des différents éléments et services avec ceux qui, à sa connaissance, ont été acquittés pour des éléments ou des services similaires. Etant donné qu'il n'y a pas de concurrence lorsque l'acquéreur négocie avec une entreprise unique, seule une telle comparaison lui permettra de déterminer si le prix demandé par celle-ci est raisonnable.

47. Dans certaines circonstances (voir plus haut, par. 4), l'acquéreur peut combiner la méthode de l'appel d'offres avec la méthode de la négociation. Par exemple, il peut inviter des entreprises à soumissionner et, une fois qu'il a reçu leurs soumissions, entamer des négociations avec les soumissionnaires qu'il juge les plus acceptables. Toutefois, l'acquéreur ne voudra peut-être pas, pour diverses raisons, recourir à une telle méthode, même s'il est libre de le faire. Il se peut, par exemple, que les soumissionnaires soient incités à demander un prix plus élevé, sachant qu'ils pourront toujours revenir, au cours des négociations, au prix qu'ils auraient demandé dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres normale.

D. Conclusion du contrat

48. Lors de la rédaction et de la conclusion du contrat, les parties devraient tenir compte des règles juridiques applicables régissant la formation du contrat et sa validité. Certaines de ces règles peuvent être impératives.

1. *Forme du contrat*

49. Quelle que soit la formule employée pour la conclusion du contrat, il se peut que la loi régissant la formation du contrat exige que celui-ci soit en forme écrite. Même si cela n'est pas exigé, il est souhaitable que les parties consignent par écrit ce dont elles sont convenues afin d'éviter tout litige quant à la nature des conditions effectivement convenues. Il est également souhaitable de stipuler dans le contrat que celui-ci ne peut être modifié ou résilié que par une convention écrite. On trouvera des recommandations pour la rédaction du contrat dans le chapitre IV, "La rédaction : observations générales".

2. *Validité et entrée en vigueur du contrat*

50. Dans certains cas, les parties voudront peut-être stipuler que les obligations contractuelles qui les lient prendront effet à compter de la date de la conclusion du contrat. Dans d'autres cas, toutefois, elles voudront peut-être stipuler que le contrat entrera en vigueur à une date postérieure à la date de sa conclusion. Par exemple, elles pourront convenir que ces obligations contractuelles ne prendront effet qu'à compter de la date à laquelle une condition suspensive spécifiée aura été remplie (par exemple, la date à laquelle l'une des parties aura obtenu une licence requise).

Notes du chapitre III

[1]*Avis d'ouverture d'une procédure de qualification donné à titre d'exemple*

"L'acquéreur est [ ] dont l'établissement principal se trouve à [ ] et dont les activités consistent à [ ]. L'acquéreur se propose de construire une installation pour la fabrication de [ ]. L'installation à construire devra avoir les caractéristiques ci-après : [description technique de l'installation]. L'acquéreur a l'intention de passer un contrat avec un entrepreneur qui lui fournira les techniques, les équipements, les matériaux, les services de génie civil et les différents services de construction [indiquer les conditions énoncées par l'acquéreur pour la construction de l'installation] nécessaires pour réaliser l'installation susmentionnée. L'installation devra être achevée pour le [date] ou dans les [ ] jours suivant la clôture de la procédure d'appel d'offres. La date prévue pour la signature du contrat est le [ ].

"Les offres de fourniture des techniques, des équipements, des matériaux, des services de génie civil et des différentes prestations liées à la construction qui sont mentionnées ci-dessus ne seront prises en considération que si elles sont présentées par des parties jugées aptes à soumissionner sur la base de leurs réponses au questionnaire de qualification établi pour les besoins du projet.

"Des exemplaires de ce questionnaire peuvent être obtenus auprès de [ ]. Les questionnaires remplis doivent être remis à l'acquéreur, à l'adresse indiquée plus haut, le [date] au plus tard."

[2]*Exemple de questionnaire à remettre aux entreprises qui demandent à être qualifiées*

"L'acquéreur invite les entreprises qui souhaitent être qualifiées pour soumissionner pour la construction de l'installation décrite dans l'avis d'ouverture de la procédure de qualification à lui fournir les renseignements indiqués ci-après. Sur la base de ces renseignements, l'acquéreur choisira les entreprises aptes à soumissionner pour la construction.

"Les renseignements demandés sont les suivants :

"1. Description de l'entreprise qui demande à être qualifiée, et notamment détails sur sa structure et son organisation et sur son expérience en tant qu'entrepreneur;

"2. Etat financier attesté par une personne indépendante qualifiée qui indique l'actif et le passif de l'entreprise et sa trésorerie;

"3. Références bancaires;

"4. Précisions sur l'effectif, les catégories et, le cas échéant, le nom et le *curriculum vitae* du personnel de direction et de supervision que l'entreprise se propose d'affecter à la construction de l'installation et sur l'expérience de ce personnel en matière de construction d'installations industrielles;

"5. Provenance et nature des principaux équipements et des matériaux que l'entreprise envisage d'utiliser pour la construction, nom des principaux sous-traitants auxquels elle envisage de faire appel et aspects de la construction qui leur seront confiés;

"6. Liste des projets comparables tant du point de vue de leurs dimensions que de leur complexité que l'entreprise a exécutés au cours des cinq années précédentes; identité des acquéreurs et des ingénieurs-conseils pour ces projets; prix contractuel final et coût final de chacun de ces projets; si le prix contractuel final d'un projet a été plus élevé que le prix initial, indiquer pourquoi; indiquer si chaque projet a été exécuté de façon satisfaisante; renseignements analogues sur la qualité des prestations antérieures des principaux sous-traitants auxquels il est envisagé de faire appel;

"7. Renseignements sur les cas éventuels où l'entreprise n'a pas achevé l'exécution des travaux prévus par un contrat de construction auquel elle était partie;

"8. Engagements actuels ou prévus de l'entreprise dans le cadre d'autres projets;

"9. Nature et montant de l'assurance souscrite par l'entreprise;

"10. Nom et adresse de la société qui a cautionné l'entreprise au cours des cinq dernières années et, s'il est différent, nom de la société de cautionnement par laquelle l'entreprise a l'intention de se faire cautionner à l'avenir;

"11. Activités autres que le bâtiment et les travaux publics dans lesquelles l'entreprise a un intérêt financier;

"12. Autres renseignements que l'entreprise juge utiles pour convaincre l'acquéreur de lui confier la construction de l'installation."

[3]*Avis d'appel d'offres donné à titre d'exemple*

"L'acquéreur est [ ] dont l'établissement principal se trouve à [ ] et dont les activités consistent à [ ]. L'acquéreur se propose de construire une installation pour la fabrication de [ ]. L'installation à construire devra avoir les caractéristiques ci-après : [description technique de l'installation]. L'acquéreur a l'intention de passer un contrat avec un entrepreneur qui lui fournira les techniques, les équipements, les matériaux, les services de génie civil et les prestations liées à la construction [indiquer les conditions énoncées par l'acquéreur pour la construction de l'installation] nécessaires pour réaliser l'installation susmentionnée.

"Toute entreprise désireuse de soumissionner pour la fourniture de la totalité ou d'une partie des techniques, des équipements, des matériaux, des services de génie civil et des différentes prestations liées à la construction doit remplir les documents pertinents, lesquels peuvent être obtenus auprès de [ ], et les remettre sous enveloppe cachetée. Les frais de fourniture de ces documents sont de [ ]. Les documents doivent être remis à l'acquéreur, à l'adresse susmentionnée, avant [date et heure].

"Une garantie de soumission d'un montant de [ ] est exigée. Une preuve de cette garantie doit être remise avec les pièces du marché remplies.

"Le projet est financé par [ ]. Aussi le soumissionnaire doit-il satisfaire aux critères d'admissibilité imposés par cet organisme de financement pour que son offre puisse être retenue".

[4]Le *Forum du développement* est publié par la Division de l'information économique et sociale du Département de l'information de l'ONU et par l'Université des Nations Unies.

Deuxième partie

Chapitre IV. La rédaction : observations générales

RÉSUMÉ

Il se peut que chaque partie juge souhaitable d'établir pour elle-même une procédure définissant les mesures à prendre durant la négociation et la rédaction des contrats de construction. Lorsque des procédures pour les soumissions sont adoptées avant la conclusion du contrat, il est nécessaire que l'acquéreur établisse un avant-projet à présenter aux soumissionnaires éventuels en même temps que l'appel d'offres. Si le contrat est conclu à partir de négociations, un avant-projet peut être établi par l'une des parties à l'issue des négociations sur les principales questions d'ordre technique et commercial. Il se peut que chaque partie juge utile de désigner une personne chargée de superviser l'élaboration des pièces du contrat (par. 1 à 3).

En établissant le contrat, les parties devraient prendre en considération la loi applicable au contrat. Elles devraient aussi tenir compte des différents types de règles juridiques impératives d'ordre administratif, fiscal ou public à tout autre titre en vigueur dans le pays de chaque partie (par. 4 et 5). Les parties pourraient juger utile d'examiner les formules types de contrat, les cahiers des charges qui y ont trait, les clauses types, ou des contrats conclus antérieurement, pour s'en servir afin de faciliter la rédaction, mais les dispositions en question ne devraient pas être adoptées sans avoir fait l'objet d'un examen critique (par. 6).

Il se peut que le contrat soit rédigé en une seule langue ou dans les deux langues des parties si elles sont différentes. Si le contrat est établi en deux langues, il est recommandé de préciser quelle langue prévaudra en cas de divergence entre les deux textes. Si les parties stipulent que les deux versions seront traitées sur un pied d'égalité, elles devraient s'efforcer de donner des directives pour le règlement des litiges issus d'une divergence entre les textes (par. 7 et 8).

Il se peut que les parties souhaitent se définir dans un document qui serait désigné comme étant la première pièce dans l'ordre logique des pièces constituant le contrat et comme jouant le rôle de pièce maîtresse. Un tel document devrait indiquer le nom des parties, leur adresse et l'objet du contrat et consigner la date et le lieu de la signature du contrat. Les contrats de construction étant généralement conclus entre des personnes morales, les parties souhaiteront peut-être, avant de conclure le contrat, examiner des questions comme la capacité de la personne morale intéressée de conclure ledit contrat et les pouvoirs d'un agent de cette personne morale à l'engager (par. 9 et 10).

Le contrat devrait être consigné par écrit. Il peut en outre être souhaitable que les pièces le constituant soient clairement identifiées comme telles et que des règles soient stipulées pour résoudre les incompatibilités entre les pièces du contrat (par. 11 et 12). Les parties souhaiteront peut-être fixer dans quelle mesure les échanges de vues oraux et les échanges de correspondance auxquels ont donné lieu les négociations et les projets de pièces établis durant ces négociations peuvent servir à interpréter les pièces du contrat (par. 13).

Les parties peuvent souhaiter stipuler que les rubriques et les notes marginales, qui ont été employées dans le contrat pour en faciliter la lecture, ne doivent pas être considérées comme influant sur les droits et obligations des parties. Si les parties le jugent souhaitable, des exposés peuvent être incorporés à la pièce maîtresse du contrat pour définir l'objet du contrat ou le cadre dans lequel il a été passé (par. 14 et 15).

Des notifications de l'une des parties à l'autre aux fins de l'informer de certains faits ou circonstances sont souvent requises dans les contrats de construction. Il est souhaitable de stipuler que toutes les notifications doivent être faites par écrit. Les parties peuvent spécifier le moment auquel une notification prend effet, que ce soit lors de l'expédition par la partie qui fait cette notification, ou lors de la remise à la partie à qui la notification est adressée (par. 18 à 21). Il se peut que les parties souhaitent préciser dans leur contrat les conséquences juridiques du défaut de notification (par. 22).

Les parties jugeront peut-être utile de définir certains termes ou concepts clefs employés dans leur contrat. Une définition applicable dans l'ensemble du contrat pourrait figurer dans la pièce maîtresse du contrat. Lorsqu'elles formuleront les définitions intéressant leur contrat, les parties trouveront peut-être utile d'examiner les définitions données dans le présent chapitre ainsi que les descriptions de concepts figurant dans d'autres chapitres du *Guide* (par. 23 à 26).

A. Remarques générales

1. Un contrat de construction est habituellement le résultat d'échanges approfondis entre les parties, comprenant aussi bien des communications orales que des échanges de correspondance (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat"). Chaque partie pourrait juger souhaitable d'établir pour elle-même une procédure définissant les mesures à prendre durant la négociation et la rédaction du contrat. Une telle procédure, éventuellement inspirée des suggestions énoncées dans le présent chapitre, pourrait servir de moyen de contrôle afin de réduire le risque d'omissions ou d'erreurs dans les étapes précédant la passation du contrat. L'acquéreur souhaitera peut-être aussi envisager de recourir à des conseillers juridiques ou techniques qui l'aideraient à rédiger le contrat.

2. Lorsque les procédures sont adoptées pour les soumissions, il est nécessaire que l'acquéreur établisse un avant-projet à remettre aux éventuels soumissionnaires car ceux-ci auront besoin de connaître les conditions qu'ils devront remplir en présentant leurs soumissions. L'établissement d'un avant-projet pourrait permettre à l'acquéreur de préciser ses objectifs et d'arrêter sa position dans les négociations. Cependant, si le contrat doit être passé sur la base de négociations sans recours à des procédures de soumission, il pourrait être préférable que des négociations sur les principales questions d'ordre technique et commercial précèdent l'établissement de l'avant-projet, et que les parties conviennent ensuite que l'une d'elles présentera un avant-projet reflétant l'accord résultant de ces négociations. Après examen, révision et mise au point de l'avant-projet, il pourrait être établi une première série de pièces du contrat qui, à l'issue d'un examen final, deviendraient le contrat entre les parties.

3. Il se peut que le contrat doive être géré par des personnes qui n'ont pas participé aux négociations ayant abouti au contrat, et longtemps après ces

négociations. En conséquence, les parties souhaiteront peut-être veiller tout particulièrement à ce que les termes employés dans le contrat, pour autant qu'il s'agisse de la rédaction elle-même, soient dénués de toute ambiguïté et ne donnent pas lieu à des divergences et veiller aussi à ce que le rapport entre les diverses pièces composant le contrat soit nettement établi. A cette fin, chaque partie jugera peut-être utile de désigner une personne, soit parmi son personnel, soit en l'engageant spécialement à cette fin, qui sera chargée avant tout de superviser l'établissement des pièces du contrat. Il conviendrait que cette personne soit un rédacteur compétent pleinement au courant des contrats internationaux de construction. Dans la mesure du possible, il serait bon que cette personne soit présente lors des négociations importantes. Chaque partie jugera peut-être utile que les pièces définitives concernant le contrat soient examinées par une équipe ayant toutes les connaissances voulues dans les secteurs sur lesquels portent les pièces, en vue d'assurer l'exactitude et la cohérence sur le plan tant de la forme que du fond.

4. La loi applicable au contrat peut avoir diverses répercussions sur celui-ci (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 1). Par exemple, elle peut contenir des règles sur l'interprétation des contrats et des présomptions quant au sens à donner à certains termes ou membres de phrases. Elle peut aussi renfermer, concernant la forme ou la validité des contrats, des règles impératives dont il est bon de tenir compte lors de la rédaction du contrat. Dans certaines circonstances, il se peut que la loi applicable renferme des règles non impératives intéressant le contrat à certains égards, par exemple la qualité des biens et services à fournir. Une formule possible serait que la loi applicable soit déterminée tout au début des relations entre les parties. De cette manière, si des procédures sont adoptées pour les soumissions, la loi applicable peut être énoncée dans l'appel d'offres, et s'il n'est pas adopté de telles procédures, les parties peuvent convenir de cette loi au commencement des négociations. Le contrat peut alors être négocié et rédigé compte tenu de cette loi. Selon une autre formule, les parties ne déterminent la loi applicable qu'après avoir mené des négociations sur les principales questions d'ordre technique et commercial et être parvenues à un certain degré d'accord (voir plus haut, par. 2). Elles peuvent ensuite revoir l'avant-projet de contrat, qui reflète cet accord, eu égard à la loi applicable afin de s'assurer que les dispositions du projet en tiennent compte.

5. Au moment de rédiger le contrat, les parties devraient prendre en considération, en plus de la loi applicable au contrat, les différents types de règles juridiques impératives pertinentes de nature administrative ou fiscale ou de tout autre caractère public existant dans le pays de chaque partie. Elles devraient également prendre en considération les règles juridiques impératives d'autres pays lorsque ces règles intéressent l'exécution du contrat. Il se peut que certaines règles concernent les aspects techniques des travaux ou la façon dont ils doivent être exécutés (règles concernant la protection de l'environnement ou normes de sécurité à observer pendant les travaux de construction, par exemple), et les clauses du contrat ne doivent pas être incompatibles avec ces règles. Il se peut que d'autres règles concernent les restrictions à l'exportation ou à l'importation ou le contrôle des changes et qu'elles soient prises en considération lors de la formulation des droits et obligations des parties en rapport avec l'exportation et l'importation de matériel et de matériaux, la fourniture de services et le règlement des factures (par exemple, le contrat peut prévoir que certains droits et obligations existeront seulement après octroi de

licences d'exportation ou d'importation). Il se peut que des règles juridiques dans le pays du fournisseur des techniques — entrepreneur ou tierce personne — fixent les conditions des transferts de techniques. Des règles juridiques concernant la fiscalité peuvent influer sur la formule contractuelle à choisir (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 3, et chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 5) et peuvent déterminer quelles sont les clauses à faire figurer dans le contrat pour ce qui est de l'assujettissement à l'impôt. De plus, les parties souhaiteront peut-être prendre en considération les conventions tendant à éviter la double imposition que les pays dont elles relèvent peuvent avoir conclues entre eux.

6. Les parties jugeront peut-être utile d'examiner les formules types de contrat, les cahiers des charges qui y ont trait, les clauses types, ou des contrats conclus antérieurement, afin de s'en inspirer pour l'établissement des pièces du contrat. Ces textes pourraient les aider à préciser les points à traiter dans leurs négociations. Il n'est cependant pas judicieux d'en adopter les dispositions sans examen critique. Il se peut que ces dispositions, dans leur ensemble, reflètent un équilibre d'intérêts non souhaité, ou que les diverses clauses des formules, cahiers des charges ou contrats examinés ne reflètent pas fidèlement les conditions dont sont convenues les parties. Celles-ci estimeront peut-être judicieux de comparer les méthodes adoptées dans les formules, cahiers des charges ou contrats qu'elles auront examinés avec celles que recommande le *Guide*, et de se référer aux clauses données à titre d'exemple dans les divers chapitres du *Guide* pour s'en inspirer aux fins de la rédaction du contrat (voir aussi "Introduction", par. 16 et 17).

B. Langue dans laquelle le contrat est établi

7. Il se peut que le contrat soit établi dans une seule langue (qui n'est pas nécessairement celle de l'une des parties) ou dans les deux langues des parties si elles sont différentes. L'établissement du contrat dans une seule langue réduira les divergences possibles d'interprétation quant aux clauses contractuelles. En revanche, chaque partie saisira peut-être plus facilement quels sont ses droits et obligations s'il existe une version du contrat dans sa langue. S'il est prévu d'utiliser seulement une langue, les parties souhaiteront peut-être la déterminer en tenant compte des aspects suivants : il serait bon que la langue retenue soit comprise par les cadres supérieurs de chaque partie qui seront chargés d'exécuter le contrat, qu'elle renferme les termes techniques nécessaires pour refléter l'accord des parties sur des questions d'ordre technique et que le contrat soit rédigé dans une langue couramment employée dans les transactions commerciales internationales, et le règlement des litiges serait facilité si, au cas où le contrat contiendrait une clause de juridiction (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 51), la langue retenue était celle qu'emploie le tribunal choisi, et si, en l'absence d'une telle clause dans le contrat, la langue retenue était l'une de celles du pays dont la loi est applicable.

8. Si les parties n'établissent pas le contrat dans une seule langue, il est judicieux de préciser dans le contrat quelle langue prévaudra en cas de divergence entre les deux textes. Par exemple, si les négociations ont été menées dans l'une des langues, les parties souhaiteront peut-être stipuler que c'est le texte établi dans la langue ayant servi aux négociations qui prévaudra. L'existence d'une clause indiquant qu'une des langues prévaudra inciterait les

deux parties à clarifier dans toute la mesure possible le texte établi dans cette langue. Il se peut que les parties souhaitent que l'une des langues prévale pour certaines pièces du contrat (les pièces techniques, par exemple) et une autre, pour le reste des pièces. Inversement, les parties peuvent stipuler que les textes établis dans les deux langues seront traités sur un pied d'égalité. En pareil cas, toutefois, les parties devraient s'efforcer de donner des directives pour le règlement des litiges découlant de divergences entre les textes établis dans les deux langues. Par exemple, les parties pourraient stipuler que le contrat sera interprété selon l'entendement d'une personne raisonnable, compte dûment tenu de tous les éléments pertinents, y compris les pratiques établies entre les parties et les usages normalement suivis dans les contrats internationaux de construction. Les parties souhaiteront peut-être aussi stipuler que si une disposition du contrat n'était pas claire dans une langue, on pourrait se référer à la disposition correspondante dans l'autre version pour pallier ce manque de clarté.

C. Parties au contrat et exécution du contrat

9. Lorsque le contrat comporte plusieurs pièces, les parties souhaiteront peut-être se définir dans une pièce principale venant en premier dans l'ordre logique des pièces du contrat et jouant le rôle de pièce maîtresse à l'égard des autres. Si le contrat comporte seulement quelques pièces et si les rapports entre elles sont clairs, ce rôle de pièce maîtresse peut être réduit. La pièce maîtresse devrait énoncer, sous une forme juridiquement exacte, le nom des parties, indiquer leur adresse, consigner le fait que les parties ont passé un contrat, exposer brièvement l'objet du contrat et être signée par les deux parties. Elle devrait aussi consigner la date et le lieu auxquels le contrat a été signé, ainsi que la date prévue pour son entrée en vigueur. Toute mention ultérieure des parties dans le contrat se trouverait facilitée si l'on ajoutait, après le nom de l'acquéreur et le nom de l'entrepreneur, les membres de phrase "ci-après appelé l'acquéreur" et "ci-après appelé l'entrepreneur", respectivement. Les travaux de construction sont parfois effectués par deux ou plusieurs entreprises agissant de concert (et constituant ce que l'on appelle parfois un consortium : voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). En pareil cas, le contrat pourrait consigner le nom et l'adresse de chaque entreprise. Il se peut qu'une partie ait plusieurs adresses (l'adresse de son siège et l'adresse d'une succursale par l'intermédiaire de laquelle le contrat a été négocié, par exemple) et il est préférable en pareil cas de spécifier dans le document l'adresse à laquelle les notifications destinées à l'une des parties peuvent être expédiées.

10. Les parties au contrat de construction sont d'ordinaire des personnes morales. En pareil cas, le contrat pourrait indiquer d'où les personnes morales tirent leur statut juridique (par exemple, de la loi de tel ou tel pays). Il peut arriver que la capacité des personnes morales de passer des contrats soit limitée. Une partie souhaitera peut-être, à moins d'être certaine de la capacité de l'autre partie à passer le contrat, demander à l'autre partie de fournir la preuve de cette capacité. Si une partie au contrat est une personne morale, l'autre partie souhaitera peut-être avoir la preuve que l'agent de cette personne morale qui signe le contrat a qualité pour engager ladite personne morale. Si le contrat est conclu par un agent au nom d'un mandant, le nom, l'adresse et le statut de l'agent et du mandant peuvent être spécifiés et il peut être souhaitable de

joindre en annexe au contrat la preuve des pouvoirs du mandant qui habilitent l'agent à passer le contrat en son nom (à moins qu'une preuve suffisante de ces pouvoirs n'ait déjà été fournie avec les pièces relatives aux soumissions : voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", par. 22).

D. Pièces relatives au contrat, hiérarchie et interprétation de ces pièces

11. Il est souhaitable qu'il n'y ait aucun doute quant aux conditions du contrat de construction, et que les pièces qui le constituent soient clairement spécifiées. Les parties devraient s'efforcer en premier lieu de consigner par écrit les conditions dont elles sont convenues. De plus, le contrat devrait disposer que toute modification de ces conditions doit aussi s'effectuer par écrit. Les pièces constituant le contrat (pièces énonçant les conditions du contrat, dessins et spécifications, par exemple) peuvent être jointes en annexe à la pièce principale du contrat (voir plus haut, par. 9), la pièce principale spécifiant, grâce à une définition du "contrat" (voir plus loin, par. 24) ou de toute autre manière, que la pièce principale et les annexes constituent le contrat. Si un projet de pièce établi au début des négociations est destiné à devenir une pièce du contrat, il est bon de le préciser dans la pièce principale du contrat. Il est souhaitable de faire figurer dans le contrat une clause concernant l'insertion de pièces nouvelles, dessins, spécifications, ordres de modification ou pièces ou tableaux concernant la formation ou l'entretien, par exemple, qui ne seront établies qu'une fois que le contrat aura été signé, mais deviendront des pièces du contrat à un moment donné par le jeu d'un mécanisme prévu par le contrat. Lorsque, pour plus de commodité, la pièce unique qui constitue le contrat est divisée matériellement en composantes, les composantes peuvent être identifiées comme constituant ensemble une pièce unique.

12. Même si les parties font de leur mieux pour assurer la compatiblité entre les pièces du contrat, l'exécution du contrat peut faire apparaître une incompatibilité entre les clauses de deux pièces du contrat ou même entre des clauses figurant dans la même pièce. Il peut être souhaitable d'établir une méthode qui permette de déterminer quelles sont les clauses qui prévaudront en pareil cas. Les parties peuvent souhaiter stipuler que, lorsque la pièce principale du contrat est incompatible avec d'autres pièces, c'est toujours elle qui doit prévaloir. En particulier, le contrat devrait préciser que les obligations de l'entrepreneur quant au type d'installation requis et à sa capacité opérationnelle doivent, en cas d'incompatibilité, prévaloir sur l'ampleur de la construction telle qu'elle ressort des spécifications et dessins. Lorsque les spécifications et les dessins sont incompatibles, la question de savoir quelle est la pièce qui prévaudra peut être fonction de l'aspect de la construction dont il s'agit. C'est ainsi que l'on prévoit souvent que pour ce qui est des travaux de génie civil, les dessins prévaudront sur les spécifications. Une solution possible serait de stipuler qu'à moins que le contrat n'en dispose autrement à l'égard de tel ou tel aspect de la construction, les spécifications prévaudront sur les dessins. Cette optique peut se justifier dans la mesure où l'on peut considérer qu'une clause écrite reflète de façon plus digne de foi l'entente entre les parties que ne le font les données qui figurent dans des dessins. En ce qui concerne les autres pièces du contrat, les parties souhaiteront peut-être, dans la mesure du possible, arrêter et consigner dans le contrat l'ordre de priorité entre ces pièces. Lorsqu'il n'est pas possible de fixer un ordre de priorité, le contrat devrait disposer que

tout litige entre les parties quant à la priorité des diverses pièces sera réglé selon les procédures de règlement des litiges (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges").

13. Les parties peuvent souhaiter préciser le rapport entre, d'une part, les pièces du contrat et, d'autre part, les échanges de vues oraux et échanges de correspondance ayant eu lieu au cours des négociations et les projets de pièces établis pendant les négociations ayant abouti au contrat. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que ces communications et pièces ne font pas partie du contrat. Elles stipuleront peut-être aussi que ces communications et pièces ne peuvent pas servir à interpréter le contrat ou, au contraire, qu'elles peuvent être utilisées à cette fin dans la mesure où la loi applicable le permet. Aux termes de la loi applicable au contrat, il se pourrait même que des échanges de vues oraux ou échanges de correspondance puissent dans certains cas servir à l'interprétation du contrat même s'ils sont postérieurs à la passation du contrat. Les parties souhaiteront peut-être également préciser de la manière exposée ci-dessus quel sera le rapport entre ces communications et pièces et les pièces du contrat.

14. Il se peut que les pièces d'un contrat ou des groupes de clauses d'une même pièce soient précédés de rubriques. Il arrive aussi que de brèves notes marginales en regard de clauses contractuelles exposent la substance de ces clauses. Etant donné que ces rubriques et ces notes marginales ne sont en général insérées dans le contrat que pour en faciliter la lecture, les parties peuvent souhaiter stipuler que ces rubriques et ces notes ne doivent pas être considérées comme énonçant les droits ou obligations contractuels des parties, ni comme influant sur ces droits ou obligations.

15. Les parties peuvent souhaiter rechercher si la pièce principale du contrat doit comporter des exposés introductifs. Ces exposés peuvent énoncer les considérations présentées par l'une des parties ou les deux qui ont amené les parties à passer le contrat. Il se peut aussi que ces exposés énoncent l'objet du contrat ou décrivent le cadre dans lequel le contrat a été conclu. La mesure dans laquelle ces exposés servent à interpréter un contrat varie selon les différents systèmes juridiques et leur incidence sur l'interprétation peut être incertaine. Par suite, si la teneur des exposés est conçue comme devant présenter une importance pour l'interprétation ou l'exécution du contrat, il peut se révéler préférable de l'inclure dans les clauses contractuelles.

16. Lorsque l'acquéreur a recours à la formule des contrats multiples, les calendriers établis pour l'exécution par deux ou plusieurs entrepreneurs de leurs obligations respectives quant aux différents aspects des travaux de construction sont souvent fonction les uns des autres (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 20 et 21). C'est ainsi que le retard d'un entrepreneur peut avoir pour résultat qu'un second entrepreneur se trouve dans l'impossibilité d'entreprendre à la date fixée la part des travaux de construction qui lui incombe. Le second entrepreneur peut être fondé à obtenir réparation de la part de l'acquéreur à raison du préjudice découlant du retard et l'acquéreur souhaitera obtenir de son côté réparation de la part de l'entrepreneur en retard. Pour empêcher celui-ci de dénier ultérieurement le fait qu'il n'a pas prévu les conséquences possibles de son retard, il peut être souhaitable que chaque contrat mentionne le rapport existant entre le calendrier fixé par lui et les calendriers d'autres contrats et indique qu'un retard dans son exécution pourrait retarder celle d'autres contrats (voir chap. XX, "Dommages-intérêts",

par. 9 et 10). S'il a été établi un calendrier d'ensemble couvrant l'exécution des divers contrats distincts, il peut suffire de le joindre aux divers contrats. De même, des plans exposant l'interdépendance des divers aspects des travaux de construction peuvent être joints aux contrats.

17. Les parties devraient avoir présent à l'esprit qu'une bonne exécution du contrat suppose qu'elles coopèrent entre elles à cette fin. Il est sans doute impossible d'énumérer dans le contrat les cas où cette coopération doit être assurée, mais il serait peut-être souhaitable d'y inclure une stipulation générale aux termes de laquelle une partie serait tenue de coopérer avec l'autre partie dans la mesure requise pour que cette dernière puisse s'acquitter de ses obligations et d'éviter tout comportement qui ferait obstacle à l'exécution desdites obligations.

E. Notifications

18. Les contrats de construction exigent souvent que l'une des parties notifie à l'autre partie certains faits ou certaines circonstances. Ces notifications peuvent avoir une ou plusieurs des fins suivantes : il peut s'agir d'assurer la coopération dans l'exécution du contrat (lorsque l'entrepreneur notifie, par exemple, que des essais auront lieu à une date spécifiée : voir chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", par. 13) ou de permettre à la partie destinataire de la notification d'agir (lorsque l'acquéreur notifie les vices qu'il a découverts dans les travaux en vue de permettre à l'entrepreneur d'y remédier, par exemple, voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 44) ou il peut s'agir d'un préalable à l'exercice d'un droit (par exemple, lorsqu'une partie notifie à l'autre l'existence d'un empêchement exonératoire, ladite notification étant le préalable nécessaire à la faculté pour la partie notifiante d'invoquer une clause d'exonération : voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 27), ou encore d'un moyen d'exercer un droit (par exemple, lorsque le contrat exige une résiliation écrite : voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 2). Les parties souhaiteront peut-être examiner et résoudre dans leur contrat certaines questions qui se posent à l'occasion de telles notifications.

19. Pour éviter toute incertitude, il est souhaitable d'exiger que toutes les notifications prévues par le contrat soient faites par écrit, encore que dans certains cas exigeant une action immédiate les parties souhaiteront peut-être stipuler que les notifications peuvent être faites oralement — directement ou par téléphone — et ultérieurement confirmées par écrit. Les parties peuvent aussi souhaiter définir ce qu'il faut entendre par "écrit" (voir plus loin, par. 24) et spécifier quels sont les moyens acceptables pour l'acheminement des notifications (voie de surface, avion, téléimprimeur, télégraphe, télécopie ou transmission électronique). Elles peuvent aussi souhaiter préciser la langue dans laquelle les notifications doivent être faites — par exemple, celle du contrat ou, pour les questions techniques, la langue employée par l'ingénieur-conseil. En ce qui concerne le délai dans lequel une notification doit être faite pour être valable, les parties ont le choix entre deux solutions. Elles peuvent stipuler qu'une notification sera valable, soit dès le moment où elle est expédiée par la partie notifiante ou après expiration d'un délai donné à compter de l'expédition, soit uniquement lorsqu'elle aura été remise à l'autre partie (voir plus loin, par. 25). Selon la première solution, la responsabilité du défaut

d'acheminement ou d'une erreur de l'organisme acheminant la notification incombe à la partie à laquelle la notification est adressée alors que, selon la seconde, cette responsabilité incombe à la partie qui expédie la notification. Les parties jugeront peut-être avantageux de choisir un moyen de transmission de la notification qui fournisse la preuve de l'expédition ou de la remise et du moment où la notification a été expédiée ou remise. Une autre possibilité consisterait à exiger que la partie à laquelle la notification est adressée en accuse réception.

20. Il peut être commode de stipuler dans le contrat que, sauf clause contraire, l'une ou l'autre des deux solutions concernant le moment auquel une notification produit effet (expédition ou remise) s'appliquera aux notifications visées par le contrat. Des dérogations à la solution générale retenue peuvent se révéler pertinentes pour certaines notifications. C'est ainsi que le contrat, lorsqu'il énonce la règle générale qu'une notification produit effet dès qu'elle est expédiée, peut néanmoins stipuler, par exemple, que les notifications qui doivent être faites par la partie à qui est imputable un défaut d'exécution produiront effet une fois qu'elles auront été remises. Lorsqu'un contrat prévoit en règle générale qu'une notification produit effet au moment où elle est remise, le contrat peut néanmoins stipuler, par exemple, que si un acquéreur qui ne notifie pas à l'entrepreneur l'existence de vices dans les travaux exécutés perd son droit à obtenir réparation pour ces vices, la notification dont il s'agit produit effet au moment où elle est expédiée.

21. Etant donné que l'entrepreneur aura parfois un représentant dans le pays où les travaux de construction sont effectués, le contrat peut stipuler que les notifications de l'acquéreur à l'entrepreneur peuvent être faites à ce représentant et il peut aussi stipuler que le représentant est habilité à faire ces notifications au nom de l'entrepreneur. Les doutes quant à l'acheminement à l'étranger des notifications peuvent ainsi se trouver réduits. Toutes les notifications de caractère courant qui se révèlent nécessaires pendant l'exécution du contrat peuvent être faites au représentant. Si le représentant se trouve sur le chantier, le représentant de l'acquéreur et celui de l'entrepreneur peuvent de concert consigner les notifications par écrit (par exemple, dans un registre de correspondance). Le contrat peut aussi stipuler que les notifications qui ne sont pas de nature courante (notifications de suspension des travaux de construction ou notifications de résiliation du contrat, par exemple) doivent être faites au siège des parties.

22. Les parties souhaiteront peut-être préciser dans leur contrat les conséquences juridiques du défaut de notification. Ces conséquences possibles pour une partie tenue de notifier sont exposées dans le chapitre XVIII "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 65. Certains chapitres du *Guide* mentionnent les notifications qui pourraient être nécessaires ou appropriées dans des circonstances particulières, et traitent des conséquences juridiques du défaut de notification qui pourraient convenir dans de telles circonstances. Dans quelques cas, la partie à laquelle une notification est adressée peut être tenue de répondre à cette notification. En pareil cas, les parties peuvent souhaiter spécifier quelles sont les conséquences de ce défaut de réponse. C'est ainsi qu'elles peuvent stipuler que la partie à laquelle des dessins ou spécifications sont adressés pour approbation et qui ne répond pas dans un certain délai est considérée comme ayant approuvé ces dessins ou spécifications.

F. Définitions

23. Les parties jugeront peut-être utile de donner des définitions de certains termes ou concepts clefs fréquemment utilisés dans leur contrat. L'insertion d'une définition garantit que le terme ou concept défini est pris dans la même acception partout où il apparaît dans le contrat, et elle dispense d'avoir à préciser le sens qu'on lui donne chaque fois qu'il est employé. Une définition est souhaitable si le terme qui doit être employé dans le contrat est ambigu. Les définitions données dans un contrat sont souvent assorties de la réserve que les termes définis ont le sens que le contrat leur donne "à moins que le contexte n'exige une interprétation différente". Cette réserve couvre l'éventualité où un mot défini par le contrat a été employé par inadvertance dans un contexte où il ne peut avoir le sens que la définition lui donne. Il est préférable pour les parties d'examiner le contrat avec le plus grand soin pour s'assurer que les termes définis ont le sens qui leur a été donné quel que soit l'endroit où ils figurent dans le contrat, car elles n'auront pas en pareil cas à faire figurer une telle réserve dans le contrat.

24. Etant donné qu'une définition est en général conçue comme devant s'appliquer d'un bout à l'autre d'un contrat, la liste des définitions peut être donnée dans la pièce principale du contrat. Mais si un terme qu'il convient de définir n'est employé que dans une clause ou dans une section donnée du contrat, il peut être plus commode de faire figurer la définition dans la clause ou dans la section dont il s'agit.

25. Il pourrait être utile de définir dans le contrat des termes comme "contrat", "chantier", "engins et outils de l'entrepreneur", "expédition d'une notification", "remise d'une notification" et "sous-traitant". Les parties souhaiteront peut-être examiner les définitions suivantes et s'en inspirer pour établir des définitions convenant à leur contrat :

"Le présent contrat" : "Le présent contrat" se compose des pièces ci-après et lesdits termes ont ce sens dans toutes lesdites pièces :

a) La présente pièce

b) . . .

c) . . .

etc.

"Ecrit" : Le terme "écrit" englobe les déclarations figurant dans un message de téléscripteur, un télégramme ou un message établi par tout autre moyen de télécommunication qui a pour objet de consigner ces déclarations.

"Expédition d'une notification" : Par "expédition d'une notification" par l'une des parties, il faut entendre l'envoi de la notification — dûment adressée au destinataire — à l'autorité compétente pour acheminement par un mode de communication autorisé aux termes du contrat.

"Remise d'une notification" : Par "remise d'une notification" à l'une des parties, il faut entendre le fait de remettre la notification à cette partie ou de la déposer à une adresse de cette partie à laquelle, aux termes du contrat, la notification peut être déposée.

26. Les parties jugeront peut-être utile, lorsqu'elles établiront leurs propres définitions, d'examiner les définitions données dans le *Guide* pour les divers concepts fréquemment utilisés dans les contrats de construction. Ces définitions peuvent être retrouvées à partir de l'index figurant à la fin du *Guide*.

Chapitre V. Description de l'installation et garantie de qualité

RÉSUMÉ

Il est essentiel que le contrat décrive avec précision l'installation ou la partie de l'installation qui doit être construite. La formule contractuelle retenue par l'acquéreur et la procédure adoptée pour la conclusion du contrat ont une incidence sur le choix de la partie à qui incombe l'établissement des pièces décrivant la construction à effectuer (par. 1 et 2). L'ampleur de la construction et les caractéristiques techniques de l'installation peuvent être décrites dans la pièce principale du contrat et dans les spécifications, dessins et normes. Les parties devraient indiquer clairement quelles sont les pièces descriptives qui font partie du contrat (par. 3 et 4). Les caractéristiques techniques de l'installation ou des équipements qui doivent y être incorporés peuvent être décrites en fonction de leur rendement opérationnel plutôt que par référence aux dessins, aux matériaux ou à la qualité d'exécution. Toutefois, pour certaines composantes (les matériaux, par exemple), il peut être nécessaire de définir les caractéristiques techniques au moyen de critères de qualité appropriés (par. 8 et 9).

Les spécifications peuvent décrire en langage technique l'ampleur de la construction à effectuer et les caractéristiques techniques des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation (par. 10). Les spécifications peuvent contenir des dispositions de caractère général et des dispositions spéciales (par. 11 et 12). La nature des spécifications peut varier en fonction des diverses composantes de la construction (par. 13).

Les caractéristiques techniques de certains éléments de la construction peuvent être définies par référence à des normes. Les normes retenues devraient être reconnues sur le plan international et communément utilisées. Les normes à appliquer devraient être clairement définies dans le contrat (par. 14 à 16).

Les dessins montrent sous forme de diagramme les diverses composantes de l'installation. Dans certains cas, l'acquéreur fournira les dessins de base et l'entrepreneur devra établir des dessins détaillés donnant une présentation plus précise des idées techniques figurant déjà dans les dessins de base. Le contrat peut stipuler que les dessins détaillés devront être approuvés par l'acquéreur (par. 17 à 19).

Il se peut que les spécifications et les dessins soient inexacts ou insuffisants ou divergents. Il est souhaitable de déterminer à quelle partie incombent les dépenses liées à la fourniture de spécifications et dessins inexacts, insuffisants ou divergents (par. 20 à 22).

Le contrat peut déterminer dans quelle mesure une partie devra considérer comme confidentielles les pièces techniques fournies par l'autre partie et les conséquences d'un manquement à la confidentialité. Le contrat peut prévoir le transfert à l'acquéreur de la propriété des pièces techniques fournies par l'entrepreneur mais limiter les utilisations que peut en faire l'acquéreur (par. 23 à 25).

Il est souhaitable de prévoir une garantie de qualité par laquelle l'entrepreneur assume la responsabilité des vices décelés et notifiés avant l'expiration de la période de garantie prévue par le contrat. Les parties peuvent souhaiter apporter certaines limitations à la responsabilité de l'entrepreneur au titre de la garantie (par. 26 et 27). Divers éléments peuvent être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer une durée raisonnable pour la garantie. Il est souhaitable de déterminer quand la garantie commence à courir et les circonstances dans lesquelles elle peut être prorogée (par. 28 à 31).

A. Remarques générales

1. Il est essentiel que le contrat de construction décrive avec précision l'installation ou la partie de l'installation qui doit être construite. La question de savoir si l'entrepreneur s'est acquitté ou non de ses obligations de construction sera tranchée au moyen de cette description (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 1). Cette description doit indiquer le type de l'installation (centrale électrique, par exemple), l'ampleur de la construction (installation dans son ensemble ou certaines composantes de la construction telles que travaux de génie civil, construction des bâtiments ou fourniture et mise en place des équipements) et les caractéristiques techniques de l'installation, des équipements, des matériaux et des prestations liées à la construction.

2. La formule contractuelle retenue par l'acquéreur (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle") et la procédure adoptée pour la conclusion du contrat (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", par. 1) ont une incidence sur le choix de la partie à qui incombe l'établissement des pièces décrivant la construction à effectuer. Ainsi, si l'acquéreur lance un appel d'offres pour la construction de l'installation dans son ensemble sur la base d'un contrat clefs en main, il décrira dans l'appel d'offres les caractéristiques techniques principales et la capacité opérationnelle de l'installation qu'il souhaite voir construire. Les soumissionnaires peuvent être tenus d'établir et de soumettre des spécifications et des dessins (voir ci-dessous, par. 3) décrivant, conformément à l'appel d'offres, les caractéristiques techniques de l'installation qu'ils souhaitent construire. Si l'acquéreur opte pour la formule des contrats multiples et qu'il se charge de la conception de l'installation, il lui faudra peut-être établir les spécifications et dessins correspondant aux travaux de construction devant être effectués par chaque entrepreneur. L'ensemble des spécifications et dessins fournis à tous les entrepreneurs devrait couvrir, sans chevauchement ni omissions, l'ensemble de l'installation à construire.

B. Détermination de l'ampleur de la construction et des caractéristiques techniques de l'installation dans les principales pièces des contrats

3. L'ampleur de la construction et les caractéristiques techniques de l'installation peuvent être définies dans divers types de pièces des contrats. La pièce principale du contrat (voir chap. IV, "La rédaction : observations générales", par. 11) peut définir le type d'installation à construire et contenir une description générale de l'ampleur de la construction à effectuer et des caractéristiques techniques de l'installation. Elle peut aussi indiquer quelles

sont les composantes principales de l'ampleur de la construction prévue (construction de bâtiments, travaux de génie civil, principaux équipements à mettre en place, par exemple). La description détaillée de l'ampleur de la construction, les caractéristiques techniques de l'installation et la nature des procédés de construction à utiliser peuvent figurer dans des pièces du contrat généralement intitulées "Spécifications" (voir plus loin, sect. E) et "Dessins" (voir plus loin, sect. G). Les spécifications décrivent les caractéristiques techniques et les dessins montrent à quelles fins sont destinés les équipements, les matériaux et les prestations liées à la construction. Lorsque des travaux de génie civil et la construction de bâtiments sont nécessaires, les contrats contiennent souvent un autre type de pièces où figurent d'autres détails sur l'ampleur de la construction à effectuer. Le contrat peut également prescrire des normes techniques pour la construction (voir plus loin, sect. F).

4. Certaines des pièces mentionnées ci-dessus traitent essentiellement de problèmes juridiques, d'autres des aspects techniques ou des détails d'ingénierie. Toutes ces pièces ont néanmoins une valeur juridique car, ensemble, elles définissent l'ampleur de la construction et les caractéristiques techniques de l'installation. Les parties devraient donc indiquer clairement qu'elles sont des pièces du contrat (voir chap. IV, "La rédaction : observations générales", par. 11).

5. Lorsqu'elles établissent les pièces du contrat décrivant la construction à effectuer, les parties devraient tenir compte de toutes règles impératives de caractère public, administratives ou autres, en vigueur dans le pays où l'installation doit être construite ou dans le pays où les équipements et les matériaux doivent être fabriqués, et régissant les aspects techniques de l'installation, des équipements, des matériaux et des procédés de construction (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 22 et 23). Ces règles sont souvent édictées afin d'assurer la sécurité de fonctionnement de l'installation et la protection de l'environnement et de garantir des conditions de travail adéquates au personnel de l'installation. Outre les règles impératives pertinentes d'ordre local, national et international et les clauses du contrat, il peut y avoir des normes ou codes de pratique d'ordre local, national ou international qui concernent la santé publique, la sécurité et la sauvegarde de l'environnement. Il est souhaitable que les parties conviennent que l'entrepreneur se conformera à ces prescriptions.

C. Ampleur de la construction

6. Dans le cadre d'un contrat clefs en main ou d'un contrat produit en main (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 4 à 8), la description générale de l'ampleur de la construction (voir plus haut, par. 3) peut être complétée par une disposition contractuelle supplémentaire obligeant l'entrepreneur à effectuer toutes les tâches de construction qui, bien que n'étant pas décrites dans le détail, sont néanmoins nécessaires ou habituelles, compte tenu de la capacité opérationnelle prévue de l'installation. Une telle disposition peut permettre d'éviter des litiges sur le point de savoir qui doit fournir le petit matériel ou s'acquitter des petits travaux de construction qui auront été oubliés pendant les négociations ou qui n'auront pas été considérés comme justifiant une mention particulière. Le simple emploi des termes "clefs en main" ou "produit en main" risque de ne pas suffire à imposer une telle obligation à l'entrepreneur (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 4 à 8).

7. Lorsque plusieurs entrepreneurs sont chargés de la construction, l'acquéreur peut parfois souhaiter ajouter à la description des tâches de construction confiées à chaque entrepreneur, une énumération des tâches confiées aux autres entrepreneurs. Bien qu'il ne soit pas indispensable d'énumérer les tâches de construction qui ne devront pas être exécutées par tel ou tel entrepreneur, une énumération négative permet souvent d'éviter les malentendus. Lorsque la conception de l'ensemble de l'installation est confiée à un entrepreneur unique, il peut être tenu de décrire les tâches qui seront confiées à d'autres entrepreneurs afin que l'acquéreur puisse inclure ces descriptions dans les contrats conclus avec ces entrepreneurs (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 18).

D. Caractéristiques techniques de l'installation, des équipements, des matériaux et des prestations liées à la construction

8. Les caractéristiques techniques de l'installation, ou des équipements qui doivent y être incorporés, peuvent être décrites davantage en fonction de la capacité opérationnelle prévue plutôt que par référence aux plans, aux matériaux ou à la qualité d'exécution. Avec cette formule, l'entrepreneur serait responsable au cas où l'installation ou des équipements n'auraient pas le rendement prévu sans que l'acquéreur ait à prouver que cela est dû à un vice de conception, à des matériaux défectueux ou à la mauvaise qualité du travail. Cette méthode est particulièrement souhaitable lorsque l'acquéreur conclut un contrat clefs en main ou produit en main. Toutefois, elle peut aussi être utilisée lorsque la construction est confiée à plusieurs entrepreneurs et que la partie de l'installation à construire ou des équipements à fournir et à mettre en place par chaque entrepreneur peut être décrite en fonction du rendement opérationnel. Selon le type d'installation à construire, le rendement opérationnel peut être exprimé par référence à la quantité et à la qualité des produits de l'installation, à la consommation de matières premières de l'installation, à la consommation d'énergie et à d'autres éléments.

9. Pour certains articles, en particulier les matériaux à incorporer dans l'installation, une description fondée sur le rendement opérationnel peut se révéler impossible et les caractéristiques de ces matériaux ou de ces prestations liées à la construction peuvent devoir être décrites en langage technique, au moyen de critères de qualité appropriés (la résistance de l'acier, par exemple). L'emploi de termes comme "de premier ordre", "de la meilleure qualité" ou "les plus appropriés" pour indiquer le niveau de qualité risque d'introduire des notions floues dans le contrat. Toutefois, l'emploi de certains termes (tels que "neuf et au moins de qualité commerciale ordinaire") peut se justifier si ces termes ont acquis une signification relativement établie dans la pratique commerciale ou en vertu de la loi applicable au contrat.

E. Spécifications

10. Certaines spécifications peuvent exposer en langage technique l'ampleur de la construction à effectuer et les caractéristiques techniques des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation. D'autres spécifications peuvent, en outre, décrire les procédés de construction qui seront utilisés et la manière

dont les équipements et les matériaux seront mis en œuvre dans les procédés de construction. Très souvent, les spécifications allient ces deux méthodes.

11. Les spécifications peuvent contenir des dispositions générales et des dispositions techniques spéciales. Les dispositions générales doivent correspondre par leur contenu à la description générale de la construction figurant dans la pièce principale du contrat (voir plus haut, par. 3), mais peuvent être plus détaillées. Aucune règle générale ne peut être proposée pour l'élaboration des dispositions sur les spécifications. Toutefois, le caractère généralement technique des spécifications veut qu'elles contiennent davantage de données techniques et qu'elles soient plus précises et plus détaillées sur ce plan que les dispositions descriptives de la pièce principale du contrat. Il est souhaitable que les parties comparent la description de la construction figurant dans la pièce principale à celle qui figure dans les spécifications afin d'éviter un manque de cohérence.

12. Les dispositions spéciales des spécifications peuvent contenir une description détaillée de chaque composante de la construction. Elles peuvent décrire les types et sortes d'équipements et de matériaux à utiliser, leurs propriétés physiques et leur rendement ou résistance, ainsi que leurs dimensions et leur taille. Dans certains cas, elles prescrivent les techniques à utiliser pour la fabrication et contiennent d'autres données reflétant des caractéristiques techniques convenues. Dans certains cas, elles peuvent utilement prescrire les procédés de construction que devra utiliser l'entrepreneur, ou prévoir un ordre spécial à respecter pendant la construction.

13. La nature des spécifications peut varier selon les diverses composantes de la construction auxquelles elles s'appliquent. Les spécifications pourront être plus détaillées pour la construction des bâtiments que pour le génie civil du fait de la multitude de petits articles qui sont nécessaires à cette composante de la construction. En matière d'équipements, où l'on insiste généralement sur le rendement opérationnel, les spécifications devront donner aux entrepreneurs une grande latitude dans le choix de la conception, des techniques de fabrication et des matériaux nécessaires pour atteindre le rendement souhaité. En ce qui concerne les matériaux, leurs caractéristiques techniques peuvent, dans certains cas, devoir être définies en fonction de leur apparence extérieure et, dans d'autres cas, en fonction de leurs propriétés physiques ou chimiques. Le contrat peut stipuler que des inspections et des essais précis seront effectués pour certains matériaux afin de s'assurer que leur qualité correspond aux normes prescrites (voir chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction").

F. Normes

14. Dans le domaine de l'ingénierie, les organismes professionnels prescrivent généralement des critères qui peuvent s'appliquer aux équipements, matériaux et procédés de construction. Dans le présent chapitre, ces critères sont dénommés "normes". Les parties jugeront peut-être utile de définir les caractéristiques techniques des diverses composantes de la construction (génie civil, équipements et matériaux, par exemple) en fonction de normes données.

15. Certaines normes sont appliquées sur le plan international et sont fréquemment utilisées dans le cadre des appels d'offres et des marchés internationaux. Elles peuvent porter sur des questions comme la qualité, le

contenu, les dimensions, la forme, le poids, la composition, l'emballage et les essais de certains équipements ou matériaux. En règle générale, leur utilisation est souhaitable car elles constituent des critères éprouvés et vérifiés dans les domaines auxquels elles s'appliquent et donnent une assurance de qualité grâce à des procédures d'essai et d'inspection uniformes.

16. Les normes à appliquer devraient être clairement indiquées dans le contrat, où l'on pourrait mentionner l'organisme qui les a définies et la date à laquelle elles ont été établies. Les parties devraient s'assurer que les normes choisies par elles répondent au type d'installation envisagé car l'utilisation de normes inadéquates risque d'être à l'origine de vices dans l'installation. Les normes indiquées dans l'appel d'offres (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", par. 15 à 18) devraient être à la fois reconnues sur le plan international et communément utilisées dans le pays de l'acquéreur. Prescrire des normes non reconnues sur le plan international risque d'empêcher des entrepreneurs de certaines régions de soumissionner et prescrire des normes qui ne sont pas communément utilisées dans le pays de l'acquéreur risque de restreindre les possibilités de recruter localement des sous-traitants ou d'utiliser des matériaux locaux.

G. Dessins

17. Les dessins montrent sous forme de diagramme les diverses composantes de l'installation et, dans certains cas, son aspect d'ensemble. Lorsque c'est l'acquéreur qui est chargé de fournir les dessins, il arrive souvent que les dessins fournis par lui avant la conclusion du contrat (lorsqu'ils accompagnent l'appel d'offres, par exemple) ne soient pas suffisants pour l'exécution de la construction et que des dessins complémentaires soient nécessaires. En pareil cas, l'acquéreur pourra être tenu de fournir des dessins complémentaires plus détaillés après la passation du contrat. Ces dessins devraient concorder avec les dessins antérieurs, faute de quoi ils pourraient être considérés comme une demande de modification (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 3).

18. Dans certains cas, même s'il incombe à l'acquéreur de fournir les dessins de base, le contrat pourra obliger l'entrepreneur à établir des dessins détaillés ou "dessins d'atelier" (dessins qui donnent une présentation détaillée des idées techniques figurant déjà dans les dessins de base). Le contrat peut stipuler que les dessins détaillés que devra établir l'entrepreneur ne s'écarteront en rien des dessins de base. Afin d'assurer la supervision du travail de l'entrepreneur, on pourra, dans certains cas, l'obliger à soumettre tous les dessins détaillés à l'acquéreur. Le contrat peut autoriser l'acquéreur à exiger que des corrections soient apportées aux dessins détaillés de sorte qu'ils concordent avec les dessins de base, et que tout travail déjà exécuté sur la base de dessins détaillés inexacts soit réexécuté conformément aux dessins de base. Il est souhaitable que le contrat détermine si les dessins détaillés soumis par l'entrepreneur doivent être approuvés par l'acquéreur avant de pouvoir être utilisés par l'entrepreneur.

19. Lorsque le contrat exige l'approbation par l'acquéreur des dessins détaillés, ce dernier, s'il les approuve, peut être tenu de notifier son accord dans un délai donné après que les dessins lui ont été remis. S'il ne le fait pas, il peut être tenu pour responsable du retard dans l'exécution de cette obligation (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 65 et 66). Le

contrat peut stipuler qu'une fois qu'il aura approuvé les dessins, l'acquéreur ne pourra exiger de modifications qu'en vertu des dispositions du contrat régissant les modifications (voir chap. XXIII, "Clauses de modification"). Lorsque l'acquéreur n'est pas tenu d'approuver les dessins, le contrat peut stipuler que l'absence d'objection de l'acquéreur aux dessins détaillés n'emporte pas accord de ce dernier sur des divergences éventuelles entre ces dessins et les dessins de base.

H. Responsabilité en cas de spécifications et de dessins inexacts, insuffisants ou divergents

20. Lorsque la fourniture des spécifications et des dessins incombe à l'acquéreur, l'entrepreneur peut être tenu de les analyser en vue d'y découvrir les inexactitudes ou les insuffisances des renseignements qui y figurent ou leur divergence. Le contrat peut stipuler que l'entrepreneur devra verser des dommages-intérêts si, dans un délai donné ou raisonnable après qu'il a décelé ou aurait dû raisonnablement déceler toute inexactitude, insuffisance ou divergence dans les spécifications et les dessins, il ne la notifie pas à l'acquéreur. L'acquéreur peut être tenu en vertu du contrat de payer les dépenses qu'a raisonnablement engagées l'entrepreneur pour effectuer les corrections et les modifications exigées par les inexactitudes, les insuffisances ou les divergences que l'entrepreneur n'a pas décelées et ne pouvait raisonnablement pas déceler. Lorsque l'on ne pouvait raisonnablement pas attendre de l'entrepreneur qu'il décèle les vices et que les travaux de construction doivent être interrompus en raison de ces vices, le contrat devrait reconnaître à l'entrepreneur le droit à des dommages-intérêts à raison des dépenses raisonnables faites par lui du fait de ces vices, notamment pour avoir dû interrompre l'exécution du contrat, et le droit de voir proroger le délai fixé pour l'achèvement des travaux.

21. Lorsque la fourniture des spécifications et dessins incombe à l'entrepreneur, il peut être tenu en vertu du contrat d'assumer les dépenses résultant de toutes les corrections et de tous les changements rendus nécessaires par les inexactitudes, les insuffisances ou les divergences. En outre, si l'exécution par l'entrepreneur est retardée, il peut aussi être responsable de ce retard à l'égard de l'acquéreur (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 17 à 25).

22. Dans certains cas, les dessins peuvent être établis conjointement par les parties et elles pourront envisager de déterminer de quelle manière les erreurs figurant dans les dessins devront être rectifiées et comment elles s'en partageront la responsabilité. Lorsque chaque partie établit une section distincte des dessins, le contrat peut stipuler que chaque partie répond des erreurs de la section des dessins qu'elle a établie. Lorsque les dessins dans leur ensemble ont été établis conjointement, le contrat peut obliger les parties à rectifier les erreurs conjointement et à partager également les dépenses qui en résultent.

I. Protection des spécifications, dessins et autres pièces techniques

23. Chacune des parties peut parfois souhaiter que le contenu de certaines spécifications, de certains dessins ou d'autres pièces techniques reste confidentiel. Les règles impératives de caractère public, qu'il s'agisse de règles administratives ou autres, en vigueur dans les pays des parties, peuvent régir les

obligations de confidentialité susceptibles d'être imposées à une partie. Ces règles peuvent également obliger les parties à révéler le contenu de certaines pièces aux pouvoirs publics du pays de l'acquéreur ou de l'entrepreneur. Lorsque certaines pièces doivent rester confidentielles, il est souhaitable que le contrat l'indique clairement, précise le degré de confidentialité et la période pendant laquelle elle s'applique, et définisse ce qui peut être divulgué. Les parties souhaiteront peut-être convenir que l'obligation de confidentialité subsistera pendant un certain temps même si le contrat est résilié. Le contrat peut stipuler que l'acquéreur est autorisé à divulguer le contenu de pièces confidentielles aux personnes recrutées pour achever la construction, pour remédier aux vices de l'installation (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution") ou pour entretenir et réparer l'installation (voir chap. XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction") afin qu'elles puissent s'acquitter de leur tâche, sous réserve qu'elles s'engagent auprès de l'acquéreur à ne pas divulguer les renseignements dont il s'agit à des tiers.

24. Le contrat peut prévoir le transfert à l'acquéreur de la propriété des pièces contenant des spécifications, dessins et autres données techniques, remises à l'acquéreur par l'entrepreneur en vue de l'informer de l'ampleur de la construction et des caractéristiques techniques de l'installation. L'acquéreur pourra avoir besoin de ces pièces ultérieurement pour l'entretien et la réparation de l'installation. L'entrepreneur pouvant avoir des droits de propriété industrielle ou autre type de propriété intellectuelle sur le contenu de ces pièces, les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'acquéreur ne sera autorisé à les utiliser que pour l'entretien et la réparation de l'installation visée par le contrat, mais pas pour la construction d'autres installations.

25. Les parties voudront peut-être aussi prévoir les conséquences du manquement à l'obligation de confidentialité (voir plus haut, par. 23) ou de l'utilisation par l'acquéreur d'un document technique à des fins non autorisées (voir le paragraphe précédent). La partie lésée pourra réclamer des dommages-intérêts. Si le manquement intervient avant l'achèvement de la construction, la partie lésée pourra en outre être autorisée, dans certaines circonstances, à résilier le contrat (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 65).

J. Garantie de qualité[1]

26. Il est souhaitable de prévoir au contrat une garantie de qualité en vertu de laquelle l'entrepreneur assume la responsabilité des vices de l'installation et des inexactitudes ou insuffisances relevées dans les pièces techniques fournies avec l'installation qui auront été décelés et lui auront été notifiés avant l'expiration de la période de garantie stipulée dans le contrat. La garantie peut couvrir l'installation dans son ensemble ou seulement une partie de l'installation, selon que l'entrepreneur a construit toute l'installation ou seulement une partie. La définition des vices de l'installation, les recours dont l'acquéreur peut se prévaloir dans les cas où l'entrepreneur est responsable au titre de la garantie et la question de savoir si la responsabilité subsiste alors que la période de garantie est venue à expiration sont examinés dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

1. *Limitation de la portée de la garantie*

27. Les parties souhaiteront peut-être convenir que l'entrepreneur ne sera pas responsable au titre de la garantie si l'installation ne fonctionne pas conformément au contrat pendant la période de garantie pour les raisons suivantes :

a) Usure normale;

b) Exploitation ou entretien défectueux de l'installation par l'acquéreur ou les personnes engagées par lui, sauf si l'exploitation ou l'entretien défectueux résulte d'instructions erronées en matière d'exploitation ou d'entretien données par l'entrepreneur;

c) Conception, équipements ou matériaux défectueux fournis par l'acquéreur ou instructions erronées données par l'acquéreur;

d) Réparation ou altération incorrecte de l'installation effectuée sans l'accord de l'entrepreneur par l'acquéreur ou une personne engagée par lui. Toutefois, lorsque le contrat autorise l'acquéreur à réparer les vices de l'installation en engageant un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur (voir chap. XVIII, "Retards, défauts et autres cas d'inexécution", par. 36, 40 et 47), le contrat peut stipuler que l'entrepreneur est responsable au titre de la garantie des vices de l'installation résultant d'une réparation incorrecte effectuée par le nouvel entrepreneur;

e) Evénements qui entraînent des pertes ou dommages pour l'installation lorsque le risque en incombe à l'acquéreur (voir chap. XIV, "Transfert des risques").

2. *Période de garantie*

a) *Durée de la période de garantie*

28. Lorsque l'on s'efforce de fixer une durée raisonnable pour la période de garantie, on peut tenir compte de plusieurs éléments tels que la nature de l'installation (en particulier le degré de complexité des équipements qui en font partie) et la difficulté de déceler les vices qui peuvent s'y trouver. Les parties pourront aussi tenir compte de la durée de la période de garantie généralement retenue dans la pratique commerciale internationale pour des installations du même type ou des installations présentant des caractéristiques similaires. Il se peut que l'acquéreur ait à payer plus cher s'il exige une période de garantie supérieure à la normale. Pour certains types d'installations, il peut être raisonnable de fixer des périodes de garantie de durées différentes pour les différentes parties de l'installation.

b) *Commencement de la période de garantie*

29. Si la construction de l'ensemble de l'installation est confiée à un entrepreneur unique, la période de garantie peut commencer à courir à compter de la date de réception de l'installation par l'acquéreur, ou de la date à laquelle il prend en charge l'installation. Si la construction est confiée à plusieurs entrepreneurs et que la partie de l'installation construite par un entrepreneur (une sous-station électrique, par exemple) peut être mise en service et que des essais de fonctionnement peuvent être effectués pour cette partie de l'installa-

tion avant l'achèvement de la construction du reste de l'installation, la période de garantie peut commencer à courir lorsque cette partie de l'installation est réceptionnée ou prise en charge par l'acquéreur (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception"). S'il n'est pas possible de mettre en service cette partie de l'installation et de la soumettre à des essais de fonctionnement tant que la construction de l'ensemble de l'installation n'est pas achevée, le contrat peut stipuler que la période de garantie couvrant cette partie commence à courir à compter de la date de réception de l'ensemble de l'installation. Toutefois, l'entrepreneur peut se montrer réticent à l'idée de différer le commencement de la période de garantie jusqu'à la date de réception de l'ensemble de l'installation car cela pourrait entraîner une prorogation de la période pendant laquelle il répond des vices de l'installation du fait du retard d'un autre entrepreneur. Une des solutions qui pourraient permettre de résoudre ce problème consisterait à ajouter à la période normale de garantie de cette partie de l'installation une période que l'on estime suffisante pour l'achèvement du reste de la construction et à stipuler que la période de garantie couvrant ladite partie sera d'une durée équivalente à la durée combinée de ces deux périodes et commencera à courir à compter de la date d'achèvement de la construction de ladite partie par l'entrepreneur. Si l'on retient cette solution, le retard dans l'achèvement de l'ensemble de la construction dû à la défaillance d'un autre entrepreneur n'entraînera aucune extension de la période de garantie. On pourrait aussi régler le problème en stipulant dans le contrat que la période de garantie normale pour cette partie de l'installation commence à courir à compter de la date de réception ou de prise en charge de l'ensemble de l'installation, mais que la garantie ne s'étendra pas au-delà d'une période plus longue indiquée au contrat, période qui serait plus longue que la période normale de garantie, commençant à courir à compter de la date d'achèvement de la partie de l'installation construite par l'entrepreneur.

c) *Prorogation de la période de garantie*

30. Le contrat peut stipuler que la période de garantie sera prorogée de la durée pendant laquelle l'installation ne peut pas être exploitée du fait d'un vice couvert par la garantie. Cette prorogation peut couvrir l'ensemble de l'installation si aucune partie ne peut en être exploitée ou une partie seulement dans le cas contraire. Si des équipements ou matériaux défecteux doivent être réparés ou remplacés, une nouvelle période de garantie peut commencer à courir pour les équipements ou matériaux réparés ou remplacés. Si, en raison de vices existant dans les équipements et les matériaux, l'installation n'a pas pu être exploitée, cette nouvelle période de garantie pourra commencer à courir à compter de la date à laquelle l'installation pourra de nouveau être exploitée après la réparation ou le remplacement. Si l'installation a pu être exploitée en dépit des vices existant dans les équipements et matériaux, la nouvelle période de garantie pourra commencer à courir à compter de la date de la réparation ou du remplacement. Le contrat peut déterminer la durée de la nouvelle période de garantie. Les parties souhaiteront peut-être se demander s'il est utile de convenir que toute nouvelle période de garantie ne devra pas excéder une période maximum commençant à courir à compter de la date à laquelle la période de garantie initiale couvrant les équipements ou matériaux a commencé à courir.

3. *Garantie du fabricant*

31. Si les équipements destinés à l'installation ne sont pas fabriqués par l'entrepreneur mais par des tiers, le fabricant peut donner à l'entrepreneur une garantie couvrant les équipements d'une durée supérieure à celle de la période de garantie donnée par l'entrepreneur à l'acquéreur pour la construction qu'il doit effectuer. L'entrepreneur peut être tenu d'informer l'acquéreur de l'objet et de la durée des garanties fournies par les fabricants et de transférer à l'acquéreur tous les droits nés de telles garanties. Si la loi applicable n'autorise pas un tel transfert, les parties souhaiteront peut-être convenir que la garantie donnée par l'entrepreneur à l'acquéreur n'expirera pas pour les équipements couverts par la garantie du fabricant avant l'expiration de cette dernière.

Notes du chapitre V

[1]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. L'entrepreneur garantit que, pendant la période de garantie, l'installation pourra fonctionner conformément au contrat, que tous les équipements, matériaux et autres fournitures annexées à l'installation ou en faisant partie seront conformes aux dessins, spécifications et autres dispositions contractuelles relatives aux équipements, matériaux ou autres fournitures, et que toutes les pièces techniques fournies par lui sont exactes et complètes.

"2. L'entrepreneur ne répond que des vices de l'installation, des équipements, des matériaux ou autres fournitures, ou des inexactitudes et insuffisances dans les pièces techniques qui lui sont notifiées par l'acquéreur avant l'expiration de la période de garantie.

"3. L'entrepreneur n'est pas responsable en vertu des paragraphes 1 et 2 du présent article au cas où l'installation ne fonctionnerait pas conformément au contrat pendant la période de garantie pour les raisons suivantes :

Usure normale;

Exploitation ou entretien défectueux effectué par l'acquéreur ou les personnes engagées par lui, sauf si l'exploitation ou l'entretien défectueux résulte d'instructions erronées données par l'entrepreneur quant à l'exploitation ou l'entretien de l'installation;

Conception, équipements ou matériaux défectueux fournis par l'acquéreur ou instructions erronées données par l'acquéreur;

Réparation ou altération incorrecte de l'installation effectuée par l'acquéreur ou les personnes engagées par lui, sauf si la réparation ou l'altération a été effectuée avec l'accord écrit de l'entrepreneur;

Tout événement entraînant des pertes ou dommages pour l'installation lorsque le risque en incombe à l'acquéreur.

"4. La période de garantie commence à courir à compter de la date de [réception] [prise en charge] de l'installation, et s'étend sur . . . (indiquer la durée).

"5. La période de garantie cesse de courir pendant toute période durant laquelle l'installation ne peut pas être exploitée du fait d'un vice couvert par la présente garantie. Si une partie seulement de l'installation ne peut pas être exploitée, la période de garantie cesse de courir pour cette partie.

"6. Lorsque l'installation ne peut pas être exploitée en raison d'équipements ou de matériaux défectueux et que ces équipements ou matériaux défectueux sont réparés ou remplacés, une nouvelle période de garantie commence à courir pour les équipements ou matériaux réparés ou remplacés à compter de la date à laquelle l'installation peut de nouveau être exploitée après la réparation ou le remplacement. Lorsque l'installation peut être exploitée en dépit des équipements ou matériaux défectueux, une nouvelle période de garantie commence à courir pour les équipements ou matériaux réparés ou remplacés à compter de la date de la réparation ou du remplacement."

Chapitre VI. Transfert des techniques

RÉSUMÉ

L'acquéreur a besoin de connaître les procédés techniques nécessaires à la mise en production de l'installation et de disposer des données et des compétences techniques requises pour son exploitation et son entretien. La transmission à l'acquéreur de ces connaissances, données et compétences est souvent désignée par l'expression "transfert des techniques" (par. 1).

Divers arrangements contractuels peuvent être adoptés pour le transfert des techniques et l'exécution des autres obligations requises pour la construction de l'installation (par. 2). Le transfert des techniques proprement dit peut s'effectuer de diverses manières, par exemple, par l'octroi de licences de propriété industrielle (par. 3), par la constitution d'une opération conjointe entre les parties (par. 4) ou par la transmission de savoir-faire de caractère confidentiel (par. 5). Les données et compétences requises pour l'exploitation et l'entretien de l'installation peuvent être transmises grâce à la formation du personnel de l'acquéreur ou à la remise d'une documentation (par. 6).

La manière dont les techniques doivent être décrites peut dépendre des arrangements contractuels adoptés (par. 11). Lorsqu'elles décideront si des restrictions seront imposées à l'utilisation des techniques par l'acquéreur, les parties devront tenir compte des dispositions impératives pouvant régir de telles restrictions et s'efforcer de négocier des dispositions équilibrées n'imposant que les restrictions nécessaires à la préservation des intérêts légitimes de chaque partie (par. 12 à 16).

Les garanties données par l'entrepreneur pourront dépendre des arrangements contractuels adoptés. Dans certains cas, une garantie distincte relative aux techniques sera superflue; dans d'autres, il pourra être donné une garantie assortie de réserves spécifiant que l'utilisation des techniques permettra l'exploitation de l'installation conformément à des critères donnés, si certaines conditions sont remplies (par. 17). Le prix des techniques transférées est en général acquitté sous la forme d'un montant forfaitaire ou de redevances (par. 18 à 20).

Les parties voudront peut-être inclure dans le contrat un engagement par lequel l'entrepreneur certifie que l'utilisation des techniques transférées ne déclenchera pas d'actions intentées par des tiers pour atteinte à leurs droits de propriété industrielle (par. 21). Elles souhaiteront peut-être spécifier la procédure à suivre et énoncer leurs droits et obligations en cas d'action de ce genre (par. 22).

L'entrepreneur souhaitera sans doute obliger l'acquéreur à préserver le caractère confidentiel du savoir-faire fourni. Le contrat devrait clairement définir l'étendue de l'obligation de la confidentialité et prévoir les cas où l'acquéreur peut raisonnablement avoir à divulguer ce savoir-faire à des tiers (par. 23 et 24).

Lors de la rédaction des dispositions contractuelles relatives à la formation du personnel de l'acquéreur, on pourra traiter de questions

telles que les catégories et le nombre des stagiaires, leur qualification, la procédure de sélection et les lieux et la durée de la formation (par. 27 à 29).

Les obligations de l'entrepreneur en matière de formation devraient être clairement fixées. Il pourra être tenu d'engager des formateurs ayant les qualifications et l'expérience requises (par. 30). Le contrat devrait aussi fixer les conditions de paiement de la formation (par. 31).

Lorsque les données et les compétences techniques sont communiquées sous forme de documents, le contrat peut traiter de questions telles que la description des pièces à fournir, les démonstrations indispensables à leur compréhension et le calendrier de leur remise (par. 33 et 34).

A. Remarques générales

1. L'installation à construire utilisera divers procédés techniques pour la fabrication de produits sous une forme utilisable ou commercialisable. L'acquéreur souhaitera généralement acquérir une connaissance de ces divers procédés et de leur application. Il voudra également acquérir les données et connaissances techniques nécessaires à l'exploitation et à l'entretien de l'installation. Même si l'acquéreur est en mesure d'entreprendre certains éléments de la construction (par exemple, la construction des bâtiments, les travaux de génie civil), il peut avoir besoin de connaître des procédés techniques spéciaux pour pouvoir effectuer la construction d'une manière qui réponde à l'objet de l'installation. La transmission à l'acquéreur de ces connaissances, données et compétences est souvent désignée par l'expression "transfert des techniques".

2. On notera que divers arrangements contractuels peuvent être adoptés pour la fourniture des techniques et l'exécution des autres obligations nécessaires à la construction de l'installation (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle"). Par exemple, l'acquéreur peut choisir un entrepreneur à même de fournir les techniques à incorporer dans l'installation, ainsi que de construire l'installation ou la partie de l'installation incorporant ces techniques. Il peut aussi conclure un contrat pour la fourniture des techniques et un ou plusieurs contrats distincts pour la construction de l'installation à laquelle seront incorporées ces techniques.

3. Le transfert des techniques peut revêtir différentes formes. Il peut s'effectuer par l'octroi de licences pour l'utilisation de produits ou procédés industriels couverts par diverses formes de propriété industrielle. La plupart des systèmes juridiques prévoient l'enregistrement, à certaines conditions, des produits ou procédés industriels qui sont dès lors homologués et protégés en vertu des règles applicables à la propriété industrielle dans le pays d'enregistrement. Le détenteur d'un droit de propriété industrielle obtient le droit exclusif d'exploiter les produits ou procédés qui font l'objet du titre de propriété. Les brevets constituent une forme courante de propriété industrielle. Dans nombre de pays, l'inventeur d'un produit ou d'un procédé a le droit de demander à un organisme public agréé de lui accorder un brevet protégeant son invention dans le pays. Une fois le brevet accordé pour une durée limitée déterminée par la loi, l'invention brevetée ne peut être exploitée dans le pays qu'avec l'accord du détenteur du brevet. On peut faire une demande de brevet dans plus d'un pays. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent également d'autres formes de

propriété industrielle. Par exemple, les signes distinctifs servant à identifier les marchandises et à indiquer leur origine (faisant apparaître, par exemple, qu'elles proviennent d'un fabricant déterminé) peuvent être protégés par un enregistrement en tant que marques de fabrique. Une marque de fabrique brevetée ne peut être utilisée sans l'assentiment du détenteur du brevet couvrant cette marque de fabrique. Dans des cas de cet ordre, le transfert des techniques se produit au moment où la marque de fabrique est brevetée. Le détenteur d'un brevet ou le propriétaire d'une marque de fabrique peut octroyer une licence de brevet ou de marque à l'acquéreur (c'est-à-dire autoriser celui-ci, sous réserve des conditions énoncées dans la licence, à utiliser l'objet du brevet ou de la marque, moyennant compensation financière). Certains systèmes juridiques reconnaissent d'autres formes de propriété industrielle telles que les modèles d'utilité et les dessins ou modèles industriels.

4. Un des moyens d'assurer un transfert complet et permanent de techniques de l'entrepreneur à l'acquéreur s'agissant du produit ou du procédé industriel considéré consiste à instituer entre eux une opération conjointe ayant pour objet d'exploiter l'installation industrielle. Certains des avantages que présentent les opérations conjointes entre entrepreneurs et acquéreurs sont mentionnés au chapitre II, "Choix de la formule contractuelle", par. 26 à 31. L'acquéreur, si le transfert des techniques présente de l'importance pour lui, doit s'enquérir assez tôt de la possibilité de constituer l'une des diverses opérations conjointes susceptibles d'être instituées.

5. Il peut arriver que certains procédés industriels ne soient connus que d'une seule ou de quelques entreprises et que celles-ci ne souhaitent pas ou n'aient pas pu les protéger en les enregistrant conformément aux règles applicables à la propriété industrielle. Elles peuvent de ce fait tenir ces connaissances secrètes. Dans de tels cas, le transfert des techniques peut consister en la communication de ces connaissances (en général appelées savoir-faire) à l'acquéreur[1]. Cette communication est d'ordinaire soumise à des conditions relatives au respect de la confidentialité par l'acquéreur (voir plus loin, par. 24 et 25).

6. Les données et compétences nécessaires à l'exploitation et à l'entretien de l'installation peuvent être communiquées par l'entrepreneur au moyen de la formation du personnel de l'acquéreur (voir plus loin, sect. D) ou sous forme de documents (voir plus loin, sect. E). On notera que les divers modes de transfert de techniques mentionnés dans ce paragraphe et dans le paragraphe précédent peuvent être combinés.

7. On ne prétend pas, dans le *Guide*, épuiser les questions liées à la négociation et à la rédaction des contrats concernant l'octroi de licences de propriété industrielle ou la fourniture de savoir-faire, car cette question a déjà été traitée en détail dans des publications établies par certains organismes des Nations Unies[2]. On s'est borné dans le présent chapitre à cerner certaines questions importantes que les parties voudront bien examiner lorsqu'un contrat de construction comporte des dispositions en matière de licences de propriété industrielle ou de fourniture de savoir-faire.

8. En rédigeant les dispositions contractuelles relatives au transfert des techniques, les parties devront tenir compte des règles juridiques impératives applicables à de tels transferts qui peuvent être en vigueur dans le pays de l'acquéreur et de l'entrepreneur[3]. Le transfert peut être réglementé directement par des lois ayant expressément trait à la question. C'est le cas notamment des

règles juridiques interdisant ou limitant le transfert de certaines techniques de pointe. Les contrats qui ne respectent pas de telles interdictions ou limitations peuvent être nuls ou non exécutoires. Selon certaines règles juridiques, les contrats comportant un transfert de techniques doivent être approuvés par un organisme public avant d'entrer en vigueur. Un tel organisme peut, en application de la politique technologique nationale, exiger que le contrat contienne des dispositions prévoyant le transfert de certaines techniques appartenant à l'entrepreneur (par exemple, des techniques qui pourraient permettre d'améliorer la productivité dans le pays de l'acquéreur), ou exiger la suppression ou la modification des dispositions concernant le transfert d'autres types de techniques (par exemple, lorsqu'il existe des techniques locales équivalant à celles dont le transfert est demandé). Les contrats ou dispositions contractuelles qui ne seraient pas approuvés seraient nuls ou non exécutoires. En outre, il existe souvent des règles juridiques annulant ou rendant inexécutoires les dispositions contractuelles qui, dans des transactions concernant le transfert des techniques, limitent la concurrence entre des entités, ou entravent le développement technologique d'un pays (voir plus loin, par. 12). Certaines règles juridiques peuvent également régir le prix des techniques. Elles peuvent, par exemple, exiger qu'un prix soit fixé séparément pour chaque élément du transfert des techniques, ou réglementer le montant à acquitter, ou le mode de paiement (par exemple, le mode de calcul des redevances).

9. Il peut y avoir réglementation indirecte du transfert des techniques lorsque des licences d'exportation ou d'importation ne sont pas accordées pour du matériel incorporant certains types de techniques, ou lorsque l'autorisation d'effectuer le paiement correspondant à telle ou telle technique est refusée en vertu de la réglementation des changes. Même lorsque la loi du pays de l'acquéreur réglemente impérativement le transfert de techniques dans l'intérêt de l'acquéreur, des dispositions contractuelles peuvent être nécessaires pour compléter le transfert et faire en sorte que l'acquéreur obtienne les connaissances et compétences requises pour exploiter l'exploitation afin de satisfaire aux critères de fonctionnement spécifiés dans le contrat. Les dispositions contractuelles relatives au transfert de techniques revêtent une importance encore plus grande lorsque le transfert des techniques n'est pas réglementé dans le pays de l'acquéreur.

10. Lorsque les soumissionnaires ou les entreprises avec lesquelles l'acquéreur négocie (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat") ont présenté des offres de construction de l'installation fondées sur des procédés techniques différents, il incombe à l'acquéreur de déterminer quel est le procédé qui répond le mieux à ses besoins et à la situation locale. Une technique moins complexe ou plus ancienne peut être la plus appropriée, en particulier si elle peut être acquise à moindre coût.

B. Questions communes aux dispositions concernant les licences et le savoir-faire

1. *Description des techniques*[4]

11. Dans certains cas, il peut importer que les techniques soient décrites avec précision et en détail, par exemple lorsque l'acquéreur a retenu la formule des contrats multiples et conclu un contrat avec une entreprise pour la fourniture

des techniques et pour la fourniture et la mise en place de certains des équipements nécessaires à l'utilisation des techniques et d'autres contrats avec d'autres entreprises pour l'exécution d'autres obligations liées à la construction de l'installation (par exemple, la fourniture de la conception de l'installation, les travaux de génie civil ou la construction des bâtiments). Même lorsqu'un entrepreneur unique doit s'acquitter de toutes les obligations liées à la construction de l'installation (par exemple, dans le cadre d'un contrat clefs en main), une telle description peut se révéler nécessaire si l'acquéreur exige qu'une technique particulière soit utilisée. Dans certains cas, toutefois, l'acquéreur préférera que les obligations de l'entrepreneur clefs en main consistent en la construction d'une installation qui, une fois opérationnelle, devra respecter des critères de fonctionnement donnés (par exemple, elle devra produire des biens dont la qualité et la quantité seront celles qui sont stipulées au contrat). Dans ce cas, une description générale des techniques pourra suffire et l'entrepreneur pourra être tenu de fournir cette description car il aura une connaissance particulière des techniques qu'il envisage d'incorporer à l'installation.

2. *Conditions limitant l'utilisation des techniques*

12. L'entrepreneur n'est parfois disposé à transférer des techniques que si l'acquéreur accepte certaines restrictions quant à leur utilisation, ou à son droit de disposer des produits obtenus par leur application. Certaines de ces restrictions sont régies par des règles juridiques impératives dans de nombreux pays (par exemple, déclarées nulles ou non exécutoires), non seulement parce qu'elles risquent d'entraîner des difficultés pour l'acquéreur, mais aussi parce qu'elles peuvent être incompatibles avec l'ordre public (par exemple, elles peuvent freiner la concurrence ou empêcher le développement du potentiel technologique national). Il existe aussi des règles juridiques à l'échelon régional réglementant de telles restrictions sur la base de l'ordre public de la région. Des travaux sont également en cours, sur le plan mondial, en vue d'élaborer des normes qui puissent être applicables à ces restrictions lorsqu'elles jouent dans des transactions internationales concernant le transfert des techniques[5]. On n'a pas cherché, dans le présent chapitre, à énoncer des recommandations normatives sur la formulation de ces restrictions, mais on s'est contenté d'en décrire quelques-unes, particulièrement importantes dans le contexte des contrats de construction, et d'exposer les intérêts des parties en la matière. Il est des plus souhaitable que les parties s'efforcent de négocier des dispositions qui soient équilibrées et qui n'imposent que les restrictions nécessaires à la protection des intérêts légitimes de chacune des parties.

13. Il arrive que l'entrepreneur cherche à inclure dans le contrat une clause obligeant l'acquéreur à acheter à lui-même, ou à des fournisseurs par lui désignés, la totalité ou une partie des matières premières ou des produits semi-finis nécessaires à la production de biens dans l'installation. Tel peut être le cas quand, par exemple, une relation peut être établie entre les biens produits par l'installation et l'entrepreneur (par exemple, si ces biens portent sa marque de fabrique) et lorsque la qualité de la production dépend de la qualité des matériaux ou produits utilisés. Il se peut aussi que l'entrepreneur veuille prévenir toute baisse de qualité des produits s'il doit les acheter ou s'ils doivent être fournis à ses clients. Une telle clause peut toutefois être désavantageuse

pour l'acquéreur (par exemple, s'il a la possibilité de se procurer auprès d'autres sources à des conditions plus avantageuses des matériaux ou produits de la même qualité que ceux que l'entrepreneur souhaite lui fournir). On peut envisager une disposition conciliant ces intérêts concurrents en stipulant, par exemple, que l'acquéreur est tenu d'acquérir les matériaux ou produits auprès de l'entrepreneur, mais que celui-ci est tenu quant à lui de fournir ces matériaux ou produits à des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles qu'il consent à ses autres clients, ou que celles consenties à l'acquéreur par d'autres fournisseurs pour des matériaux ou produits de même qualité.

14. L'entrepreneur peut parfois vouloir inclure une clause interdisant à l'acquéreur d'adapter la technique ou d'y apporter des innovations. Ce faisant, il peut être motivé par la crainte que de telles adaptations ou innovations n'entraînent une baisse de la qualité des produits obtenus grâce à cette technique et que cette baisse de la qualité ne lui soit préjudiciable (voir le paragraphe précédent). Or, l'acquéreur peut souhaiter adapter la technique à la situation locale ou y apporter des innovations permettant de diminuer les coûts de production, même au prix d'une légère baisse de la qualité des produits, laquelle serait peut-être sans grandes conséquences pour lui, eu égard à ses besoins. On pourrait envisager une clause conciliant les intérêts des parties qui stipulerait, par exemple, que l'acquéreur ne pourra pas adapter la technique ou y apporter des innovations sans l'agrément de l'entrepreneur si les marchandises qui seront produites dans l'installation portent la marque de fabrique de l'entrepreneur.

15. L'entrepreneur peut aussi chercher à inclure une clause obligeant l'acquéreur à lui communiquer toute amélioration qu'il apporterait à la technique en cours d'application. Une telle clause peut présenter certains inconvénients pour l'acquéreur. Elle risque de l'empêcher de concurrencer l'entrepreneur dans le domaine technique en question, en maintenant les connaissances techniques de l'entrepreneur à un niveau au moins égal à celui de l'acquéreur. Si l'acquéreur est tenu non seulement de communiquer les améliorations éventuelles à l'entrepreneur, mais aussi de ne pas les divulguer à des tiers, il peut se trouver dans l'impossibilité d'en tirer pleinement parti sur le plan commercial. Si les améliorations doivent être communiquées à l'entrepreneur gratuitement, il peut alors en bénéficier aux dépens de l'acquéreur. Comme chaque partie à un transfert de techniques a généralement intérêt à profiter des améliorations que lui apporte l'autre partie, le contrat peut, par exemple, stipuler que chaque partie est tenue de communiquer à l'autre les améliorations qu'elle a apportées à la technique et la partie à laquelle sont communiquées ces améliorations peut quant à elle être tenue de verser une somme raisonnable en échange. Les parties peuvent également prendre des dispositions pour organiser des activités de recherche communes en vue d'améliorer la technique.

16. L'entrepreneur peut parfois désirer inclure dans le contrat une clause empêchant l'acquéreur d'exporter vers des pays spécifiés dans le contrat les produits fabriqués à l'aide de la technique transférée. Il se peut qu'il ait antérieurement fourni un savoir-faire confidentiel à des entreprises de ces pays en prenant à leur égard l'engagement de faire en sorte que des tiers auxquels ce savoir-faire serait fourni ultérieurement n'entreraient pas en concurrence avec elles dans les pays en question. Il se peut aussi qu'une entreprise autre que l'entrepreneur ait des droits de propriété industrielle sur la même technique

dans lesdits pays et que l'exportation de produits vers ces pays par l'acquéreur puisse entraîner l'ouverture d'une procédure judiciaire contre l'entrepreneur. L'acquéreur peut lui-même trouver son intérêt, en principe, dans les restrictions à l'exportation s'il souhaite que l'entrepreneur empêche d'autres entreprises d'exporter vers le pays de l'acquéreur des produits concurrents fabriqués au moyen de la même technique. En revanche, l'acquéreur peut chercher à s'assurer des débouchés à l'exportation une fois épuisées les possiblités d'écoulement sur le marché local. Les règles juridiques impératives concernant les pratiques commerciales restrictives[6] et le transfert des techniques revêtent une importance particulière dans le domaine des restrictions à l'exportation et les parties jugeront sans doute bon de convenir d'une disposition équitable tenant compte de ces règles. Par exemple, si des restrictions à l'exportation sont imposées à l'acquéreur pour certains marchés, d'autres marchés d'exportation lui seront réservés exclusivement.

3. *Garanties*[7]

17. Lorsque l'on a retenu la formule du contrat clefs en main et que les obligations de l'entrepreneur consistent avant tout en la construction d'une installation qui, lorsqu'elle sera en état de fonctionner, devra respecter des critères de fonctionnement donnés (voir plus haut, par. 11), aucune garantie particulière concernant la technique ne sera sans doute nécessaire, car les garanties concernant le fonctionnement de l'installation stipuleront que l'entrepreneur doit fournir des techniques appropriées. Mais lorque l'on a retenu la formule des contrats multiples (voir plus haut, par. 11), le fournisseur des techniques peut répugner à donner une garantie concernant le fonctionnement de l'installation, car, pour que l'installation fonctionne conformément aux critères spécifiés, il faudra que d'autres entreprises s'acquittent comme il convient de leurs obligations en matière de construction. Le fournisseur des techniques peut dans de tels cas devoir garantir que l'utilisation des techniques permettra de faire fonctionner l'installation conformément à des critères donnés, à condition que les techniques soient utilisées et que l'installation soit construite conformément à des conditions par lui spécifiées (par exemple, recours à certaines méthodes de construction, normes, éléments et matières premières; utilisation d'une conception donnée pour l'installation; respect de certaines conditions d'exploitation). Les garanties relatives au fonctionnement de l'installation, ainsi que des questions telles que la durée, le commencement et la prorogation de la période de garantie et les vices exclus de la garantie, sont traitées au chapitre V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 26 à 31".

4. *Paiement des techniques*[8]

18. Le prix des techniques transférées est en général déterminé sous forme d'un paiement forfaitaire ou de redevances. La méthode du prix unitaire (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 25 à 27) ne convient donc pas car ce ne sont pas des unités qui sont fournies. Lorsque l'entrepreneur se procure des techniques auprès d'un tiers, les parties peuvent parfois souhaiter adopter la méthode du contrat en régie et stipuler que les dépenses encourues pour l'acquisition des techniques seront remboursées par l'acquéreur, à condition qu'elles ne dépassent pas un plafond donné (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 15).

19. Si l'on utilise la méthode du paiement forfaitaire, le prix total est fixé au moment de la conclusion du contrat, et ce prix est payable en un seul versement ou en plusieurs fractions. Cette méthode est souvent retenue pour la fourniture de savoir-faire. Si l'on utilise la méthode des redevances, le prix payable (c'est-à-dire la redevance) est fixé par référence à tel ou tel résultat économique de l'utilisation des techniques transférées. Par exemple, la redevance est souvent fixée par référence au volume de production, aux ventes ou aux bénéfices tirés de l'utilisation de la technique. Lorsque l'on se fonde sur le volume de production, la redevance peut être déterminée, par exemple, selon un montant fixe par unité ou quantité (par tonne, par litre, etc.) produite. Si l'on prend comme référence les ventes, la redevance sera déterminée en pourcentage du prix de vente. Pour chacune de ces méthodes, il faudra définir avec soin le sens des mots "production", "prix de vente" ou "bénéfices".

20. Chaque méthode de calcul du prix peut présenter des avantages et des inconvénients[9], selon la situation économique dans laquelle le contrat a été conclu. Si, par exemple, des redevances sont payables pendant une longue période, la conjoncture peut évoluer et influer sur le volume des ventes et, partant, sur les redevances. Les deux méthodes peuvent aussi être combinées (par exemple, un paiement forfaitaire initial suivi du versement d'une redevance).

5. *Actions intentées par des tiers*[10]

21. L'acquéreur pourra souhaiter que l'entrepreneur atteste dans le contrat qu'aucune action ne sera intentée contre l'acquéreur du fait de l'utilisation des techniques transférées par un tiers dont les droits de propriété industrielle pourraient être enfreints par cette utilisation. La violation de tels droits peut être imputable, par exemple, à l'utilisation d'un procédé transféré ou à la distribution des produits fabriqués au moyen de ce procédé ou à la construction de l'installation elle-même. L'entrepreneur pourra souhaiter que l'acquéreur atteste dans le contrat que, dans les cas où l'entrepreneur aura eu à fabriquer des équipements conformément à des plans fournis par l'acquéreur, cette fabrication n'enfreindra pas les droits de propriété industrielle d'un tiers. Comme il est difficile de mener une enquête à l'échelle mondiale pour déterminer si des tiers ont des droits de propriété industrielle sur la technique transférée, le fournisseur se contentera généralement de garantir que l'utilisation des techniques transférées n'enfreindra pas les droits de tiers dans des pays donnés.

22. Les parties peuvent souhaiter spécifier la procédure à suivre en cas d'action intentée par un tiers prétendant que ses droits de propriété industrielle ont été violés ou que les droits de propriété industrielle détenus par les parties sont sans validité. Chaque partie peut être tenue de notifier toute action à l'autre dès qu'elle en a connaissance. Si une action en justice est intentée contre le cessionnaire de la technique du fait du transfert, le fournisseur pourra être tenu de l'aider à se défendre, par exemple en assumant les frais de la défense, en lui donnant des conseils juridiques ou en donnant des preuves de la validité de ses propres droits de propriété industrielle. Les parties pourront s'attacher à déterminer leurs droits et obligations pendant que la procédure judiciaire est en cours (par exemple, elles peuvent prévoir la suspension du versement des redevances par l'acquéreur durant la procédure). Elles peuvent en outre

stipuler, par exemple, que, si le demandeur obtient gain de cause et qu'il appert que le fournisseur ne pouvait garantir que l'utilisation de la technique transférée n'enfreindrait pas les droits de tiers (voir les paragraphes précédents), le versement des redevances doit cesser, que les redevances déjà payées doivent être remboursées ou qu'une technique modifiée, n'enfreignant pas les droits de tiers et permettant de faire fonctionner l'installation conformément au contrat, doit être fournie[11].

C. Question intéressant les seules dispositions relatives au savoir-faire : la confidentialité[12]

23. L'entrepreneur exigera habituellement que le savoir-faire fourni par lui reste confidentiel (voir plus haut, par. 5). Cette exigence peut être formulée à deux stades. L'entrepreneur peut, en premier lieu, fournir quelques éléments de savoir-faire à l'acquéreur durant les négociations, afin que l'acquéreur puisse décider s'il souhaite conclure un contrat et faire des propositions quant à ses dispositions. L'entrepreneur tient généralement à ce que ce savoir-faire reste confidentiel. En second lieu, si le contrat est conclu, l'entrepreneur exigera que les autres éléments de savoir-faire fournis par la suite restent confidentiels. A cette fin, il est parfois nécessaire, dans certains systèmes juridiques, que les parties concluent, avant l'ouverture des négociations, un accord par lequel l'acquéreur s'engage à ne pas divulguer le savoir-faire fourni durant les négociations et, par la suite, incluent dans le contrat de construction des dispositions pertinentes si les négociations aboutissent à la conclusion d'un contrat. Dans d'autres systèmes juridiques, les parties sont tenues de faire preuve de bonne foi durant les négociations. Il s'agit notamment du respect de la confidentialité par l'acquéreur. Lorsque la loi applicable impose des obligations en matière de respect de la bonne foi, l'entrepreneur pourra se demander s'il lui est nécessaire de compléter ces obligations par des obligations contractuelles en matière de confidentialité.

24. La mesure dans laquelle les dispositions contractuelles peuvent imposer des obligations à l'acquéreur quant à la confidentialité peut être fonction des règles juridiques impératives du pays de l'acquéreur. Ces dispositions contractuelles pourraient traiter des questions suivantes : identification précise du savoir-faire devant rester confidentiel, durée de l'obligation de confidentialité (par exemple, un délai déterminé) et mesure dans laquelle le savoir-faire peut être divulgué (par exemple, la divulgation peut être autorisée dans des circonstances particulières ou à l'égard de personnes données). Les parties pourront souhaiter stipuler qu'une fois que le savoir-faire confidentiel tombe dans le domaine public, l'obligation de confidentialité disparaît, de même que l'obligation de verser des redevances. Les parties voudront peut-être aussi stipuler, par exemple, qu'un ingénieur employé par l'acquéreur pour superviser la construction doit avoir accès à ce savoir-faire dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa tâche. Elles pourront en outre souhaiter stipuler que, si le contrat est résilié par l'acquéreur du fait de la défaillance de l'entrepreneur, ou d'un empêchement exonératoire qui interdit à ce dernier d'achever la construction (par exemple, si la réglementation du pays de l'entrepreneur lui interdit d'exporter certains équipements) et que l'acquéreur souhaite achever la construction en engageant un autre entrepreneur, l'acquéreur pourra divulguer à cet autre entrepreneur les éléments de savoir-faire dont il a besoin pour

achever la construction. L'acquéreur peut toutefois être tenu d'obtenir de l'ingénieur ou du nouvel entrepreneur, avant de lui divulguer ce savoir-faire, qu'il s'engage à ne pas le divulguer à d'autres.

25. Dans certains cas, c'est l'entrepreneur qui peut être tenu de l'obligation de confidentialité (par exemple, lorsque des améliorations apportées à la technique par l'acquéreur sont communiquées à l'entrepreneur). Une disposition contractuelle à cette fin peut être incluse dans le contrat. Les questions dont il faut tenir compte lors de la rédaction d'une disposition contractuelle imposant le respect de la confidentialité à l'acquéreur (voir plus haut, par. 24) peuvent également être pertinentes en pareil cas.

D. Formation du personnel

26. La formation du personnel de l'acquéreur est la principale méthode de transfert à l'acquéreur des données et compétences techniques requises pour une exploitation et un entretien efficaces de l'installation. Afin de pouvoir évaluer ses besoins en matière de formation, l'acquéreur peut, dans l'appel d'offres au cours de la négociation du contrat, demander à l'entrepreneur de lui fournir un organigramme indiquant le personnel nécessaire à l'exploitation et à l'entretien de l'installation, ainsi que les connaissances de base techniques et autres requises de ce personnel (voir aussi le chapitre XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction"). Cet état des besoins devrait être suffisamment détaillé pour permettre à l'acquéreur de déterminer la formation requise, compte tenu du personnel dont il dispose. L'entrepreneur sera souvent à même d'assurer la formation. Dans certains cas, toutefois, un ingénieur-conseil ou un établissement spécialisé dans la formation pourront l'assurer de façon plus efficace.

27. Il peut être bon que le contrat précise les catégories d'employés auxquels une formation sera dispensée, le nombre de personnes à former et la durée de la formation. Il peut être aussi souhaitable de déterminer les qualifications requises des stagiaires pour tel ou tel poste (par exemple, niveau d'instruction, connaissances linguistiques, qualifications techniques, expérience professionnelle). Si ces qualifications ne sont pas définies au contrat, l'entrepreneur pourra être fondé à imputer l'échec éventuel de la formation au fait que les stagiaires ne possédaient pas les qualifications requises. Les parties pourront également vouloir stipuler que la sélection des stagiaires se fera d'un commun accord. Malgré ces dispositions, l'entrepreneur peut découvrir au cours de la formation qu'il lui est impossible de former tel ou tel stagiaire. Il pourra dans ce cas être tenu d'en informer immédiatement l'acquéreur avec preuves à l'appui. Les parties pourront alors être tenues de se consulter afin de trouver une solution appropriée.

28. Il est souhaitable de définir clairement les obligations de formation de l'entrepreneur pour chaque catégorie de stagiaires. A ce propos, le contrat peut obliger l'entrepreneur à établir à l'intention de l'acquéreur un programme de formation qui permettra aux stagiaires d'acquérir les connaissances et compétences nécessaires à l'exercice des fonctions qui leur seront assignées dans l'exploitation et l'entretien de l'installation. Ce programme peut comporter un calendrier de formation cadrant avec celui des travaux. Les parties peuvent stipuler que la formation devra avoir été menée à bien à la date convenue pour

l'achèvement des travaux. Ce programme devrait également décrire le contenu de la formation qui sera dispensée et le contrat pourra stipuler que le programme devra être approuvé par l'acquéreur. Ce dernier pourra être obligé de ne pas retirer ces stagiaires, sans motif valable, durant l'exécution du programme de formation.

29. La formation devra souvent être dispensée à la fois sur le chantier et à l'étranger. On pourra spécifier les lieux de formation à l'étranger. Il s'agit généralement des établissements de l'entrepreneur; dans certains cas, toutefois, la formation requise ne pourra être assurée que dans les installations ou usines de tiers (par exemple, les fournisseurs de matériel), auquel cas l'entrepreneur pourra être tenu d'obtenir le placement des stagiaires dans ces établissements. Il peut être bon de stipuler également que la formation devra tenir compte des conditions dans lesquelles les stagiaires auront à travailler dans le pays de l'acquéreur. Les parties peuvent aussi souhaiter préciser les conditions de travail et les conditions d'existence tant pour les stagiaires qui seront formés à l'étranger que pour les formateurs qui auront à dispenser la formation dans le pays de l'acquéreur. L'entrepreneur peut être tenu de faciliter l'obtention des visas, permis d'admission ou permis de travail nécessaires lorsque la formation doit être dispensée à l'étranger.

30. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à recruter des formateurs ayant les qualifications et l'expérience requises et à communiquer à l'acquéreur avant le commencement de la formation tous les renseignements pertinents. Lorsqu'elles définiront les obligations en matière de formation, les parties voudront peut-être tenir compte des dispositions juridiques régissant l'emploi du personnel à former, car il se peut qu'elles régissent les qualifications et l'expérience que doit posséder ce personnel. Lorsque les parties concluent un contrat produit en main (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 7), l'entrepreneur est tenu de prouver durant une période d'essai que l'installation peut être exploitée de manière satisfaisante par le personnel de l'acquéreur. Ainsi, l'entrepreneur doit dispenser au personnel de l'acquéreur la formation requise pour qu'il puisse exploiter l'installation. En pareil cas, il peut être superflu de spécifier les obligations de l'entrepreneur en matière de formation.

31. Dans certains cas, seule une formation minimale du personnel de l'acquéreur sera nécessaire; il pourra s'agir de le familiariser sur place avec les procédures d'exploitation et d'entretien de l'installation. Les parties pourront souhaiter convenir que cette formation sera gratuite, dans la mesure où elle est connexe aux obligations de l'entrepreneur de fournir et construire l'installation. Lorsqu'une formation plus poussée est nécessaire, le prix de la formation pourra être inclus dans le prix d'ensemble de la construction, mais calculé séparément, ou bien il pourra être payé séparément. Ce prix pourra être acquitté par versements échelonnés (par exemple, un pourcentage à titre d'avance, un autre pourcentage durant l'exécution du programme de formation et le paiement du solde sur preuve que le programme a été mené à terme). Le programme de formation peut entraîner d'autres dépenses (par exemple, les frais de subsistance des stagiaires dans le pays de l'entrepreneur, ou les frais de subsistance des formateurs de l'entrepreneur dans le pays de l'acquéreur) et il est souhaitable de prévoir à l'avance la manière dont ces dépenses seront réparties. Le contrat peut stipuler que la fraction du prix de la formation englobant les dépenses encourues dans le pays de l'acquéreur sera payée dans la monnaie de ce pays (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 35).

32. Pour des raisons d'ordre pratique, il arrive qu'il soit impossible de résoudre certaines des questions qui se posent à propos de la formation lors de la conclusion du contrat (la date du début de la formation, ou sa durée, par exemple). Les parties pourront souhaiter convenir que ces questions seront réglées par elles dans un délai donné après la conclusion du contrat.

E. Fourniture de la documentation

33. Les données et compétences techniques requises pour une exploitation et un entretien efficaces de l'installation peuvent aussi être communiquées sous forme d'une documentation technique. Cette documentation peut consister en des plans, dessins, formules, manuels d'exploitation et d'entretien et instructions de sécurité. Il peut être bon d'énumérer dans le contrat les documents à fournir. L'entrepreneur peut être tenu de fournir des documents complets, clairement rédigés, dans une langue donnée. Il peut être souhaitable d'obliger l'entrepreneur, sur la demande de l'acquéreur, à faire la démonstration des procédures exposées dans les documents si une telle démonstration est nécessaire à leur compréhension.

34. Le calendrier de remise des documents pourra lui aussi être spécifié dans le contrat. Le contrat peut stipuler que tous les documents devront avoir été fournis à la date fixée par le contrat pour l'achèvement de la construction. Les parties pourront également vouloir stipuler que la construction ne sera pas considérée comme achevée tant que tous les documents relatifs à l'exploitation de l'installation devant être fournis avant l'achèvement en vertu du contrat ne l'auront pas été. Il peut être bon de spécifier que certains documents (par exemple, les manuels d'exploitation) devront être fournis durant la construction, car ces documents pourront permettre au personnel ou à l'ingénieur de l'acquéreur de comprendre le fonctionnement des engins ou équipements en cours de montage. Il peut être également bon de stipuler que l'entrepreneur sera tenu d'indemniser l'acquéreur pour tout préjudice subi du fait d'erreurs ou d'omissions dans la documentation (voir chap. XX, "Dommages-intérêts", et chap. XXI, "Clauses d'exonération").

Notes du chapitre VI

[1]Dans certains pays, les mots "octroi de licence" sont employés pour désigner à la fois l'autorisation d'exploiter des droits de propriété industrielle et la communication du savoir-faire. Dans le présent chapitre, ces mots ne sont utilisés que dans la première acception.

[2]La négociation et la rédaction des contrats relatifs à l'octroi de licences de propriété industrielle et à la fourniture de savoir-faire sont traitées en détail dans le *Guide sur les licences pour les pays en développement*, établi par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) [publication de l'OMPI n° 620 (F), 1977], ci-après dénommé le *Guide de l'OMPI*. Les principaux points à prendre en considération pour la négociation et la rédaction de tels contrats sont exposés dans les *Principes directeurs pour l'évaluation des transferts de technologie*, établis par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) [publication de l'ONUDI, ID/233, 1979], ci-après dénommés les *Principes directeurs de l'ONUDI*, et dans le *Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de "Know-how" (savoir-faire) dans l'industrie mécanique*, établis par la Commission économique pour l'Europe (CEE) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.II.E.15]. On se reportera également au *Manuel sur l'acquisition de technologie par les pays en développement*, établi par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) [publication de la CNUCED, UNCTAD/TT/AS/5, 1978].

[3]Voir le *Guide de l'OMPI*, section U, "Approbation des pouvoirs publics". Les règles juridiques applicables dans plusieurs pays au transfert de techniques sont présentées dans la "Compilation de textes juridiques relatifs au transfert et au développement de la technologie" (document de la CNUCED TD/B/C.6/81, 1982).

[4]Voir le *Guide de l'OMPI*, section D, 1, "Identification et description de la technique de base".

[5]Ces normes sont négociées dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur un code international de conduite pour le transfert de technologie, organisée sous les auspices de la CNUCED.

[6]Un projet de loi type sur les pratiques commerciales restrictives est en cours d'établissement sous les auspices de la CNUCED.

[7]Voir le *Guide de l'OMPI*, section G, 4, "Garantie de savoir-faire", et les *Principes directeurs de l'ONUDI*, chapitre III, "Efficacité du savoir-faire — obligations du donneur de licence en matière de garanties".

[8]Les différentes méthodes de fixation du prix payable pour les techniques sont examinées en détail dans le *Guide de l'OMPI*, section N, "Dédommagement; rétribution; prix; rémunération; redevances; horaires" et dans les *Principes directeurs de l'ONUDI*, chapitre VII, "Rémunération".

[9]Les avantages et inconvénients des différentes méthodes de fixation du prix sont examinés dans le *Guide de l'OMPI*, section n° 3, "Dédommagement pécuniaire direct : paiement forfaitaire; redevances; honoraires".

[10]Voir le *Guide de l'OMPI*, section E, "Aspects particuliers concernant les brevets" et section S, 2, d, "Garantie contre les recours en contrefaçon intentés par des tiers".

[11]Le *Guide de l'OMPI* traite des droits et obligations éventuels des parties dans la section E, "Aspects particuliers concernant les brevets", par. 202 à 205.

[12]Voir le *Guide de l'OMPI*, section G, 2, "Moyens juridiques d'empêcher la communication, la divulgation ou l'utilisation d'informations et de connaissances spécialisées précieuses". L'entrepreneur peut exiger la confidentialité, non seulement en matière de savoir-faire, mais aussi pour ce qui est des documents décrivant l'installation. Cette question est traitée au chapitre V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 23.

Chapitre VII. Prix et conditions de paiement

RÉSUMÉ

Trois grandes méthodes de fixation des prix sont généralement utilisées dans les contrats de construction. Ce sont les méthodes du contrat au forfait, du contrat en régie et du contrat à prix unitaire. Dans le contrat au forfait, l'acquéreur est tenu de verser un certain montant qui reste identique (à moins qu'il ne soit ajusté ou révisé) même s'il apparaît que les coûts de construction diffèrent de ceux qui étaient prévus au moment de la conclusion du contrat (par. 2 et par. 6 à 9).

Dans le contrat en régie, l'acquéreur est tenu de payer toutes les dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur pour la construction de l'installation, ainsi que des honoraires convenus (par. 2 et par. 10 à 24). Avec cette méthode, l'acquéreur supporte le risque d'une augmentation du coût de la construction par rapport au coût envisagé au moment de la conclusion du contrat. Les risques d'augmentation du coût de la construction que supporte l'acquéreur pourront être limités d'un commun accord grâce au plafonnement du montant total des dépenses remboursables ou à la fixation d'un coût cible (par. 13 à 15). On pourra inciter l'entrepreneur à faire preuve de parcimonie et de diligence dans la construction en fixant des honoraires cibles (par. 23).

Dans le contrat à prix unitaire, les parties conviennent d'un taux par unité de construction et le prix est fonction du total des unités effectivement utilisées pour la construction. Le risque d'une augmentation des coûts, au cas où le volume effectif des travaux dépasserait le volume prévu au moment de la conclusion du contrat, incombe à l'acquéreur alors que le risque d'une augmentation du coût de chaque unité est supporté par l'entrepreneur (par. 2 et par. 25 à 27).

Si l'acquéreur souhaite que la construction soit achevée plus tôt qu'il n'est prévu au contrat, les parties pourront convenir du versement de primes en sus du prix fixé par elles (par. 28 à 30).

Les fluctuations du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est fixé risquent de faire courir aux parties certains risques qu'il est possible de traiter dans le cadre du contrat (par. 31 à 37).

Même si elles optent pour un prix forfaitaire ou un prix unitaire, les parties souhaiteront peut-être prévoir des ajustements ou des révisions du prix dans des cas particuliers (par. 38 à 62). Le contrat pourra prévoir l'ajustement du prix lorsqu'il y a modification de la construction prévue au contrat, lorsque des données inexactes ont été fournies à l'acquéreur, lorsque l'entrepreneur se heurte à des obstacles naturels imprévisibles, ou lorsqu'il y a modification de la réglementation ou de la situation locales (par. 41 à 46).

Pour la révision du prix résultant d'un changement des coûts de construction, on pourra recourir à une clause d'indexation (par. 49 à 55). On pourra aussi appliquer la méthode des pièces justificatives. Toutefois,

cette méthode risque de ne s'appliquer que dans les cas où il serait impossible de recourir à une clause d'indexation et elle pourra se limiter aux fractions du prix fondées sur des facteurs instables (par. 56 et 57).

Les modifications du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est fixé par rapport à d'autres monnaies pourront être traitées au moyen d'une clause relative à la monnaie de paiement (par. 58 et 59) ou d'une clause relative à l'unité de compte (par. 60 à 62).

Dans les conditions de paiement figurant au contrat, on pourra stipuler que des pourcentages donnés du prix seront payables à différents stades de la construction. On pourra aussi préciser les modalités de paiement et indiquer le lieu de paiement (par. 63 à 66).

Toute avance versée par l'acquéreur pourra se limiter à la fraction du prix raisonnablement nécessaire pour couvrir les dépenses engagées par l'entrepreneur durant la phase initiale de la construction et pour le protéger contre tout préjudice en cas de résiliation du contrat durant cette phase initiale (par. 67). Le paiement des fractions du prix pendant la construction pourra être fonction de l'avancement de la construction (par. 68 à 74).

Un pourcentage donné du prix pourra être payable après réception ou, dans certains cas, prise en charge de l'installation, dès qu'il aura été prouvé que la construction a été achevée de manière satisfaisante (par. 75), le reste du prix n'étant payable qu'à l'expiration de la période de garantie (par. 76). Si un crédit est accordé par l'entrepreneur à l'acquéreur, la fraction du prix faisant l'objet du crédit pourra être payable à tempérament dans un délai donné, après prise en charge ou réception de l'installation (par. 77 à 79).

A. Remarques générales

1. Lors de l'élaboration des dispositions contractuelles relatives au prix que devra payer l'acquéreur, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Le prix couvre souvent divers éléments de la construction effectuée par l'entrepreneur, par exemple la fourniture d'équipements, de matériaux et de services et le transfert de techniques. Un délai considérable risque de s'écouler entre la conclusion du contrat et l'achèvement de la construction et, dans l'intervalle, les coûts de construction peuvent évoluer. En outre, il peut être difficile de déterminer avec précision l'ampleur de la construction au moment de la conclusion du contrat. Aussi les parties devront-elles décider à qui incomberont les risques d'une évolution des coûts et élaborer les dispositions du contrat en fonction de cette décision. Lorsque la construction de l'installation est financée par un organisme international de prêt, cet organisme peut demander que certaines des questions étudiées dans le présent chapitre soient réglées selon certaines modalités.

2. Trois grandes méthodes de fixation des prix sont pratiquées dans les contrats de construction. Les parties peuvent conclure un contrat au forfait, un contrat en régie ou un contrat à prix unitaire. Cependant, si la situation s'y prête, il est possible de combiner deux de ces méthodes, voire les trois, afin de déterminer le prix des différents éléments de la construction de l'installation.

a) *Contrat au forfait.* Dans cette méthode, les parties conviennent du montant total qui sera payé pour la construction (voir plus loin, par. 6 à 9). Ce montant est constant même si le coût effectif de la construction est différent du

coût prévu au moment de la conclusion du contrat, à moins que le contrat ou la loi applicable au contrat ne prévoit un ajustement du prix (voir plus loin, par. 41 à 46) ou sa révision (voir plus loin, par. 47 à 62).

b) *Contrat en régie.* Dans cette méthode, l'acquéreur est tenu de payer toutes les dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur pour la construction de l'intallation et de lui verser des honoraires fixés d'un commun accord qui couvrent ses bénéfices et ses frais généraux (voir plus loin, par. 10 à 24).

c) *Contrat à prix unitaire.* Dans cette méthode qui peut servir à compléter les autres méthodes, les parties conviennent d'un taux par unité de construction et le prix total du contrat est fonction du nombre total d'unités effectivement utilisées. Cette méthode peut n'être pratique que pour certaines parties de la construction (voir plus loin, par. 25 à 27).

3. Il est souhaitable que le contrat indique le prix ou la méthode de fixation du prix. Dans certains systèmes juridiques, le contrat est nul s'il n'en est pas fait état; dans d'autres systèmes juridiques, par contre, le contrat reste valide et, si les parties ne s'entendent pas sur le prix à un stade ultérieur, il est déterminé conformément aux textes applicables. Toutefois, dans certains de ces systèmes juridiques, les règles applicables au mode de fixation du prix ne sont parfois pas adaptées aux contrats de construction. Aussi, si un prix ferme ne peut pas être indiqué dans le contrat, serait-il préférable dans certains cas que les parties recourent au contrat en régie ou au contrat à prix unitaire, ou bien fixent un prix forfaitaire sous réserve, dans certains cas, d'un ajustement ou d'une révision, plutôt que d'avancer un prix provisoire devant être fixé définitivement par accord entre elles à un stade ultérieur (voir les paragraphes 11 et 26 et les paragraphes 38 à 61, ainsi que le chapitre XXIX, "Règlement des litiges", par. 3).

4. Lors du choix de la méthode de fixation du prix et de la rédaction des conditions de paiement (voir plus loin, sect. F), les parties devraient tenir compte de la réglementation applicable en matière de contrôle des changes ainsi que des autres règles de caractère administratif ou public. Le non-respect de ces règles peut entraîner la nullité du contrat ou de certaines de ces dispositions, ou sa résiliation *ipso jure*. Les problèmes particuliers qui peuvent se poser en matière de prix pour le transfert de techniques sont examinés au chapitre VI, "Transfert des techniques", par. 18 à 20. Le prix et les conditions de paiement de la fourniture de pièces de rechange et de l'entretien, de la réparation et de la gestion de l'installation par l'entrepreneur après l'achèvement de la construction sont traités au chapitre XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction".

5. Lors de la rédaction des dispositions contractuelles relatives au prix, les parties devront tenir compte de la législation fiscale du pays où l'installation doit être construite qui peut assujettir à l'impôt certains aspects de la construction. Dans le droit fiscal de certains pays, l'acquéreur peut être tenu de payer au nom de l'entrepreneur les taxes dont celui-ci est redevable dans le pays de l'acquéreur et peut déduire le montant des taxes payées du prix dû à l'entrepreneur. Dans d'autres systèmes juridiques, la pratique est la suivante : l'acquéreur peut s'engager à acquitter les taxes au nom de l'entrepreneur sans pouvoir prétendre être remboursé par lui. Les traités internationaux relatifs à la double imposition conclus entre les pays des parties peuvent s'appliquer au règlement de certaines questions fiscales posées par le contrat.

B. Méthodes de fixation des prix

1. *Contrat au forfait*

6. Dans ce type de contrat, l'entrepreneur n'a droit qu'au prix fixé par le contrat, quelles que soient les dépenses effectivement engagées par lui durant la construction. La simple utilisation de l'expression "prix forfaitaire" ne suffit pas toujours à donner ce résultat. Aussi les parties devraient-elles insérer dans le contrat des dispositions expresses à cet effet. Toutefois, elles souhaiteront peut-être prévoir l'ajustement ou la révision du prix dans certains cas précis (voir plus loin, par. 38 à 62). Elles jugeront peut-être que le prix forfaitaire convient particulièrement bien à la formule du contrat unique (voir plus loin, par. 14 et 26, et chap. II, "Choix de la formule contractuelle"). On peut aussi recourir à la méthode du prix forfaitaire lorsque l'on a choisi la formule des contrats multiples, notamment lorsque au moment de la conclusion du contrat on connaît l'ampleur des travaux de construction à effectuer et que l'on n'envisage pas de modifications ultérieures importantes touchant la nature et la qualité de l'installation.

7. Pour des raisons pratiques, il peut toutefois être bon de fractionner ce montant forfaitaire en des sommes payables pour les différentes parties de l'installation, ou pour les équipements, les matériaux, les différents types de services et le transfert des techniques. Ainsi, il est plus facile d'ajuster ou de réviser le prix dans certains cas envisagés au contrat (par exemple, en cas de modification d'une partie de la construction (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 26 à 29). En outre, ce fractionnement est nécessaire si les parties sont convenues de conditions de paiement différentes pour différentes parties de l'installation, ou pour différents types de travaux effectués par l'entrepreneur (voir plus loin, par. 64). La législation fiscale ou d'autres réglementations de caractère public peuvent aussi exiger que certains éléments du prix soient indiqués séparément, par exemple la fraction du prix à payer pour le transfert des techniques (voir chap. VI, "Transfert de techniques", par. 8).

8. Pour l'acquéreur, le principal avantage du contrat au forfait est double : d'une part, il connaît le prix total qu'il sera tenu de payer et, d'autre part, c'est l'entrepreneur qui supporte le risque d'une augmentation du coût de la construction. Or cet avantage sera moindre si le prix forfaitaire peut être ajusté ou révisé. En outre, l'acquéreur est tenu de payer le prix forfaitaire même si les dépenses engagées par l'entrepreneur sont inférieures à celles qui étaient prévues au moment de la conclusion du contrat. Le contrat au forfait présente un autre avantage pour l'acquéreur : il est généralement moins complexe à gérer que le contrat à prix unitaire qui suppose le métrage des travaux effectués en vue du calcul du prix, ou que le contrat en régie, où il est essentiel de vérifier les dépenses engagées par l'entrepreneur.

9. Dans un contrat au forfait, le prix peut comporter un montant destiné à protéger l'entrepreneur contre le risque d'une augmentation du coût de la construction; aussi est-il parfois plus élevé que lorsque l'on choisit le contrat en régie pour la même construction (voir plus loin, par. 11). En outre, il peut être souhaitable que l'acquéreur suive de près la construction pour veiller à ce que l'entrepreneur ne soit pas tenté de réduire ses coûts de construction en utilisant des matériaux ou des méthodes de construction inférieurs aux normes.

2. *Contrat en régie*

10. Si les parties optent pour le contrat en régie, le prix exact n'est pas connu au moment de la conclusion du contrat, car il est égal aux dépenses de construction effectivement engagées par l'entrepreneur, auxquelles s'ajoutent des honoraires destinés à couvrir ses frais généraux et à lui assurer des bénéfices. Pour être efficace, cette méthode de fixation du prix exige donc des dispositions contractuelles plus détaillées que dans le cas du contrat au forfait.

11. Le contrat en régie ne convient généralement qu'à un nombre limité de cas. Par exemple, lorsqu'il est impossible d'estimer avec précision, au moment de la conclusion du contrat, l'ampleur des travaux, la quantité des matériaux et les types d'équipement requis pour la construction (notamment lorsque les plans de l'installation n'ont pas été achevés parce que les travaux devaient commencer rapidement, ou lorsque la construction exige des fondations importantes et que l'on ne connaît pas avec exactitude la nature du sous-sol), ou lorsque la majeure partie de la construction doit être sous-traitée et que les prix demandés par les sous-traitants ne sont pas connus au moment de la conclusion du contrat. Cette méthode peut aussi être utilisée lorsque la construction de l'installation pose des problèmes inhabituels (par exemple, conception particulière ou travaux d'ingénierie complexes) et qu'elle met en jeu divers facteurs inconnus ayant une incidence sur le prix. Dans ce cas, si l'on optait pour un prix forfaitaire, il faudrait augmenter le prix d'un montant suffisant pour protéger l'entrepreneur contre les risques encourus. Or ce montant serait souvent trop élevé compte tenu des circonstances.

12. Le principal inconvénient du contrat en régie pour l'acquéreur tient au fait que c'est lui qui supporte le risque d'une augmentation du coût de la construction par rapport au coût prévu au moment de la conclusion du contrat. Les organismes de financement sont donc souvent opposés à ce type de contrat. Il est souhaitable que l'acquéreur dispose d'une estimation raisonnable du coût de la construction au moment de la conclusion du contrat.

a) *Méthodes visant à réduire les risques à la charge de l'acquéreur*

13. Si l'on veut réduire les risques à la charge de l'acquéreur, on pourra stipuler au contrat que l'entrepreneur sera tenu de construire l'installation de manière efficace et économique et ne pourra obtenir le remboursement des frais de construction que si ceux-ci sont raisonnables. Dans la pratique, toutefois, il peut être difficile de faire appliquer de telles obligations, qui ont un caractère général. Dans certains cas, les parties pourront s'accorder sur un plafonnement du montant total des dépenses remboursables ou sur un système de coûts cibles (voir plus loin, par. 15). En outre, les honoraires de l'entrepreneur pourront être fixés de manière à l'inciter à réduire les coûts de construction (voir plus loin, par. 23).

14. Pour la vérification des dépenses remboursables, le contrat pourra stipuler que l'acquéreur sera associé au choix des sous-traitants s'ils ne sont pas indiqués au contrat (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 15 à 26). En raison de l'intérêt que présente la participation de l'acquéreur au choix des sous-traitants, une telle méthode de fixation du prix ne pourra pas être utilisée dans la plupart des contrats clefs en main. Le contrat clefs en main a en effet pour caractéristique essentielle que l'entrepreneur assume la responsabilité de la construction de l'installation qui doit fonctionner conformément au contrat; aussi ne l'assumera-t-il que s'il peut choisir librement ses sous-traitants.

15. On pourra limiter le risque d'une augmentation du coût de la construction supportée par l'acquéreur dans un contrat en régie en plafonnant le montant total des dépenses remboursables. On pourra aussi, au moment de la conclusion du contrat, convenir d'une estimation du coût de la construction ("coût cible") sans toutefois stipuler que ce coût cible constituera le plafond du montant total des dépenses remboursables. Le contrat pourra stipuler que si les dépenses effectives dépassent le coût cible, l'entrepreneur ne recevra qu'un pourcentage du dépassement. Le contrat pourra aussi stipuler que ce pourcentage diminuera à mesure que le dépassement augmentera. Les parties pourront également convenir que si les dépenses effectives dépassent le coût cible d'un montant ou d'un pourcentage donné, l'acquéreur pourra résilier le contrat sans devoir rembourser à l'entrepreneur les frais qu'entraînera pour ce dernier la résiliation du contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 17, 18, 34 et 35). Ce droit de résiliation de l'acquéreur pourrait inciter l'entrepreneur à maintenir ses coûts dans les limites de l'estimation. Toutefois, avec cette méthode, l'acquéreur risque de se trouver face à un dilemme : soit ne pas résilier le contrat et poursuivre la construction avec l'entrepreneur en étant alors tenu de lui payer toutes les dépenses remboursables au-delà du coût cible, soit résilier le contrat et achever la construction en engageant un autre entrepreneur en tenant dûment compte des répercussions de cette décision sur le coût total.

b) *Détermination des dépenses remboursables*

16. Le contrat pourrait utilement prévoir une méthode permettant de déterminer quelles dépenses seront remboursables et quelles dépenses seront à la charge de l'entrepreneur en étant déduites de ses honoraires. Afin d'éviter des litiges quant aux types de dépenses qui sont remboursables, on pourra soit énumérer les dépenses remboursables et stipuler que toutes les autres dépenses sont à la charge de l'entrepreneur, soit énumérer les dépenses qui ne sont pas remboursables et stipuler que toutes les autres dépenses raisonnables devront être remboursées.

17. Le contrat pourra préciser quels types de frais généraux de l'entrepreneur devront être exclus des dépenses remboursables par l'acquéreur. Il pourra s'agir des dépenses liées au fonctionnement du siège de l'entrepreneur, notamment les salaires du personnel y travaillant. En outre, les frais relatifs au téléphone, au courrier et aux télégrammes pourront être exclus, même s'ils sont encourus sur le chantier. Toutefois, les salaires et autres dépenses raisonnables liées au séjour du personnel de l'entrepreneur sur le chantier pourront être considérés comme remboursables par l'acquéreur à l'entrepreneur. Dans certains cas, le contrat en régie risque de ne pas convenir à la fixation du prix des équipements fabriqués par l'entrepreneur et destinés à la construction. En pareil cas, il est souhaitable que le contrat prévoie le montant que l'acquéreur devra payer pour cet équipement. Le contrat en régie peut toutefois être utilisé pour les fournitures achetées par l'entrepreneur auprès de sous-traitants et de fournisseurs (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 1).

18. Il se peut que les petits équipements ou le petit matériel pris sur les stocks de l'entrepreneur aient été achetés par ce dernier à divers prix avant le commencement de la construction ou pendant la construction, d'où des litiges quant à la manière d'en estimer la valeur. On peut éviter ces litiges en indiquant le prix de ces articles dans des listes faisant partie intégrante du contrat.

19. Le contrat pourrait stipuler que les dépenses engagées pour la sous-traitance et les fournitures ne devraient comprendre que les dépenses effectivement engagées par l'entrepreneur, compte tenu des remises diverses qui ont pu lui être accordées par les sous-traitants et fournisseurs. Toutefois, les parties pourront se demander s'il y a lieu de tenir compte des remises accordées à l'entrepreneur contre paiement en espèces. Elles pourront juger, par exemple, que l'entrepreneur ne devrait conserver le bénéfice de ces remises que s'il a effectué ces paiements en espèces à partir de ses propres fonds et non à partir de fonds avancés par l'acquéreur.

20. Pour que la construction puisse progresser sans heurts, il faut que tous les matériaux nécessaires soient disponibles sur le chantier conformément au calendrier des travaux. Dans certains cas, toutefois, il peut être très difficile de prévoir les quantités précises requises pour la construction. Les commandes passées par l'entrepreneur peuvent être excessives et il doit parfois revendre à perte les matériaux excédentaires. Les parties souhaiteront peut-être se demander dans quelle mesure ces pertes doivent être remboursées par l'acquéreur. Le contrat pourrait, par exemple, limiter le montant des pertes remboursables.

c) *Honoraires de l'entrepreneur*

21. Les honoraires de l'entrepreneur peuvent être fixes. Le contrat pourra prévoir un ajustement des honoraires en cas de modification de l'ampleur de la construction (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 32).

22. S'il perçoit des honoraires fixes, l'entrepreneur n'est pas incité à réduire le coût de la construction; par contre, il est généralement désireux d'achever la construction le plus rapidement possible pour pouvoir percevoir ses honoraires. Il n'est pas bon que les honoraires soient calculés en pourcentage du coût effectif de la construction car cette méthode risque d'inciter l'entrepreneur à augmenter le coût de la construction. Elle est d'ailleurs interdite dans certains systèmes juridiques.

23. Pour déterminer les honoraires de l'entrepreneur, on pourra employer la méthode qui consiste à arrêter des "honoraires cibles" dont le calcul est associé à celui du coût cible (voir plus haut, par. 15). Si les dépenses remboursables sont inférieures au coût cible, les honoraires cibles seront augmentés d'un pourcentage donné des économies réalisées. Le contrat pourrait aussi stipuler qu'à mesure que ces économies augmentent, le pourcentage augmente également. Si toutefois les dépenses remboursables sont supérieures au coût cible, les honoraires cibles diminuent d'un pourcentage donné du dépassement. Le contrat pourrait en outre stipuler que plus le dépassement est grand, plus le pourcentage à déduire augmente. Outre les coûts de construction, d'autres facteurs peuvent conduire à une augmentation ou à une diminution des honoraires cibles, notamment le temps nécessaire pour achever la construction et le rendement de l'installation achevée (par exemple, consommation de matières premières ou d'énergie). On notera que l'on peut inciter l'entrepreneur à réduire les coûts de construction, non seulement en modulant ses honoraires, mais aussi en l'obligeant à assumer une part des dépenses de construction qui dépassent le coût cible (voir plus haut, par. 15).

d) *Comptabilité*

24. Afin d'assurer le bon fonctionnement du contrat en régie, on pourrait adopter une comptabilité enregistrant avec précision les dépenses engagées par

l'entrepreneur. Ce dernier pourrait être obligé de tenir des comptes conformément aux méthodes et procédures raisonnablement demandées par l'acquéreur et d'indiquer les dépenses engagées par lui et les paiements qu'il a effectués, et les parties peuvent stipuler que l'acquéreur aura accès à ces pièces comptables.

3. *Contrat à prix unitaire*

25. Dans le contrat à prix unitaire, les parties conviennent d'un taux par unité de construction et le prix total à payer est fonction du nombre d'unités de construction utilisées. Le taux fixé pour chaque unité de construction doit comprendre une marge représentant les bénéfices de l'entrepreneur. L'unité de construction peut être une unité de quantité de matériaux nécessaires à la construction (par exemple, une tonne de ciment à béton), une unité de temps de construction (par exemple, une heure de travaux d'excavation) ou une unité de quantité de construction (par exemple, un mètre cube de béton armé). Des unités de construction différentes peuvent être utilisées pour les différentes parties de la construction (par exemple, unités de matériaux pour la construction des bâtiments et unités de temps pour la mise en place d'équipements).

26. La méthode du prix unitaire peut être intéressante lorsque la quantité de matériaux ou la quantité de services nécessaire à une partie de la construction ne peut pas être calculée avec précision au moment de la conclusion du contrat et que les parties ne sont donc pas en mesure de déterminer un prix forfaitaire. Dans la plupart des cas, cette méthode n'est utilisée que combinée à d'autres méthodes de fixation des prix, car elle ne répond pas à certains aspects de la construction qui, par nature, ne peuvent pas être divisés en unités identiques (par exemple, les équipements). Elle peut être utilisée, par exemple, pour les travaux de génie civil, de construction et de mise en place d'équipements. Dans un contrat dans lequel il est difficile de contrôler le nombre d'unités nécessaires à la construction (par exemple, dans un contrat clefs en main où les techniques de construction sont choisies par l'entrepreneur), il serait souhaitable que l'acquéreur fasse le nécessaire pour évaluer équitablement le prix des travaux de construction effectués.

27. Si les parties choisissent la méthode du prix unitaire et que le contrat ne prévoit pas de révision du prix unitaire en cas de modification des coûts unitaires, les risques d'augmentation des coûts et les avantages potentiels découlant d'une diminution des coûts de construction sont répartis entre l'entrepreneur et l'acquéreur. Le prix par unité de construction étant ferme, l'entrepreneur supporte le risque d'une augmentation du coût des matériaux et du travail pour chaque unité, ou bien bénéficie d'une diminution de ces coûts. En revanche, le risque d'une augmentation du prix total estimé du contrat due à une augmentation du nombre d'unités nécessaires à la construction par rapport à l'estimation faite au moment de la conclusion du contrat est à la charge de l'acquéreur; de même, la diminution du nombre des unités nécessaires à la construction lui profitera. On peut limiter le risque à la charge de l'acquéreur en stipulant dans le contrat que l'acquéreur devra payer les unités jusqu'à un nombre donné, mais que l'entrepreneur devra prendre à sa charge le coût des unités en surnombre ou un pourcentage donné de ce coût. Dans certains cas, le contrat pourrait aussi prévoir une augmentation du prix unitaire lorsque le nombre effectif d'unités n'atteint pas un certain pourcentage

d'un nombre donné indiqué au contrat, ou une diminution du prix unitaire si le nombre effectif d'unités dépasse un pourcentage donné du nombre prévu. Le prix payable par l'acquéreur étant fonction du nombre d'unités nécessaires à la contruction, il serait bon que les parties conviennent de règles précises et claires pour déterminer le nombre d'unités utilisées afin d'éviter tous litiges.

C. Primes

28. Lorsque l'acquéreur souhaite que la construction et l'exploitation de l'installation commencent le plut tôt possible, il est parfois disposé à payer un prix plus élevé, sous la forme d'une prime, si la construction est achevée par l'entrepreneur de manière satisfaisante avant la date fixée par le contrat. Le montant de la prime pourra correspondre à une part des bénéfices supplémentaires estimés revenant à l'acquéreur du fait de la mise en exploitation anticipée de l'exploitation. D'une manière générale, il n'est pas souhaitable de prévoir une prime dans le cadre d'un contrat en régie car cela pourrait inciter l'entrepreneur à dépenser plus afin d'achever les installations rapidement et de toucher la prime.

29. Pour le calcul de la prime, les parties peuvent se fonder sur les bénéfices estimés revenant à l'acquéreur pour chaque jour gagné par rapport à la date d'achèvement prévue de l'installation. Cette somme par jour serait alors exprimée dans le contrat sous la forme d'un montant fixe, d'un pourcentage du prix du contrat dans le contrat au forfait, ou d'un pourcentage des honoraires dans le contrat en régie. Si la prime est calculée en pourcentage du prix ou des honoraires, son montant changera en cas de modification du prix ou des honoraires (par exemple, du fait d'un ajustement ou d'une révision du prix, ou si des économies sont réalisées par rapport au coût cible). On pourra ainsi, pour le calcul de la prime, tenir compte des changements des niveaux de prix. Si l'on a opté pour la méthode du prix unitaire, la prime pourra demeurer un montant fixe par jour gagné. Que la prime soit exprimée sous la forme d'un montant fixe par jour ou sous la forme d'un pourcentage, il est toujours possible de la plafonner.

30. Il est bon de stipuler que la prime ne sera due qu'après une période donnée de fonctionnement continu de l'installation afin que l'entrepreneur ne soit pas tenté d'adopter des méthodes de construction plus rapides, mais moins efficaces. La période durant laquelle l'installation devra fonctionner en continu pourrait commencer à courir au moment de la prise en charge ou de la réception de l'installation par l'acquéreur (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 22, 31 et 32).

D. Monnaie de paiement du prix

31. La monnaie dans laquelle le prix est payé peut présenter certains risques pour une partie en raison de la fluctuation du pouvoir d'achat de la monnaie retenue et de l'évolution du taux de change de la monnaie du contrat par rapport à d'autres monnaies (voir plus loin, par. 47 à 62). Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays de l'entrepreneur, l'acquéreur devra faire face aux conséquences d'une évolution du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Par contre, c'est l'entrepreneur qui

supportera les conséquences d'une modification du change entre la monnaie de son pays et celle d'un autre pays dans laquelle il doit payer des équipements, des matériaux ou des services destinés à la construction. Si le prix doit être payé dans la monnaie du pays de l'acquéreur, l'entrepreneur supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Si le prix est libellé dans la monnaie d'un pays tiers que les parties considèrent comme stable, chacune d'elles supporte les conséquences d'une modification du taux de change de cette monnaie par rapport à la monnaie de son pays. Lorsqu'un organisme de financement a accordé un prêt à l'acquéreur pour la construction de l'installation, ce dernier préférera peut-être que le prix soit libellé dans la monnaie dans laquelle le prêt a été accordé.

32. Lorsqu'elles stipulent la monnaie dans laquelle le prix sera payé, les parties devraient tenir compte des réglementations en matière de change et des traités internationaux en vigueur dans le pays de l'entrepreneur et dans le pays de l'acquéreur qui, le cas échéant, régissent impérativement cette question. Les parties devraient aussi tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, le prix d'un contrat international doit être acquitté dans la monnaie dans laquelle il est libellé, tandis que d'autres systèmes juridiques permettent ou même exigent que le paiement soit effectué dans la monnaie qui a cours au lieu du paiement, même si le prix est libellé dans une monnaie étrangère.

33. Lorsque les parties recourent à la méthode du forfait ou du prix unitaire, le risque supporté par l'entrepreneur en cas de fluctuation des taux de change sera réduit si le prix est payable dans les monnaies dans lesquelles l'entrepreneur doit payer l'équipement, les matériaux et les prestations liées à la construction. Si cette méthode est retenue, le prix des différentes parties de l'installation peut être payable dans des monnaies différentes. L'entrepreneur peut aussi réduire, dans une certaine mesure, le risque de fluctuation des taux de change en indiquant dans ses contrats de sous-traitance que le prix devra en être payé dans la même monnaie que celle dans laquelle le contrat de construction doit être payé. Toutefois, même dans ce cas, sauf lorsque la monnaie est celle de son propre pays, l'entrepreneur supportera les conséquences d'un changement du taux de change de cette monnaie se produisant durant la période se situant entre la date où il a acheté cette monnaie pour payer le sous-traitant et la date à laquelle le prix fixé au contrat de construction pour la prestation du sous-traitant lui est payé par l'acquéreur.

34. Si les parties recourent au contrat en régie, le contrat peut stipuler que les dépenses de l'entrepreneur seront remboursées dans la monnaie dans laquelle elles doivent être payées par lui. Ou bien le contrat pourrait stipuler que les dépenses doivent être remboursées dans la monnaie dans laquelle les honoraires doivent être payés. Si cette méthode est retenue et que les dépenses sont payables dans une monnaie autre que la monnaie des honoraires, les dépenses devront être converties dans la monnaie des honoraires à un taux de change donné. Il est bon de prévoir dans le contrat que cette conversion doit être faite au cours du change en vigueur en un lieu donné à une date donnée. Cette date peut être soit la date à laquelle les dépenses ont été engagées par l'entrepreneur (dans ce cas, l'acquéreur supportera le risque d'une modification des cours intervenue entre cette date et la date où les dépenses sont remboursées par l'acquéreur à l'entrepreneur), soit la date à laquelle les dépenses seront remboursées par l'acquéreur à l'entrepreneur (dans ce cas, le risque sera à la charge de l'entrepreneur).

35. Si les ressources en devises du pays de l'acquéreur sont limitées, ce pays peut avoir intérêt à ce qu'une partie au moins du prix soit payée dans sa monnaie. Le contrat pourrait stipuler que la monnaie du pays de l'acquéreur servira à payer les dépenses de construction qui sont encourues par l'entrepreneur dans la monnaie de l'acquéreur (par exemple, le paiement de la main-d'œuvre ou des sous-traitants locaux ou les frais d'hébergement du personnel de l'entrepreneur dans le pays de l'acquéreur). Cette solution peut être retenue même si le contrat est un contrat au forfait. Un tel contrat pourrait indiquer la part du prix forfaitaire qui devra être versée en monnaie locale, sur la base d'une estimation des dépenses que devra engager l'entrepreneur dans cette monnaie. Ou bien le contrat pourrait libeller le prix forfaitaire total en devises mais stipuler que les dépenses engagées en monnaie locale seront, après évaluation, payées en monnaie locale et déduites du prix forfaitaire à un taux de change donné. Le contrat pourrait aussi prévoir une modification de la monnaie dans laquelle le prix est libellé lorsque les fournitures qui devaient provenir de sources locales ne sont pas disponibles et que l'importation desdites fournitures en provenance de sources étrangères est autorisée.

36. Le contrat pourrait libeller le prix dans une monnaie que les parties jugent stable mais stipuler qu'il sera payé dans une autre monnaie à un taux de change fixé d'un commun accord. Le résultat est semblable en substance à celui que l'on obtient avec une clause sur la monnaie de paiement (voir plus loin, par. 58 et 59) et les restrictions imposées par la législation applicable à de telles clauses peuvent également s'appliquer à ces dispositions. Si l'on retient cette solution dans le contrat, il est bon de convenir du taux de change qui sera appliqué pour la conversion de la monnaie dans laquelle le prix est libellé dans la monnaie de paiement du prix. Ce taux de change peut être défini par référence au cours en vigueur en un lieu donné à une date donnée. Si le prix est un prix forfaitaire ou unitaire, l'entrepreneur préférera peut-être que le contrat stipule que la date à prendre en considération sera celle à laquelle le prix est effectivement payé. Si l'on a recours à la méthode du contrat en régie, il est possible de stipuler une des dates mentionnées au paragraphe 34 ci-dessus.

37. Il n'est pas souhaitable que le prix de l'installation soit libellé en plusieurs monnaies dans le contrat et que, soit le débiteur, soit le créancier décide de la monnaie dans laquelle le prix sera payé. De telles clauses ne protègent que la partie qui a le droit de choisir et qui peut en retirer des gains injustifiés.

E. Ajustement et révision du prix

38. En raison de la durée et de la complexité des contrats de construction, les parties voudront peut-être prévoir que le prix pourra être ajusté ou révisé dans certaines situations données, même s'il est forfaitaire ou s'il est fixé par unité de construction. Etant donné que dans le contrat en régie l'acquéreur rembourse à l'entrepreneur les dépenses de construction effectivement engagées par ce dernier, il n'est pas nécessaire de prévoir un ajustement ou une révision du prix, sauf en ce qui concerne les honoraires, le plafond, le cas échéant, du montant total des dépenses remboursables ou les coûts cibles (voir plus haut, par. 15 et 23).

39. Dans le *Guide*, on opère une distinction entre "ajustement" et "révision" du prix. On parle d'ajustement dans les cas où le coût de la construction augmente ou diminue après la conclusion du contrat en raison d'une

modification de la construction imposée par le contrat. Ce changement peut être dû à une modification de l'installation à construire (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 25 à 32) ou à une modification de la méthode de construction par rapport à la méthode prévue au moment de la conclusion du contrat due, par exemple, à l'inexactitude de données fournies par l'acquéreur (voir plus loin, par. 43), à des obstacles naturels imprévisibles (voir plus loin, par. 44 et 45) ou à des modifications de la réglementation et de la situation locales (voir plus loin, par. 46). On parle de révision du prix lorsque la construction prévue au contrat ne change pas, mais que certains facteurs économiques ont évolué de telle sorte que l'équilibre entre la valeur de la construction et le prix à payer pour la construction s'est sensiblement dégradé. Cela peut se produire, notamment, en cas de modification sensible du prix des équipements, des matériaux ou des prestations liées à la construction ou de la réglementation fiscale ou des tarifs douaniers après la conclusion du contrat ou en cas de modification sensible du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix est fixé par rapport à d'autres monnaies. L'ajustement ou la révision peuvent produire une augmentation ou une diminution du prix; toutefois, l'expérience a montré que, le plus souvent, on enregistrait une augmentation du prix. Il est conseillé de limiter l'ajustement ou la révision du prix à des situations clairement définies au contrat ou prévues par la loi applicable au contrat.

40. Le contrat peut stipuler que l'ajustement ou la révision du prix seront fixés en fonction de certains critères énoncés dans le contrat (voir plus loin, sous-sections 1 et 2). Cette solution est en général possible dans le cadre de la plupart des systèmes juridiques. En ce qui concerne l'ajustement, le contrat pourrait, par exemple, stipuler que le prix sera ajusté en fonction des dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur dans des circonstances données. Quant à la révision, le contrat pourrait stipuler que le prix sera révisé conformément à une formule mathématique donnée, ou permettre qu'il soit tenu compte des dépenses raisonnablement engagées. Il serait peut-être peu judicieux que le contrat oblige simplement les parties à convenir d'un ajustement ou d'une révision lorsque des circonstances spécifiées se produisent, étant donné que si les parties ne peuvent se mettre d'accord, des difficultés risquent de se présenter pour régler la question par voie arbitrale ou judiciaire (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 3). Les parties peuvent en outre stipuler que si un litige les opposant est en cours de règlement par voie arbitrale ou judiciaire, les travaux de construction ne doivent pas être interrompus pendant le déroulement de l'action. Lorsque l'acquéreur est une entreprise d'Etat, les parties devraient ne pas oublier qu'il peut se révéler difficile d'obtenir des crédits additionnels en cas d'ajustement ou de révision du prix ou à tout autre titre.

1. *Ajustement du prix*

41. Les parties souhaiteront peut-être définir avec précision les circonstances dans lesquelles le prix fixé au contrat sera ajusté, afin d'éviter toute incertitude quant au prix. En outre, un contrat conçu comme un contrat au forfait risquerait de se transformer en contrat en régie si l'ajustement était autorisé dans une multitude de cas.

42. Le contrat pourrait revoir l'ajustement du prix lorsque la construction faisant l'objet du contrat est modifiée (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 25 à 32), ainsi que dans les cas examinés ci-après.

a) *Données inexactes fournies*

43. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que le prix devra être ajusté dans les cas où, en raison de l'inexactitude des données fournies par l'acquéreur, il faut entreprendre des travaux de construction supplémentaires ou employer une méthode de construction plus onéreuse que la méthode raisonnablement prévue lors de la conclusion du contrat. Toutefois, les parties souhaiteront peut-être stipuler que le prix ne sera pas ajusté au cas où l'entrepreneur aurait pu raisonnablement déceler l'inexactitude des données au moment de la conclusion du contrat. L'ajustement du prix pourrait couvrir les dépenses raisonnables liées à la construction supplémentaire ou à la méthode de construction plus onéreuse. Les parties pourront en outre stipuler que, même dans les cas où l'inexactitude ne pouvait pas raisonnablement être décelée au moment de la conclusion du contrat, le prix ne sera pas ajusté, à moins que l'entrepreneur n'ait par la suite découvert l'inexactitude des données au moment où cette inexactitude pouvait raisonnablement être décelée et qu'il ne l'ait notifié à l'acheteur à ce moment-là. S'il a fourni des données inexactes, l'entrepreneur ne devrait pas être en droit de relever le prix.

b) *Obstacles naturels imprévisibles*

44. L'entrepreneur doit normalement, dans la mesure du possible, inspecter le site prévu pour la construction et ses alentours, avant de soumettre une offre ou de négocier un contrat et se fonder, dans ses négociations, sur les résultats de cette inspection. Il arrive toutefois qu'il soit impossible au cours d'une inspection, même au prix d'efforts raisonnables, de déceler sur le site certains obstacles naturels, en particulier ceux qui ont trait à l'hydrologie et à l'état du sous-sol.

45. Diverses méthodes peuvent être adoptées pour les cas où surgissent pendant la construction des obstacles naturels, notamment ceux qui ont trait à l'hydrologie ou à l'état du sous-sol, qui n'auraient pas pu raisonnablement être découverts par l'entrepreneur au cours de l'inspection. Le risque inhérent à cet état de choses pourrait incomber à l'entrepreneur et il devrait alors supporter les dépenses supplémentaires engagées du fait de ces obstacles imprévisibles. On pourrait aussi, selon une autre méthode, stipuler que le prix serait augmenté des dépenses supplémentaires raisonnablement encourues par l'entrepreneur du fait des obstacles naturels rencontrés à condition qu'elles soient notifiées à l'acquéreur dans un délai raisonnable à partir du moment où ces obstacles pouvaient être découverts. Les parties peuvent aussi envisager l'éventualité de partager les dépenses entre elles.

c) *Modification de la réglementation et de la situation locales*

46. Certaines règles administratives ou autres règles de caractère public du pays de l'acquéreur ou du pays de l'entrepreneur peuvent régir impérativement certains aspects des méthodes de construction (notamment pour des raisons de sécurité ou de protection de l'environnement, voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 22 et 23). Ainsi lorsque la construction envisagée n'est pas conforme à la réglementation édictée après la conclusion du contrat, des modifications de la méthode de construction risquent d'être nécessaires. Le contrat pourrait préciser qui devra supporter ce risque. S'il doit être à la charge de l'acquéreur, le contrat pourrait prévoir que le prix sera ajusté. Les

modifications de l'installation qui peuvent être exigées par la réglementation sont examinées au chapitre XXIII, "Clauses de modification", par. 23. Le contrat peut aussi prévoir un ajustement du prix lorsque les fournitures qui devaient provenir de sources locales ne sont pas disponibles et que l'importation desdites fournitures en provenance de sources étrangères est autorisée.

2. *Révision du prix*

47. Dans la plupart des systèmes juridiques, on applique au paiement du prix du contrat le principe du "nominalisme monétaire", à savoir que le montant à payer dans la monnaie indiquée au contrat ne change pas même si la valeur de cette monnaie se modifie entre le moment où le contrat est conclu et le moment où le paiement est effectué. La valeur de la monnaie peut changer par rapport à d'autres monnaies. Son pouvoir d'achat peut changer lui aussi et entraîner une augmentation ou, dans des cas exceptionnels, une diminution des coûts de construction à la charge de l'entrepreneur. Nombre de contrats à long terme contiennent des clauses visant à limiter ce type de risques à la charge de l'entrepreneur. Elles prévoient parfois la révision du prix sur la base d'indices (voir plus loin, par. 49 à 55) ou sur la base des dépenses effectivement engagées (voir plus loin, par. 56 et 57). Toutefois, les dispositions contractuelles relatives à la révision du prix liée à un changement de la valeur de la monnaie dans laquelle le prix a été fixé sont assujetties à des règles impératives dans certains systèmes juridiques. Aussi, avant d'introduire telle ou telle clause dans un contrat, les parties devraient-elles se demander si les dispositions envisagées sont autorisées par la législation du pays de chacune des parties.

48. Le contrat pourrait stipuler que la clause de révision du prix ne s'appliquera qu'à condition que la révision dépasse un certain pourcentage du prix. Les parties souhaiteront peut-être tenir compte du fait que les clauses de révision du prix ne sont en général pas appliquées en pratique lorsque la durée de construction prévue au contrat est inférieure à 12-18 mois à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat.

a) *Modification du coût de la construction*

i) *Clauses d'indexation*

49. Les clauses d'indexation permettent la révision du prix du contrat en fonction du mouvement des coûts de la construction en liant le prix du contrat aux niveaux des prix de certains biens ou services en vigueur à une date donnée. Dans les contrats de construction, le prix du contrat peut être lié aux niveaux des prix des matériaux ou des services nécessaires à la construction de l'installation. L'évolution des indices choisis entraîne automatiquement une modification du prix, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les prix effectifs payés par l'entrepreneur pendant la construction. Dans certains systèmes juridiques, les clauses d'indexation sont proscrites ou soumises à des conditions restrictives. Ainsi, dans certains pays, les clauses d'indexation ne sont autorisées qu'en cas de modification du coût de la construction intervenant entre la conclusion du contrat et son entrée en vigueur. Il peut être nécessaire d'adapter la clause d'indexation à une nouvelle situation en cas de changement important dans la nature de la construction.

50. Lors de l'élaboration de la clause d'indexation, il est conseillé d'utiliser une formule algébrique permettant de déterminer la manière de répercuter sur le prix le mouvement des indices de référence. Plusieurs indices, chacun avec des coefficients de pondération différents, peuvent être utilisés en combinaison dans cette formule de manière à refléter la part des différents éléments (par exemple, matériaux ou services) dans le coût total de la construction. Plusieurs indices reflétant chacun le coût des différents matériaux et services peuvent être agrégés dans une formule unique. Des indices distincts pourront en outre être utilisés lorsque les sources d'un même élément de calcul se trouvent dans des pays différents.

51. Des formules séparées, chacune pondérée différemment, peuvent être utilisées pour des opérations de construction distinctes. Si, par exemple, la construction nécessite un certain nombre d'opérations bien distinctes, telles que l'excavation, le bétonnage, le briquetage, la mise en place et le dragage, la mise au point d'une formule unique de révision du prix peut se révéler difficile et l'application de cette formule risquerait d'aboutir à des erreurs. Aussi la solution qui consiste à adopter une formule distincte pour chaque élément principal de la contruction semble-t-elle préférable.

52. La clause d'indexation peut stipuler qu'un certain pourcentage du prix (généralement de 5 à 20 %) ne sera pas révisé en application de ladite clause, du fait que certains articles peuvent avoir été payés par l'entrepreneur à un prix inférieur à celui que donne l'indice des prix pour ces types d'articles. Ce pourcentage peut en outre servir de protection contre d'autres inexactitudes résultant de la formule utilisée dans la clause. Enfin, la clause d'indexation ayant pour objet de protéger l'entrepreneur contre l'augmentation du coût de la construction et non contre l'inflation en général, ce pourcentage peut alors être considéré comme correspondant au bénéfice de l'entrepreneur.

53. Le contrat pourra stipuler que la clause d'indexation sera appliquée afin de déterminer si une révision du prix est nécessaire au moment de chaque paiement partiel. Pour que les indices choisis puissent être utilisés, il serait bon d'indiquer au contrat la date de référence pour la comparaison des niveaux d'indice. Le contrat pourrait stipuler que la date de référence est la date de conclusion du contrat ou bien, lorsque le contrat est conclu après un appel d'offres, que la date de référence se situe un nombre donné de jours (par exemple 45 jours) avant la date de soumission de l'offre ou un nombre donné de jours avant la date de clôture de l'appel d'offres car le prix de l'offre peut avoir été établi à partir des niveaux de prix en vigueur à ce moment-là. Le contrat pourrait stipuler que les niveaux indiciaires de la date de référence devront être comparés avec les niveaux indiciaires constatés un nombre donné de jours avant le dernier jour de la période de construction pour laquelle un paiement doit être effectué car les dépenses seront engagées par l'entrepreneur avant la fin de cette période. Le contrat pourrait aussi stipuler que les niveaux indiciaires à la date de référence devront être comparés avec les niveaux constatés un nombre donné de jours avant la date d'échéance du paiement. Toutefois, le contrat pourrait aussi stipuler qu'en cas de retard dans l'achèvement de la construction par l'entrepreneur, les niveaux indiciaires constatés un nombre donné de jours avant la limite prévue pour l'exécution du contrat seront retenus s'ils sont plus favorables à l'acquéreur. Le choix ainsi laissé à l'acquéreur pourrait se limiter aux cas où le retard de l'entrepreneur n'est pas dû à des empêchements exonératoires (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 9 à 26).

54. Plusieurs facteurs peuvent influer sur le choix des indices à utiliser. Les indices devraient être largement diffusés (par exemple, être publiés régulièrement). Ils devraient être fiables. Les indices publiés par des organismes reconnus (tels que des chambres de commerce à la réputation établie) ou des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux pourront être retenus. Lorsque certaines dépenses de construction doivent être engagées par l'entrepreneur dans un pays donné, il peut être souhaitable d'appliquer les indices de ce pays à ces dépenses. Les parties devraient faire preuve de prudence si elles utilisent des indices fondés sur différentes monnaies car la modification du rapport entre les monnaies risque d'avoir des répercussions nullement prévues sur l'application de la formule.

55. Dans certains pays, en particulier les pays en développement, le choix des indices susceptibles d'être retenus pour une clause d'indexation est parfois restreint. Si l'indice correspondant à un certain élément de calcul des coûts n'existe pas, les parties pourront utiliser l'indice correspondant à un autre élément. Cet élément devra être tel que son prix ait toutes les chances d'évoluer dans des proportions comparables et en même temps que celui qui sera utilisé (par exemple, s'il est fabriqué à partir de la même matière première ou s'il peut remplacer l'article qui sera effectivement utilisé). Ainsi, lorsque l'on souhaite utiliser un indice des coûts salariaux, on choisit parfois l'indice des prix à la consommation ou l'indice du coût de la vie si l'on ne dispose pas d'un indice des salaires[1].

ii) *Méthode des pièces justificatives*

56. Le contrat pourrait prévoir une méthode, souvent appelée méthode des pièces justificatives, pour traiter des changements qui peuvent intervenir après la conclusion du contrat dans le coût de certains éléments donnés liés à la construction. La méthode des pièces justificatives se fonde sur le principe selon lequel l'entrepreneur doit recevoir la différence entre les coûts effectifs de construction, s'ils sont raisonnables, et les coûts sur lesquels on s'est appuyé pour calculer le prix du contrat, différence résultant de changements autres que des changements de la quantité des matériaux, des équipements et des services liés à la construction. Avec cette méthode, il faut donc que le contrat indique la quantité et le prix de chaque unité (pour les matériaux, les équipements et la main-d'œuvre) à partir desquels on a calculé le prix. La révision du prix porte alors sur la différence entre le prix calculé et le prix effectivement payé par l'entrepreneur pour des unités de quantité en fonction de la quantité déterminée par le contrat. Au contraire de la méthode retenue dans le contrat en régie, la méthode des pièces justificatives ne prévoit pas une révision du prix lorsque l'entrepreneur fait face à des dépenses plus élevées que prévu du fait d'une sous-estimation de l'étendue de ses obligations au moment de la conclusion du contrat. Cette méthode présente certains inconvénients pour l'acquéreur dans la mesure où elle lui fait supporter le risque d'augmentation des coûts de construction due à des augmentations du prix des équipements, des matériaux et de la main-d'œuvre. En outre, la faculté qu'a l'entrepreneur de se faire rembourser ces augmentations risque de ne pas l'inciter à construire économiquement. La marche administrative que doit suivre l'entrepreneur pour rassembler les pièces justificatives des coûts de construction et l'acquéreur pour les vérifier peut être presque aussi complexe que dans le cadre d'un contrat en régie. Aussi les parties souhaiteront-elles peut-être n'utiliser la méthode des

pièces justificatives que pour les fractions du prix calculées sur la base de facteurs instables lorsque la méthode de la clause d'indexation ne peut pas être utilisée (par exemple, lorsque les indices nécessaires ne sont pas disponibles).

57. Si les parties souhaitent utiliser la méthode des pièces justificatives, elles doivent alors indiquer dans le contrat la fraction du prix sujette à révision. Il est conseillé de préciser dans le contrat les équipements, les matériaux ou les services pour lesquels la révision du prix pourra avoir lieu et d'en indiquer séparément la quantité ainsi que le montant des coûts liés à une unité de ces équipements, matériaux ou services sur la base desquels le prix du contrat est calculé. Il est en outre souhaitable de stipuler qu'une révision du prix pourra intervenir non seulement en cas d'augmentation, mais aussi en cas de diminution des coûts. Le contrat pourrait prévoir des procédures, semblables à celles qui sont utilisées dans le contrat en régie (voir plus haut, par. 24) que l'entrepreneur devra appliquer pour apporter la preuve des dépenses effectivement engagées par lui. Le contrat pourrait obliger l'entrepreneur à acheter les équipements ou les matériaux pour lesquels la révision du prix est autorisée auprès de fournisseurs agréés, ou après appel d'offres.

b) *Changement du taux de change de la monnaie de paiement par rapport à d'autres monnaies*

i) *Clause sur la monnaie de paiement*

58. Dans la clause sur la monnaie de paiement, le prix à payer est lié au taux de change de la monnaie de paiement par rapport à une monnaie donnée (appelée "monnaie de référence") fixé au moment de la conclusion du contrat. Si ce taux de change est différent au moment du paiement, le prix à payer est augmenté ou diminué de sorte que le prix demeure inchangé par rapport à la monnaie de référence. Il peut être souhaitable de choisir aux fins de la comparaison la date du paiement effectif plutôt que la date à laquelle le paiement est dû. Si cette dernière était retenue, l'entrepreneur pourrait subir une perte au cas où l'acquéreur tarderait à payer. Ou bien la clause sur la monnaie de paiement peut laisser à l'entrepreneur le choix entre le taux de change en vigueur au moment où le paiement vient à échéance et le taux en vigueur au moment du paiement effectif. Il est conseillé de choisir un taux de change en vigueur en un lieu donné.

59. Pour que la clause sur la monnaie de paiement soit efficace, il faut que la monnaie de référence soit stable. On pourra tempérer l'insécurité résultant de l'instabilité éventuelle d'une monnaie de référence unique en optant pour plusieurs monnaies de référence. Le contrat pourra alors fixer une moyenne arithmétique des taux de change entre la monnaie de paiement et plusieurs autres monnaies données et stipuler que la révision du prix se fera conformément à l'évolution de cette moyenne.

ii) *Clause sur l'unité de compte*

60. Si une clause sur l'unité de compte est utilisée, le prix est libellé dans une unité de compte composée de fractions cumulées d'un certain nombre de monnaies données. L'unité de compte peut être une unité définie dans un traité international ou par une organisation internationale et il faut que les monnaies sélectionnées ainsi que leur poids relatif dans l'unité de compte soient indiqués.

A la différence de la clause sur l'unité de paiement dans laquelle plusieurs monnaies sont utilisées, les coefficients affectés aux monnaies sélectionnées dont se compose l'unité de compte ne sont pas identiques et sont généralement plus élevés pour les monnaies fréquemment utilisées dans le commerce international[2].

61. Le principal avantage que présente l'utilisation d'une unité de compte en tant qu'unité monétaire de référence est qu'une unité de compte est relativement stable puisque la faiblesse d'une monnaie y est généralement compensée par la force d'une autre monnaie. La clause sur l'unité de compte assure donc une bonne protection contre les fluctuations du taux de change de l'unité de paiement par rapport aux autres monnaies.

62. Lors du choix de l'unité de compte, les parties devraient se demander si le rapport entre la monnaie de paiement et l'unité de compte peut être facilement déterminé au moment voulu, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat et au moment du paiement effectif. L'unité de compte définie par le Fonds monétaire international sous l'appellation Droit de tirage spécial (DTS) pourrait être utilisée. Les parties pourraient aussi choisir l'ECU (unité monétaire européenne) comme unité de compte. La valeur de ces unités de compte, exprimée en diverses autres monnaies, est publiée quotidiennement.

F. Conditions de paiement

63. Les conditions de paiement énoncées dans le contrat peuvent fixer les dates auxquelles les diverses fractions du prix doivent être payées, le lieu où elles seront payées et les modalités de paiement. Le moment du paiement peut avoir une incidence sur le montant du prix car l'entrepreneur peut tenir compte des intérêts pour le calcul du prix. Les conditions de paiement peuvent inciter l'entrepreneur à exécuter le contrat conformément à un calendrier arrêté par les parties en stipulant qu'une fraction importante du prix sera payée à l'entrepreneur pour chaque étape de la construction. Le lieu du paiement peut avoir des conséquences importantes. Ainsi, pendant le transfert de fonds dans un pays différent, la valeur de la monnaie peut changer. En outre, le transfert peut être soumis au contrôle des changes. Les modalités de paiement (par exemple, lettre de crédit ou remise de documents en échange du paiement) peuvent être conçues de manière à empêcher tout retard dans le paiement de l'entrepreneur et à éviter que l'acquéreur paye pour une construction non conforme au contrat.

64. Lors de l'élaboration des conditions de paiement, les parties devraient tenir compte de la ou des méthodes de fixation du prix (voir plus haut, par. 2) utilisées dans le contrat. Si l'on a recours à la méthode du prix forfaitaire, ce prix forfaitaire peut être fractionné en plusieurs sommes correspondant chacune à un élément important de la construction que doit effectuer l'entrepreneur (par exemple, le génie civil, la fourniture d'équipements, le transfert de techniques). Les fractions du prix correspondant à ces éléments principaux sont payables à différents moments en pourcentage donné. Par exemple, une fraction du prix pourrait correspondre à la fourniture d'équipements. Un pourcentage donné de cette fraction pourrait être payable d'avance (voir plus loin, par. 67), un pourcentage donné pendant la construction (voir plus loin, par. 68 à 74), un pourcentage donné après la prise en charge ou la réception de l'installation (voir plus loin, par. 75) et le reste à l'expiration de la période de garantie (voir plus loin, par. 76).

65. Si l'on a choisi la méthode du contrat en régie pour l'installation ou une partie de l'installation, le contrat pourrait contenir une estimation des coûts de construction couverts par cette méthode. Un pourcentage donné du total des coûts remboursables estimés pourrait être payable d'avance, un pourcentage donné des dépenses engagées pendant la construction pourrait être payable dans un délai court et précis après réception par l'acquéreur des documents prévus par le contrat (voir plus loin, par. 71), un pourcentage donné de ces dépenses pourrait être payable après la prise en charge ou la réception de l'installation (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 22, 31 et 32) et le reste serait payable à l'expiration de la période de garantie (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 28 à 30). Lorsqu'elles décident du moment auquel les honoraires seront versés à l'entrepreneur, les parties devraient tenir compte de la nature des honoraires à verser (voir plus haut, par. 21 à 23). Une fraction donnée de ces honoraires pourrait être payable à chaque fois que certaines parties de la construction sont achevées, une autre fraction après la réception et le solde à l'expiration de la période de garantie.

66. Si l'on retient la méthode du prix unitaire, le contrat pourrait stipuler qu'un pourcentage donné du prix estimé, calculé sur la base du volume estimé des travaux de construction couverts par cette méthode de calcul du prix, serait payable d'avance, un pourcentage donné du prix des travaux de construction réellement effectués serait payé à la date indiquée dans le contrat, un pourcentage donné du prix de ces travaux serait payé après la prise en charge ou la réception et le solde à l'expiration de la période de garantie.

1. *Avance*

67. Une avance peut être requise dans le contrat afin d'alimenter la trésorerie de l'entrepreneur dans la phase initiale de la construction (par exemple, pour l'achat initial d'équipements et de matériaux et pour le transport et l'hébergement du personnel). Cette avance peut en outre offrir une certaine protection à l'entrepreneur contre tout préjudice résultant d'une résiliation du contrat par l'acquéreur avant le commencement de la construction ou au début de celle-ci. L'acquéreur pourrait, lui, être protégé par une garantie contre le non-remboursement de l'avance par l'entrepreneur. Le montant de l'avance pourrait être calculé de manière à couvrir les dépenses initiales de l'entrepreneur, après estimation. Le contrat pourrait exiger que l'avance soit versée directement par l'acquéreur à une banque choisie par l'entrepreneur dans un délai donné dès la fourniture par ce dernier de garanties de bonne exécution et de remboursement. Les garanties de bonne exécution et de remboursement sont traitées dans le chapitre XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 13.

2. *Paiement pendant la construction*

68. Il est utile de prévoir dans le contrat le paiement de fractions du prix à mesure que la construction progresse. Le montant à payer pendant la construction devrait être déterminé en fonction de la nature de la construction à effectuer et de la méthode de fixation du prix retenue.

69. Afin de déterminer la date et le montant du paiement, on pourra choisir la méthode qui consiste à définir des éléments précis de la construction (par

exemple, excavation ou construction des fondations) et stipuler que des fractions données du prix seront payables une fois ces éléments achevés. Autre méthode fréquemment utilisée : stipuler que l'entrepreneur a droit à des versements d'avancement des travaux pour toute construction achevée dans un délai donné (par exemple, tous les mois), le montant de chaque paiement étant fonction de l'étendue de la construction achevée pendant cette période.

70. Les équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur pourront être payés une fois qu'ils auront été incorporés à l'installation, selon l'une ou l'autre des méthodes exposées au paragraphe précédent. Les parties pourront, toutefois, convenir d'une autre méthode, en particulier dans les cas où les équipements et les matériaux seraient pris en charge par l'acquéreur après leur livraison et resteraient en sa possession jusqu'à leur utilisation pour la construction. Dans ce cas, la fraction du prix correspondant à ces équipements et matériaux serait payable contre présentation à l'acquéreur ou à la banque de l'acquéreur de documents attestant qu'ils ont été remis au premier transporteur pour acheminement à l'acquéreur et qu'une assurance a été souscrite, ou attestant qu'ils ont été remis à l'acquéreur sur le chantier (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 10).

71. Il est conseillé d'énoncer dans le contrat les documents que l'entrepreneur sera tenu de présenter pour obtenir paiement, tels que factures, connaissements, certificats d'origine, listes de colisage et certificats d'inspection. Les documents requis peuvent dépendre des délais et modalités d'exécution du contrat. Des documents différents peuvent être requis selon que des équipements, des matériaux ou des services sont fournis. Ils peuvent également varier selon la méthode de fixation du prix utilisée par les parties.

72. Les paiements en cours de construction devant être effectués pour une construction achevée, les parties devraient convenir clairement de moyens (par exemple, rapport établi par un métreur) permettant de vérifier que la construction a bien été achevée. L'acquéreur souhaitera peut-être autoriser l'ingénieur-conseil à vérifier l'étendue de la construction achevée. Pour pouvoir obtenir un paiement d'avancement des travaux, l'entrepreneur pourra être tenu de fournir à l'ingénieur-conseil, à la fin de chaque période de paiement, certains documents, complétés par un rapport détaillé, concernant la construction achevée pendant la période de paiement correspondante. Le contrat pourra stipuler que les paiements seront effectués sur la base de certificats provisoires émis par l'ingénieur-conseil ou l'acquéreur.

73. Si la méthode de fixation du prix est celle du contrat en régie, on devra peut-être adopter des dispositions contractuelles spéciales afin de vérifier les dépenses engagées par l'entrepreneur. Le contrat pourrait autoriser l'acquéreur à vérifier la comptabilité de l'entrepreneur. Les conditions de paiement des contrats de sous-traitance conclus par l'entrepreneur devant normalement correspondre aux conditions de paiement du contrat de construction, le contrat pourrait habiliter l'entrepreneur à obtenir le versement d'une fraction du prix correspondant à un contrat de sous-traitance à condition que l'entrepreneur ait déjà payé le sous-traitant ou que le paiement au sous-traitant soit dû. L'acquéreur peut peser sur les conditions de paiement des contrats de sous-traitance s'il participe au choix des sous-traitants (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 15 à 26), ou s'il fait figurer dans le contrat de construction des règles régissant les conditions de paiement des contrats de sous-traitance.

74. Le contrat pourrait indiquer le délai dans lequel le certificat provisoire de paiement devra être émis par l'ingénieur-conseil ou l'acquéreur, ainsi que le délai dans lequel l'acquéreur devra payer après l'émission du certificat. La fraction du prix couverte par le certificat pourrait être exigible dans un délai donné après présentation du certificat à une banque spécifiée dans le contrat. Au cas où le certificat ne serait pas émis alors même que l'événement ouvrant droit au paiement de l'entrepreneur s'est produit, ou au cas où le montant dû en vertu du certificat ne serait pas payé, l'entrepreneur aurait le droit d'exiger le paiement par voie d'une procédure de règlement du litige (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges").

3. *Paiement dans un délai donné après la prise en charge ou la réception des installations*

75. Certains pourcentages de certaines fractions du prix (par exemple, celles qui correspondent aux équipements et aux matériaux fournis, au génie civil, aux travaux de mise en place ou au transfert de techniques) pourront n'être payables qu'après que la preuve de l'achèvement satisfaisant de la construction aura été apportée, c'est-à-dire après réception de l'installation. Le contrat pourrait stipuler que l'acquéreur devra payer ces fractions du prix dans un délai donné après que cette preuve aura été apportée (par exemple, dans un délai de deux semaines après des essais de bon fonctionnement concluants ou après la signature d'un protocole de réception). Pour les cas où la prise en charge précéderait la réception de l'installation, une fraction du prix pourrait être due dans un délai donné après la prise en charge (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception").

4. *Paiement dans un délai donné après l'expiration de la période de garantie*

76. Afin de protéger l'acquéreur des conséquences qu'aurait une construction défectueuse imputable à l'entrepreneur, le contrat pourrait stipuler qu'un certain pourcentage du prix ne sera payable que dans un délai déterminé après expiration de la période de garantie (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 28 à 30). En fixant ce pourcentage, les parties voudront peut-être tenir compte des autres garanties dont dispose l'acquéreur au cas où des vices seraient décelés pendant la période de garantie. Si l'acquéreur est suffisamment protégé par une garantie de bonne exécution (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12), le contrat pourrait stipuler que l'intégralité du prix sera payable dans un délai donné à compter de la réception de l'installation. Le contrat pourrait en outre stipuler que si des vices étaient découverts et notifiés pendant la période de garantie, l'acquéreur aurait le droit de prélever sur la fraction du prix non acquittée une somme l'indemnisant pour les vices décelés. Ce droit de rétention pourrait subsister jusqu'à ce que l'entrepreneur remédie auxdits vices et verse les dommages-intérêts auxquels l'acquéreur peut prétendre.

5. *Crédit accordé par l'entrepreneur ou le pays de l'entrepreneur*

77. Dans la plupart des cas, la construction de l'installation est financée par un prêt accordé à l'acquéreur par un organisme de financement. Toutefois,

dans certains cas, lorsque l'entrepreneur a une grande surface financière et que l'installation prévue est de taille réduite, l'entrepreneur pourra accorder un crédit à l'acquéreur pour une fraction du prix. En pareil cas, la fraction du prix couverte par le crédit pourra être remboursée par tranches dans un délai donné après la prise en charge ou la réception de l'installation par l'acquéreur.

78. Lorsque l'entrepreneur accorde un crédit de ce type à l'acquéreur, certaines des questions qui sont habituellement réglées dans un accord de prêt conclu avec un organisme de financement (par exemple, les questions liées à la garantie de remboursement du prêt par l'acquéreur et aux intérêts du prêt) devront être réglées par l'acquéreur et l'entrepreneur dans le cadre du contrat de construction.

79. La construction de l'installation est parfois financée au moyen d'un crédit que le pays de l'entrepreneur accorde au pays de l'acquéreur. En pareil cas, les parties devraient, lors de l'élaboration des conditions de paiement du contrat de construction, tenir compte des dispositions de l'accord conclu entre les deux pays et de la réglementation pouvant être promulguée dans le pays de l'acquéreur dans le cadre de l'application de l'accord (par exemple, les dispositions relatives aux conditions dans lesquelles le crédit peut être utilisé pour la construction).

APPENDICE

"La révision du prix prévu dans la clause . . . du présent contrat s'effectue au moyen de la formule suivante :

$$P1 = \frac{P0}{100}\left(a + b\,\frac{M1}{M0} + c\,\frac{N1}{N0} + d\,\frac{W1}{W0}\right)$$

Sachant que :

P1 = prix à payer en application de la clause d'indexation

P0 = prix initial stipulé dans le contrat

a, b, c, d représentent les pourcentages fixés par le contrat du prix des éléments de construction couverts par la clause d'indexation, dont le total est égal à 100 (a + b + c + d = 100).

a = fraction du prix hors ajustement = . . . %

b = fraction de . . . (indiquer les matériaux couverts par cette pondération) = . . . %

c = fraction de . . . (indiquer les autres matériaux couverts par cette pondération) = . . . %

d = fraction de . . . (indiquer les salaires couverts par cette pondération) = . . . %

M0 = Niveau de base des indices de prix pour les matériaux visés sous b;

M1 = Niveau de comparaison des indices de prix pour les matériaux visés sous b;

N0 = Niveau de base des indices de prix pour les matériaux visés sous c;

N1 = Niveau de comparaison des indices de prix pour les matériaux visés sous c;

W0 = Niveau de base des indices de prix pour les salaires visés sous d;

W1 = Niveau de comparaison des indices de prix visés sous d."

Notes :

— "b", "c" et "d" devraient être égaux au pourcentage indiqué au paragraphe 3 de la disposition donnée à titre d'exemple qui figure dans la note 1 ci-dessous; "a" devrait correspondre au pourcentage restant;

— Les dates données au paragraphe 2 et les indices de prix visés au paragraphe 5 de la disposition donnée à titre d'exemple qui figure dans la note 1 ci-dessous devraient servir pour les niveaux de base M0, N0 et W0 et les niveaux de comparaison M1, N1 et W1.

Notes du chapitre VII

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple (clause d'indexation)*

"1. Le prix convenu est révisé s'il y a augmentation ou diminution du coût de . . . (énumérer les matériaux ou les services couverts par la présente clause). La révision se fait par application de la formule énoncée à l'annexe au présent contrat." (Voir l'appendice au présent chapitre.)

"2. Les niveaux de base des indices sont les niveaux existant [au moment de la conclusion du contrat] [. . . jours avant la soumission effective de l'offre] [. . . jours avant la date limite de soumission des offres]. Ces niveaux seront comparés aux indices des mêmes matériaux ou salaires existant [. . . jours avant le dernier jour de la période de construction pour laquelle le paiement doit être effectué] [. . . jours avant la date à laquelle le paiement réclamé est dû]. Toutefois, si l'entrepreneur est en retard dans la construction, les niveaux de base seront, au choix de l'acquéreur, comparés avec les niveaux existant . . . jours avant la date prévue d'exécution [sauf si le retard est dû à un empêchement exonératoire].

"3. Le prix sujet à révision est de . . . % du prix de la construction de . . . (indiquer les éléments couverts par la présente clause) effectuée pendant la période de construction pour laquelle le paiement partiel est dû.

"4. Si un litige survient entre les parties en ce qui concerne les pondérations utilisées dans la formule, ces pondérations sont ajustées par [les arbitres] [le tribunal] si elles ont été rendues excessives ou inopérantes à la suite de changements de la nature ou de l'étendue de la construction ou de modifications très importantes dans les coûts relatifs des facteurs pondérés."

(Ce paragraphe pourra figurer dans la clause d'indexation si la loi applicable au contrat confie aux tribunaux arbitraux ou judiciaires les fonctions qui y sont prévues.)

"5. Aux fins de la présente disposition, les indices publiés par . . . en . . . (indiquer le pays) seront utilisés. Au cas où ces indices cesseraient d'être disponibles, d'autres indices seront utilisés sous réserve qu'ils puissent raisonnablement refléter les changements de prix intervenant dans les coûts de construction couverts par la présente clause.

"6. La présente clause ne s'applique qu'aux cas où son application entraîne une révision du prix dépassant . . . % du prix convenu dans le contrat."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Le prix est convenu sous réserve que . . . (indiquer une unité de la monnaie de paiement) soit égale à . . . (indiquer une ou plusieurs unités de l'unité de compte). Si, au moment du paiement effectif du prix, ce rapport était modifié de plus de . . . %, le prix à payer serait augmenté ou diminué de manière à refléter le nouveau rapport entre l'unité de compte et l'unité de paiement."

Chapitre VIII. Fourniture des équipements et matériaux

RÉSUMÉ

Pour mettre en forme les dispositions de leur contrat relatives à la fourniture des équipements et des matériaux, les parties tiendront sans doute compte du fait que la fourniture de ces articles par l'entrepreneur dans le cadre d'un contrat de construction peut être différente à certains égards de la fourniture de marchandises en exécution d'un contrat de vente (par. 2).

Les parties pourront se demander si certaines questions que soulève la fourniture des équipements et des matériaux doivent être réglées dans leur contrat de construction sur la base d'un terme commercial particulier, au sens que lui donnent les Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS). Etant donné que l'interprétation donnée aux termes commerciaux par les INCOTERMS s'applique avant tout aux contrats de vente, il se peut que les questions qui se posent dans le cadre d'un contrat de construction appellent parfois des solutions différentes de celles des INCOTERMS (par. 3).

C'est en fonction de la formule contractuelle choisie par l'acquéreur ainsi que de l'étendue des obligations de l'entrepreneur que l'on pourra juger ou non nécessaire de décrire dans le contrat les équipements et les matériaux qui doivent être fournis par l'entrepreneur et de déterminer la nature de cette description (par. 6 et 7).

Il est souhaitable de spécifier dans le contrat le moment et le lieu où les équipements et les matériaux doivent être fournis. Dans certains cas, l'entrepreneur pourra être tenu de fournir les équipements et les matériaux à une date donnée; dans d'autres cas, c'est un délai qui sera spécifié. Le lieu de livraison des équipements et des matériaux pourra être différent selon que l'acquéreur devra les prendre en charge ou non (par. 8 et 10).

Le contrat peut préciser quelle partie est tenue d'organiser le transport des équipements et des matériaux et de prendre en charge les frais correspondants. Il peut aussi traiter de questions annexes comme l'emballage, les autorisations requises pour le transport, le marquage et la remise à l'acquéreur des documents se rapportant au transport (par. 11 à 14).

Le contrat peut spécifier la partie à laquelle il incombe de dédouaner les équipements et les matériaux et d'acquitter les droits de douane (par. 15 et 16).

Les parties devront prendre en considération les règles juridiques interdisant l'importation de certains équipements et matériaux qui peuvent être en vigueur dans le pays où l'installation doit être construite, ainsi que les règles juridiques pouvant interdire l'exportation de certains équipements et matériaux à partir du pays de l'entrepreneur ou de tout autre pays d'où ils doivent être importés. Le contrat pourra également répartir les responsabilités pour ce qui est de l'obtention des licences d'importation ou d'exportation nécessaires et son entrée en vigueur pourra être subordonnée

à la délivrance de toutes les licences d'importation et d'exportation requises au moment de la conclusion du contrat, à l'exception de celles qui ne peuvent pas être obtenues avant le commencement de la construction (par. 17 et 18).

Il se peut que les équipements et les matériaux fournis par l'entrepreneur doivent être pris en charge par l'acquéreur en vue de leur entreposage ou avant d'être incorporés dans l'installation par l'acquéreur lui-même ou par un autre entrepreneur que celui qui les a fournis. Le contrat pourra contenir des dispositions en ce qui concerne la vérification des équipements et matériaux par l'acquéreur, ainsi que la notification à donner en cas de défaut de conformité (par. 19 et 20).

Le contrat peut fixer les responsabilités des parties pour ce qui est de l'entreposage des équipements et des matériaux sur le chantier. Si ces derniers doivent être entreposés par l'acquéreur, le contrat pourra préciser l'étendue de la responsabilité assumée par celui-ci en cas de perte ou d'endommagement pendant l'entreposage (par. 21 à 26).

Si l'acquéreur assume l'obligation de fournir certains équipements et matériaux dont l'entrepreneur a besoin pour construire l'installation, il est souhaitable de spécifier dans le contrat la quantité et la qualité de ces équipements et de ces matériaux, ainsi que le moment auquel ils doivent être fournis. En outre, il pourra être stipulé que l'entrepreneur est tenu d'inspecter rapidement les équipements et matériaux une fois qu'ils ont été fournis par l'acquéreur et de notifier à ce dernier tout défaut de conformité (par. 27 à 29).

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre traite de la fourniture des équipements et des matériaux qui doivent être incorporés dans l'installation. Un certain nombre de questions connexes sont examinées dans d'autres chapitres. Les inspections et les essais des équipements et des matériaux pendant la fabrication et la construction, ainsi que les conséquences des vices mis en évidence par ces inspections et ces essais sont examinés dans le chapitre XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction". Le transfert des risques de perte ou d'endommagement de l'équipement et des matériaux, ainsi que les conséquences de ce transfert sont examinés dans le chapitre XIV, "Transfert des risques", paragraphes 7 à 19. La question du transfert de la propriété des équipements et des matériaux est traitée dans le chapitre XV, "Transfert de la propriété des biens", paragraphes 6 et 7. La question de l'assurance des équipements et des matériaux l'est dans le chapitre XVI, "Assurances", paragraphes 24 à 26. Celle des pièces de rechange que l'entrepreneur doit fournir après l'achèvement de la construction pour les équipements incorporés dans l'installation est examinée dans le chapitre XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction", paragraphes 10 à 21. Les recours éventuels de l'acquéreur en cas de livraison d'équipements et de matériaux défectueux par l'entrepreneur le sont dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphes 26 à 32.

2. Pour mettre en forme les dispositions de leur contrat relatives à la fourniture des équipements et des matériaux, les parties tiendront sans doute compte du fait que la fourniture de ces articles dans le cadre d'un contrat de construction peut être différente à certains égards de la fourniture d'équipe-

ments et de matériaux en exécution d'un contrat de vente. Par exemple, étant donné que les équipements et les matériaux fournis par l'entrepreneur dans le cadre d'un contrat de construction doivent être incorporés dans l'installation, par lui ou par un autre entrepreneur placé sous sa supervision, le simple fait de fournir ces équipements et ces matériaux ne représente qu'une exécution partielle des obligations qui lui incombent en la matière. Le transfert des risques liés à ces équipements ou à ces matériaux, ainsi que le transfert de la propriété de ces derniers, peuvent se produire à un autre moment que celui de leur fourniture. Dans certains cas (en particulier si un seul entrepreneur est engagé pour construire la totalité de l'installation), les équipements et les matériaux peuvent demeurer entre les mains de l'entrepreneur après leur arrivée sur le chantier jusqu'à ce qu'ils soient incorporés dans l'installation. Dans d'autres cas, ils peuvent être pris en charge par l'acquéreur en vue de leur entreposage et remis ultérieurement à l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation (voir plus loin, sect. B, 6 et B, 7).

3. Divers termes commerciaux (par exemple f.o.b., c. et f.), au sens que leur donnent les Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS) s'appliquent à certaines des questions qui se posent à propos de la fourniture d'équipements et de matériaux (par exemple, le transport, le transfert des risques, l'obtention de licences d'exportation et d'importation et l'emballage). Si les parties souhaitent qu'un terme commercial particulier soit utilisé pour le règlement de certaines questions dans le cadre de leur contrat de construction, elles pourront y inclure une disposition à cet effet[1]. Toutefois, il conviendrait que les parties ne perdent pas de vue que l'interprétation donnée aux termes commerciaux par les INCOTERMS s'applique avant tout aux contrats de vente et qu'il est possible que certaines questions qui se posent dans le contexte d'un contrat de construction ne soient pas résolues dans les INCOTERMS, ou que la solution qui y est proposée ne convienne pas.

4. Il se peut qu'une partie des équipements et des matériaux dont on a besoin pour construire l'installation soit disponible dans le pays où celle-ci doit être construite. Même lorsque la législation locale ou les autorités locales n'exigent pas que l'on emploie des équipements et des matériaux locaux en vue de renforcer le développement industriel du pays, il est souhaitable que l'acquéreur utilise ces équipements ou ces matériaux si, par exemple, ils sont moins coûteux que ceux que l'on peut obtenir à l'étranger ou si leur emploi permet à l'acquéreur d'économiser des devises. L'acquéreur peut donc souhaiter se charger de fournir certains équipements et matériaux disponibles localement s'il lui est plus facile qu'à l'entrepreneur de se les procurer (voir plus loin, par. 27 à 30). Si l'acquéreur ne souhaite pas assumer cette obligation, il pourra être stipulé dans le contrat que l'entrepreneur est tenu de se procurer et d'employer certains équipements et matériaux donnés qui sont disponibles localement.

5. Dans certains cas, l'entrepreneur pourra s'acquitter de son obligation de fournir des équipements ou des matériaux en prélevant ceux-ci sur ses propres stocks. Dans de nombreux autres cas, il fera toutefois appel à des tiers (par exemple des sous-traitants ou des fournisseurs) qui les livreront directement au lieu spécifié dans le contrat. Dans cette dernière hypothèse, leur fourniture par un tiers pourra être assimilée dans le contrat de construction à l'exécution des obligations incombant à l'entrepreneur à cet égard (voir, par exemple, chap. XI, "Sous-traitance", par. 1). Que l'entrepreneur s'acquitte de son obligation de

fournir les équipements ou les matériaux en les prélevant sur ses propres stocks ou en chargeant un tiers de les fournir, l'argumentation développée dans le présent chapitre doit rester valable en principe.

B. Fourniture des équipements et des matériaux par l'entrepreneur

1. *Description des équipements et des matériaux à fournir*

6. C'est en fonction de la formule contractuelle choisie par l'acquéreur, ainsi que de l'étendue des obligations de l'entrepreneur, que l'on pourra juger dans quelle mesure il est nécessaire de décrire dans le contrat les équipements et les matériaux qui doivent être fournis par l'entrepreneur et déterminer la nature de cette description. Dans certains cas, il se peut, par exemple, que l'entrepreneur soit engagé avec plusieurs autres pour construire l'installation et que chaque entrepreneur soit obligé de fournir certains équipements et matériaux. En pareil cas, l'acquéreur devra coordonner les tâches incombant aux différents entrepreneurs afin d'atteindre les objectifs qu'il s'est fixés pour la construction (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 18). Pour assurer cette coordination, il devra veiller à ce que les équipements et les matériaux que chaque entrepreneur doit fournir soient clairement indiqués dans le contrat conclu avec chacun d'entre eux et que la responsabilité de fournir la totalité des équipements et des matériaux nécessaires pour construire l'ensemble de l'installation soit répartie entre les divers entrepreneurs.

7. Lorsqu'un entrepreneur unique est chargé de construire l'ensemble de l'installation ou une partie donnée de celle-ci qui peut être exploitée séparément (une centrale électrique, par exemple) et que cet entrepreneur est tenu de fournir la totalité des équipements et des matériaux nécessaires à la construction, il n'est pas indispensable de décrire en détail dans le contrat tous les éléments à fournir. Cela étant, il est souhaitable que le contrat expose la capacité opérationnelle que doivent avoir les éléments importants des équipements et les caractéristiques techniques des principaux matériaux à fournir, étant donné que la qualité de la construction dépendra dans une large mesure de la qualité de ces éléments et de ces matériaux (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 8 et 9, et chap. XII, "Inspection et essais durant la fabrication et la construction", par. 4 et 5).

2. *Date et lieu de la fourniture des équipements et des matériaux*

8. Il est souhaitable de spécifier dans le contrat le moment et le lieu où les équipements et les matériaux doivent être fournis. Lorsqu'ils doivent être fournis par un entrepreneur pour être incorporés dans l'installation par d'autres entrepreneurs placés sous sa supervision, il importe de spécifier dans le contrat le moment de la fourniture afin de permettre de coordonner l'exécution des obligations incombant aux divers entrepreneurs. En pareil cas, il est d'ordinaire souhaitable de spécifier, dans le calendrier fixé pour les travaux, que ces équipements et ces matériaux doivent impérativement être fournis au moment prévu. Même lorsque les équipements et les matériaux doivent être incorporés

dans l'installation par l'entrepreneur qui les a fournis, les parties peuvent convenir d'un calendrier pour la fourniture de certains éléments à des dates données, afin de permettre à l'acquéreur de contrôler la progression des travaux et de sanctionner le retard de l'entrepreneur si ces dates ne sont pas respectées (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 18 à 23, et chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 17 et 18). Le contrat pourra établir un lien entre l'obligation pour l'acquéreur de payer une partie du prix et le moment où certains équipements et matériaux sont fournis (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 70).

9. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu de fournir les équipements et les matériaux à une date ou dans un délai donnés. Une date spécifique peut être appropriée lorsqu'un calendrier rigide a été établi pour la construction de l'installation, l'entrepreneur étant obligé de fournir les équipements et les matériaux à la date spécifiée et non avant (par exemple, parce qu'on ne disposerait pas d'installations d'entreposage avant cette date). Cependant, il peut parfois être impossible de fixer une date précise dans le contrat, par exemple lorsqu'on n'a besoin des équipements et des matériaux qu'une fois que l'entrepreneur a achevé certains éléments de la construction et que l'on n'est pas sûr de la date à laquelle ces éléments seront achevés lors de la conclusion du contrat relatif à la fourniture de ces équipements et matériaux. En pareil cas, il pourra être stipulé qu'après la conclusion du contrat l'acquéreur sera autorisé à spécifier, à l'intérieur d'un délai précisé dans le contrat, une date à laquelle l'entrepreneur devra fournir les équipements et les matériaux. L'acquéreur pourra déterminer le délai à prévoir dans le contrat en fonction des dates auxquelles il pense que l'on aura besoin des équipements et des matériaux pour la construction. Une telle formule permettrait de tenir compte du fait qu'on ne sait pas précisément au moment de la conclusion du contrat de construction quand les équipements ou les matériaux seront nécessaires, tout en indiquant à l'entrepreneur le délai à l'intérieur duquel il devra les fournir (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 20). Lorsqu'il n'est pas nécessaire de spécifier une date précise pour la fourniture des équipements et des matériaux (par exemple, lorsqu'un entrepreneur unique est chargé de construire l'ensemble de l'installation), l'entrepreneur pourra être autorisé à les fournir à la date de son choix à l'intérieur d'un délai spécifié dans le contrat.

10. S'agissant du lieu de livraison, si les équipements et les matériaux doivent demeurer entre les mains de l'entrepreneur jusqu'à ce que celui-ci les incorpore dans l'installation, le contrat pourra spécifier que leur livraison sur le chantier est un élément à prendre en considération pour déterminer si le calendrier a été respecté, ainsi que pour répartir les coûts liés à leur fourniture. Si les équipements et matériaux doivent être pris en charge par l'acquéreur (voir plus loin, par. 19), le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu de les remettre à l'acquéreur sur le chantier ou en un autre lieu spécifié. Lorsque l'acquéreur doit faire assurer le transport des équipements et des matériaux jusqu'au chantier (voir plus loin, sect. B, 3), l'entrepreneur pourra être tenu de les livrer en un lieu spécifié afin qu'ils soient remis au premier transporteur engagé par l'acquéreur. Le contrat pourra stipuler que l'acquéreur est tenu de prendre à sa charge les coûts liés à la fourniture des équipements et des matériaux à l'endroit spécifié, à moins que les prix ne soient fixés selon la formule des travaux en régie (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 10 à 24).

3. *Transport des équipements et des matériaux*

11. Normalement, il conviendrait que la partie qui est tenue de fournir les équipements et les matériaux soit tenue d'en assurer le transport jusqu'au lieu de livraison stipulé et de prendre à sa charge les frais correspondants. Lorsque les équipements et les matériaux doivent être livrés en un endroit autre que le chantier, il est souhaitable que le contrat précise quelle partie est tenue d'en assurer le transport entre cet endroit et le chantier et de prendre à sa charge les frais correspondants.

12. Même lorsque les équipements et les matériaux doivent être livrés à un endroit autre que le chantier, il est souhaitable dans la plupart des cas que la responsabilité de les emballer et de les protéger de façon adéquate pour qu'ils soient acheminés jusqu'au chantier par les moyens de transport prévus incombe à l'entrepreneur. Il se peut que l'emballage des équipements et des matériaux soit régi par des règles juridiques applicables au transport international ou au transport dans les pays par lesquels ils doivent transiter (il peut s'agir, par exemple, de règles fixant les dimensions à respecter pour les colis ou exigeant que les marchandises dangereuses soient emballées de façon spéciale). Si un prix forfaitaire est fixé dans le contrat, le coût de l'emballage des équipements et des matériaux pourra être inclus dans ce prix.

13. Le transport des équipements et des matériaux peut être soumis à des autorisations de transport routier, ferroviaire ou autre et il est souhaitable d'indiquer dans le contrat à quelle partie il incombe d'obtenir ces autorisations. Le contrat pourra stipuler que l'autre partie sera tenue de fournir toute l'aide nécessaire pour obtenir ces autorisations (par exemple, en indiquant les dimensions des équipements, la nature de l'emballage utilisé ou les formalités à accomplir pour obtenir lesdites autorisations en vertu des règlements applicables).

14. Si les équipements et les matériaux doivent être pris en charge par l'acquéreur au lieu de livraison, il peut être souhaitable de stipuler dans le contrat que l'entrepreneur est tenu de marquer les colis contenant les équipements et les matériaux de telle manière que l'acquéreur puisse les identifier. En outre, l'entrepreneur pourra être tenu de marquer les équipements et les matériaux comme l'exigent les règles juridiques applicables au mode de transport prévu (par exemple, en utilisant le marquage voulu pour indiquer que les matériaux sont dangereux). L'entrepreneur pourra également être tenu de remettre à l'acquéreur les documents se rapportant au transport (factures ou lettres de voiture, par exemple). Certains de ces documents, comme les connaissements, peuvent être nécessaires à l'acquéreur pour prendre en charge les équipements et les matériaux; le contrat pourra stipuler que ces documents doivent être remis à l'acquéreur ou, dans le cas d'une transaction sur crédit documentaire, à la banque de l'acquéreur, de manière à ce qu'ils soient reçus en temps utile pour permettre à l'acquéreur de prendre en charge les équipements et les matériaux lorsqu'ils arriveront à destination. Le paiement des équipements et des matériaux peut également être subordonné à la réception de ces documents par l'acquéreur (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 71).

4. *Dédouanement et droits de douane*

15. Le contrat pourra spécifier à quelle partie il incombe de dédouaner les équipements et les matériaux et d'acquitter les droits de douane. En règle générale, les équipements et les matériaux importés sont frappés de droits de

douane. Mais, dans des cas exceptionnels, de tels droits peuvent frapper les équipements et les matériaux en cours d'exportation, de même que les équipements et matériaux en transit peuvent être assujettis à des droits ou redevances de transit. Il peut y avoir lieu de stipuler dans le contrat que le dédouanement des équipements et des matériaux destinés à l'exportation et le paiement des droits de douane à l'exportation incombent à l'entrepreneur. Cela peut être le cas même si le lieu où les équipements et les matériaux doivent être livrés est celui où ils doivent être remis au transporteur engagé par l'acquéreur (voir plus haut, par. 10). Il pourra être stipulé dans le contrat que le dédouanement et le paiement des droits de douane pendant le transit incombent à la partie qui organise le transport. Les parties peuvent tenir compte dans le contrat de toute exonération des droits de douane qu'accorde la législation locale.

16. Les équipements et les matériaux importés pourront être dédouanés par l'acquéreur si ce dernier doit les prendre en charge après leur importation (voir plus loin, par. 19). Si les équipements et les matériaux doivent demeurer entre les mains de l'entrepreneur après avoir été importés, la responsabilité de leur dédouanement à l'importation peut incomber soit à l'entrepreneur soit à l'acquéreur, selon qu'il sera plus facile à l'un ou à l'autre d'accomplir les formalités de dédouanement ou selon que c'est à l'un ou à l'autre que ce soin incombe aux termes de la législation locale. La partie à laquelle n'incombe pas le dédouanement pourra être tenue d'aider l'autre à accomplir les formalités de dédouanement, en particulier en fournissant les pièces qui peuvent être nécessaires (par exemple, l'entrepreneur pourra être tenu de le faire en fournissant des factures et des certificats d'origine et l'acquéreur en fournissant les licences d'importation ou autres autorisations requises délivrées dans son pays). En ce qui concerne le paiement des droits de douane à l'importation, il peut être préférable dans certains cas de stipuler que c'est à l'acquéreur qu'il incombe de les acquitter. Si cette obligation incombe à l'entrepreneur, il faudra peut-être réviser le prix pour tenir compte de toute modification du taux des droits de douane perçus à l'importation par rapport au taux en vigueur au moment de la passation du contrat (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 38 et 39).

5. *Interdictions et licences*

17. Il se peut que certaines règles juridiques en vigueur dans le pays où l'installation doit être construite interdisent l'importation de certains équipements et matériaux. En outre, l'exportation de certains équipements et matériaux peut être interdite par des règles juridiques en vigueur dans le pays de l'entrepreneur ou dans un autre pays d'où ces équipements et ces matériaux doivent être importés. Il conviendrait que les parties prennent ces règles en considération lors de l'établissement du contrat de construction car leur violation peut invalider le contrat. S'il n'est possible d'importer et d'exporter qu'à condition d'obtenir des licences, il est souhaitable de stipuler dans le contrat que l'acquéreur est tenu d'obtenir toutes les licences d'importation et l'entrepreneur d'obtenir toutes les licences d'exportation requises par la loi, soit au moment de la conclusion du contrat, soit par la suite. En outre, le contrat peut obliger chacune des parties à aider l'autre à obtenir ces licences. Le contrat peut obliger la partie qui va obtenir les licences à notifier à temps à l'autre partie les démarches qu'elle effectue pour obtenir ces licences et l'issue de ces démarches.

18. Il pourra être stipulé que l'entrée en vigueur du contrat est subordonnée à la délivrance de toutes les licences d'importation et d'exportation requises au moment de la conclusion du contrat (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", par. 50). Dans certains cas, toutefois, les licences requises pour l'importation ou l'exportation de certains équipements ou matériaux ne peuvent pas être obtenues avant le début de la construction. Par exemple, il se peut que les règlements en vigueur ne permettent de donner suite à une demande de licence que peu de temps avant la date d'exportation ou d'importation prévue, laquelle peut être postérieure à la date de commencement des travaux de construction. En pareil cas, il ne serait pas possible de subordonner l'entrée en vigueur du contrat à l'octroi de ces licences, mais on pourra spécifier dans le contrat quelles seraient les conséquences au cas où la partie qui est tenue d'obtenir ces licences ne parvient pas à les obtenir. On pourra stipuler que, si la partie qui est tenue d'obtenir une licence ne l'obtient pas dans un délai spécifié après la conclusion du contrat, l'autre partie pourra suspendre le contrat ou le résilier (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", et chap. XXV, "Résiliation du contrat"). On pourra aussi préciser que la non-obtention d'une licence devenue impérative après la conclusion du contrat aura les mêmes conséquences.

6. *Prise en charge des équipements et des matériaux par l'acquéreur*

19. Dans certaines circonstances, il se peut que l'acquéreur doive prendre en charge les équipements et les matériaux fournis par l'entrepreneur, par exemple pour les entreposer (voir plus loin, sect. B, 7). Il se peut aussi qu'il doive les prendre en charge avant leur incorporation dans l'installation quand cette incorporation doit être faite soit par ses soins, soit par un autre entrepreneur que celui qui les a fournis (par exemple, lorsque l'entrepreneur qui les a fournis ne fait que superviser leur mise en place). Le contrat pourra stipuler que la prise en charge se produit lorsque l'acquéreur prend matériellement possession des équipements et des matériaux. Il pourra aussi stipuler que la prise en charge par l'acquéreur ne signifie aucunement qu'il approuve les équipements ou les matériaux fournis par l'entrepreneur (voir chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", par. 1, et chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 8 et 44). En outre, il pourra stipuler que, si l'acquéreur ne prend pas en charge les équipements et les matériaux alors qu'il est tenu de le faire, ceux-ci seront réputés avoir été pris en charge au moment où ils ont été mis à la disposition de l'acquéreur.

20. Dans certains cas, le contrat pourra stipuler que la prise en charge des équipements et des matériaux par l'acquéreur aura pour résultat de transférer à ce dernier les risques de perte ou d'endommagement de ces équipements et de ces matériaux (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 9 à 17). Lorsque les risques sont ainsi transférés, la question de savoir si la perte ou l'endommagement se sont produits avant ou après la prise en charge peut donner lieu à des litiges, de même que la question de savoir si les vices que présentent les équipements et les matériaux sont apparus avant la prise en charge en raison, par exemple, d'une mauvaise fabrication ou d'un emballage insuffisant par l'entrepreneur, ou après la réception, par exemple en raison d'un mauvais entreposage par l'acquéreur. Ces litiges seront moins nombreux si l'acquéreur est tenu de vérifier l'état extérieur des équipements et des matériaux

au moment de la prise en charge et de notifier rapidement à l'entrepreneur tout défaut de conformité qu'il pourra constater. Toutefois, l'acquéreur pourra ne pas être en mesure de déterminer si les équipements et les matériaux sont en bon état (par exemple, parce qu'il ne connaît pas leurs spécifications ou parce qu'il n'a pas les connaissances techniques voulues pour déterminer si ces spécifications sont respectées). En outre, il peut être impossible de déceler certains vices avant l'incorporation des équipements et des matériaux dans l'installation et l'achèvement de la construction. En conséquence, les parties pourraient souhaiter envisager qu'en pareil cas le contrat stipule que l'acquéreur conserve le droit d'obtenir réparation pour tout défaut de conformité qu'il n'a pas notifié à l'entrepreneur, à condition que ce défaut résulte de causes dont l'entrepreneur assume la responsabilité envers l'acquéreur.

7. *Entreposage sur le chantier*

21. Les équipements et les matériaux doivent être disponibles sur le chantier au moment où l'on en a besoin pour les incorporer dans l'installation. En règle générale, ils sont donc livrés au préalable sur le chantier pour y être entreposés. Le contrat pourra fixer les obligations incombant aux parties pour ce qui est de cet entreposage.

22. Il peut être superflu de faire figurer dans le contrat des dispositions concernant l'entreposage si les équipements et les matériaux doivent rester entre les mains de l'entrepreneur après avoir été livrés sur le chantier et que le risque de perte ou d'endommagement de ces équipements et de ces matériaux est assumé par lui. En pareil cas, le fait que l'entrepreneur sera responsable des vices qui apparaîtront dans l'installation ou dans la partie de celle-ci dans laquelle les équipements et les matériaux entreposés seront incorporés suffira à l'inciter à apporter tout le soin voulu à l'entreposage. Lorsque l'entreposage doit être effectué par l'entrepreneur alors que les risques pendant l'entreposage doivent être assumés par l'acquéreur, il est souhaitable de spécifier dans le contrat quelles sont les précautions que l'entrepreneur devra prendre pour l'entreposage.

23. Le choix de la partie qui sera responsable de l'entreposage pourra dépendre de la formule contractuelle retenue par l'acquéreur. Si un seul entrepreneur est engagé pour construire l'installation, celui-ci pourra en assumer la responsabilité (voir aussi plus haut, par. 22). Si les équipements et les matériaux doivent être fournis par plusieurs entrepreneurs, chacun d'entre eux pourra assumer la responsabilité d'entreposer les équipements et les matériaux qu'il a fournis si son personnel est présent sur le chantier au moment de la livraison et s'il dispose d'installations d'entreposage appropriées. Sinon, cette responsabilité pourra être assumée par l'acquéreur. Un tel arrangement peut cependant donner lieu à litiges. En pareil cas, il pourra être stipulé dans le contrat que l'entrepreneur qui fournit les équipements ou les matériaux est tenu de donner à l'acquéreur, si celui-ci le lui demande, des conseils sur la façon dont ceux-ci doivent être entreposés. L'entrepreneur pourra également être tenu d'indiquer à l'acquéreur toutes les mesures spéciales qui doivent être prises, le cas échéant, pour l'entreposage des équipements et des matériaux, même si l'acquéreur ne le lui demande pas.

24. Dans les cas où l'entreposage incombe à l'entrepreneur, cette responsabilité peut inclure l'obligation de fournir des installations d'entreposage appropriées (par exemple, des hangars ou salles d'entreposage). Toutefois, il

pourra être stipulé dans le contrat que l'acquéreur est tenu de fournir le terrain sur lequel ces installations seront situées. Si l'acquéreur est mieux à même de fournir les installations d'entreposage, il pourra être tenu de les fournir à un moment fixé dans le calendrier des travaux de construction (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 18 à 23).

25. Si les équipements et les matériaux doivent être pris en charge et entreposés par l'acquéreur et que celui-ci doit assumer les risques de perte ou d'endommagement de ces équipements et de ces matériaux pendant l'entreposage (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 9 à 17), le contrat pourra stipuler que l'acquéreur est tenu de les remettre à l'entrepreneur dans l'état où il les a pris en charge pour les entreposer. Toutefois, le contrat pourra le dégager de cette responsabilité en cas de perte ou d'endommagement provoqué par l'entrepreneur ou par une personne recrutée par ce dernier, ou en cas de perte ou d'endommagement imputable à la nature des équipements ou des matériaux. Lorsque l'entreposage doit être effectué par l'acquéreur alors que les risques pendant l'entreposage doivent être assumés par l'entrepreneur, il est souhaitable de spécifier dans le contrat quelles sont les précautions que l'acquéreur devra prendre pour l'entreposage. Dans les cas où l'entreposage des marchandises est assuré par l'acquéreur, l'entrepreneur pourra obliger ce dernier à lui notifier sans retard toute perte ou tout endommagement des équipements et matériaux entreposés.

26. Le contrat pourra préciser quand et comment les équipements et les matériaux entreposés par l'acquéreur doivent être restitués à l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'installation. L'entrepreneur pourra être tenu de les inspecter lorsque l'acquéreur les lui restituera et de notifier à ce dernier toute perte ou endommagement. La réponse à la question de savoir si l'acquéreur est responsable de cette perte ou de cet endommagement dépendra de la nature de la responsabilité qu'il assume en matière d'entreposage (voir plus haut, par. 25). Il pourra être stipulé dans le contrat que l'entrepreneur n'aura plus le droit de tenir l'acquéreur responsable de la perte ou de l'endommagement des équipements ou des matériaux entreposés s'il ne donne pas notification à l'acquéreur en précisant la nature de cette perte ou de cet endommagement dans un délai raisonnable à compter du moment où l'on peut normalement s'attendre à ce qu'il les ait découverts et au plus tard avant l'expiration d'un délai spécifié dans le contrat à compter du moment où les équipements ou les matériaux entreposés lui ont été remis par l'acquéreur.

C. Fourniture d'équipements et de matériaux par l'acquéreur

27. Dans le cadre de certains contrats de construction, l'acquéreur peut assumer l'obligation de fournir certains équipements et matériaux dont l'entrepreneur a besoin pour construire l'installation (voir plus haut, par. 4). Cette situation doit être distinguée de celle dans laquelle l'acquéreur a décidé de construire lui-même une partie de l'installation dont il assumera seul la responsabilité (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 1).

28. Il est souhaitable de spécifier dans le contrat les équipements et les matériaux qui doivent être fournis par l'acquéreur. Le moment où les équipements et les matériaux doivent être fournis par l'acquéreur peut être fixé

dans le calendrier en se référant à des dates ou à des délais, d'une manière similaire à celle évoquée plus haut, au paragraphe 9, à propos de la fourniture des équipements et des matériaux par l'entrepreneur.

29. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu d'inspecter rapidement les équipements et les matériaux une fois qu'ils lui ont été fournis par l'acquéreur. Il pourra aussi stipuler que l'entrepreneur n'aura plus le droit de tenir l'acquéreur responsable d'un défaut de conformité des équipements et des matériaux s'il ne lui notifie pas ce défaut de conformité en lui donnant des précisions dans un délai raisonnable à compter du moment où l'on peut normalement s'attendre à ce qu'il l'ait découvert et au plus tard avant l'expiration d'un délai spécifié dans le contrat à compter du moment où les équipements et les matériaux ont été fournis par l'acquéreur. Les voies de recours dont l'entrepreneur peut se prévaloir au cas où les équipements et les matériaux ne lui sont pas remis en temps utile par l'acquéreur ou présentent des vices sont examinées dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 63.

30. Les parties peuvent souhaiter stipuler que l'entrepreneur ne paiera pas les équipements et les matériaux fournis par l'acquéreur, mais qu'il sera tenu compte de la valeur de ces équipements et matériaux lors de la fixation du prix que l'acquéreur devra acquitter pour la construction de l'installation.

Note du chapitre VIII

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. La fourniture des équipements et des matériaux par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'installation sera assurée [franco wagon . . . (nom de la gare de départ)] [f.o.b . . . (nom du port de départ)] [c. et f. . . . (nom du port de destination)] [fret/port payé jusqu'à . . . (nom du point de destination)] [*ex ship* . . . (nom du port de destination)] [à quai (dédouané à . . . (nom du port)] [rendu frontière à . . . (nom du lieu de livraison à la frontière)] [rendu droits acquittés à . . . (nom du lieu de destination dans le pays d'importation)].

"2. Le terme commercial mentionné au paragraphe 1 doit être interprété conformément aux Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS) de la Chambre de commerce internationale en vigueur à la date de conclusion du contrat, à moins que le contrat n'en dispose autrement pour l'une quelconque des questions visées par ce terme commercial." (Les INCOTERMS, tels que révisés en 1980, figurent dans le document n° 350 de la CCI.)"

Chapitre IX. Construction sur le chantier

RÉSUMÉ

La construction sur le chantier au sens du présent chapitre couvre les travaux de génie civil, la construction des bâtiments et la mise en place des équipements. Elle couvre aussi la fourniture par l'entrepreneur de certaines productions liées à la construction qui concernent les travaux devant être effectués par l'acquéreur ou par une entreprise engagée par l'acquéreur. La nature de la construction à effectuer dépendra des conditions du contrat de construction. Les règles de droit impératives en vigueur dans le pays où l'installation doit être construite peuvent prescrire certaines normes ou procédures à respecter pendant la construction (par. 1 à 3).

Des travaux préparatoires sont généralement nécessaires sur le chantier avant que la construction ne puisse commencer. Le contrat peut prévoir les tâches préparatoires que chaque partie devra entreprendre. L'acquéreur peut être tenu d'obtenir toutes les autorisations requises pour l'utilisation du terrain aux fins de la construction. Le contrat peut en outre prévoir les facilités dont aura besoin le personnel de l'entrepreneur pendant la construction et déterminer comment ces facilités seront fournies (par. 6 à 9).

Le contrat peut obliger l'entrepreneur à se doter des engins et outils dont il a besoin pour la construction. Si l'acquéreur doit fournir certains de ces engins et outils, le contrat peut déterminer les droits et obligations des parties sur ce point. L'acquéreur peut être tenu d'aider l'entrepreneur à obtenir les autorisations d'importation des engins et outils de construction dans le pays où l'installation doit être construite (par. 11 et 12).

Le contrat devrait fixer la date à laquelle l'entrepreneur doit commencer et achever la construction et déterminer en outre si la construction peut être achevée avant la date prévue (par. 14 à 17).

Il est souhaitable que le contrat renferme un calendrier fixant l'ordre dans lequel les diverses phases de la construction se succèdent. Lorsqu'elles arrêtent ce calendrier, les parties peuvent envisager de recourir à la méthode dite du "chemin critique". Le calendrier peut fixer des dates repères obligatoires et facultatives pour l'achèvement de parties de la construction (par. 18 à 23).

La date d'achèvement de la construction peut devoir être changée dans certaines circonstances. Le contrat peut prévoir un mécanisme à cette fin si les circonstances en question se produisent (par. 24 et 25).

Si l'acquéreur effectue lui-même les travaux de mise en place de certains équipements, l'entrepreneur pourra être obligé de superviser ces travaux. Le contrat peut prévoir les droits et obligations des parties en matière de supervision. Lorsque la supervision par l'entrepreneur n'est pas nécessaire, celui-ci peut néanmoins être tenu de conseiller l'acquéreur sur les travaux de mise en place si ce dernier en fait la demande (par. 27 à 30).

Chacune des parties devra avoir accès au chantier pour y effectuer certaines tâches. Le contrat peut définir le type d'accès qui sera accordé et contenir des dispositions le réglementant (par. 31 et 32).

Lorsque l'acquéreur doit construire une partie de l'installation, il a parfois intérêt à demander à l'entrepreneur d'acheter pour lui certains des équipements et matériaux nécessaires à la construction (par. 33 et 34).

Le contrat peut obliger l'entrepreneur à dégager périodiquement le chantier et à le laisser dans un état propre et ordonné une fois la construction achevée (par. 36).

A. Remarques générales

1. La construction prévue dans le cadre d'un contrat de construction peut comprendre la fourniture des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation, ainsi que les travaux de génie civil, la construction de bâtiments, la mise en place d'équipements et la fourniture d'autres prestations liées à la construction (la supervision des travaux d'installation, par exemple). En plus de s'engager à effectuer la construction, l'entrepreneur peut s'engager à transférer des techniques (voir chap. VI, "Transfert des techniques", par. 2) et à fournir la conception de l'installation (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 2).

2. La construction sur le chantier au sens du présent chapitre comprend les travaux de génie civil, la construction des bâtiments et la mise en place des équipements. Elle comprend aussi la fourniture par l'entrepreneur de certaines prestations liées à la construction qui ont trait aux travaux de mise en place devant être effectués par l'acquéreur ou par une entreprise engagée par l'acquéreur. La fourniture des équipements et matériaux est traitée au chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux". La nature de la construction sur le chantier à effectuer dépendra des termes du contrat de construction (la construction peut, par exemple, se limiter à la mise en place d'équipements ou bien comprendre en outre des travaux de génie civil et la construction de bâtiments : voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 3). Dans certains cas, les équipements fournis par l'entrepreneur pourront être mis en place par l'acquéreur ou une entreprise engagée par lui et l'obligation de l'entrepreneur se réduira à la supervision des travaux de mise en place (voir plus loin, par. 27 à 30). Dans d'autres cas, des équipements pourront être fournis par des entreprises engagées par l'acquéreur et l'entrepreneur pourra être tenu de mettre en place ces équipements en plus de ceux qui sont fournis par lui.

3. Les règles de droit impératives en vigueur dans le pays où doit être construite l'installation peuvent prévoir certaines normes ou procédures à respecter pendant la construction sur le chantier (règles relatives à la santé et à la sécurité du personnel assurant la construction ou règles concernant la sauvegarde de l'environnement, par exemple). Le contrat peut obliger l'acquéreur à aider l'entrepreneur à se procurer les informations relatives à ces règles et l'acquéreur pourra juger utile de s'acquitter de certaines des obligations imposées par ces règles. En outre, certaines règles de droit impératives du pays de l'entrepreneur relatives aux conditions de travail peuvent même s'appliquer à la construction effectuée sur le chantier dans le pays de l'acquéreur par le personnel de l'entrepreneur. Outre les règles impératives pertinentes d'ordre

local, national et international et les clauses du contrat, il peut y avoir des normes ou codes de pratique d'ordre local, national ou international qui concernent la santé publique, la sécurité et la sauvegarde de l'environnement. Il est souhaitable que les parties conviennent que l'entrepreneur se conformera à ces prescriptions.

4. Lorsque plusieurs entrepreneurs sont chargés de construire l'installation et qu'ils le font simultanément, le contrat peut exiger de chacun d'eux qu'il évite tout agissement qui pourrait gêner les autres entrepreneurs dans l'exécution de leurs obligations.

5. Le contrat peut stipuler que des représentants des parties se réuniront périodiquement sur le chantier afin de favoriser la coopération entre elles et de régler les questions en suspens touchant à la construction sur le chantier. De telles réunions peuvent contribuer à régler les problèmes courants ou à dissiper les malentendus, évitant ainsi le recours aux dispositions contractuelles sur le règlement des litiges (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 9).

B. Travaux préparatoires

6. La plupart des contrats de construction obligent l'acquéreur à fournir le terrain sur lequel l'installation doit être construite. Ce terrain peut être identifié par le contrat, au moyen de cartes ou de plans, par exemple. L'entrepreneur aura normalement inspecté le terrain avant la conclusion du contrat et pourra avoir assumé certaines obligations sur le point de savoir si le terrain se prête à la construction prévue (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 44 et 45).

7. Quelques travaux préparatoires sur le chantier (déblaiement et nivellement du terrain, aménagement de routes d'accès ou de voies ferrées et viabilisation du terrain, par exemple) sont généralement nécessaires pour que la construction sur le chantier puisse commencer et se dérouler sans encombre. Le contrat peut indiquer les diverses tâches préparatoires confiées à chacune des parties, fixer un calendrier pour l'achèvement des travaux (voir plus loin, sect. C, 3) et déterminer quelle est la partie qui prendra à sa charge le coût de ces travaux préparatoires.

8. Il est souhaitable que le contrat oblige l'acquéreur à obtenir les permis ou autorisations officiels de construction prescrits par la loi du pays où l'installation doit être construite (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 24). Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'acquéreur devra aider l'entrepreneur à obtenir les visas, les permis de travail et autres documents du même ordre dont doit être muni le personnel de l'entrepreneur pour entrer dans le pays où se trouve le chantier et commencer à y travailler.

9. Il est souhaitable que le contrat précise les facilités dont aura besoin le personnel de l'entrepreneur, pendant la construction sur le chantier, quelle partie les fournira et quelle partie prendra à sa charge les dépenses y afférentes. Si l'acquéreur est tenu de payer les facilités fournies par l'entrepreneur, le montant dû pourra être forfaitaire ou bien calculé sur la base des dépenses engagées (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 2). Dans certains cas, le contrat peut obliger l'entrepreneur à fournir certaines facilités dont a besoin le personnel de l'acquéreur pendant la construction sur le

chantier. L'acquéreur pourra envisager d'assumer en partie ou en totalité les obligations ci-après : fournir des locaux à usage de bureaux et d'habitation répondant aux besoins du personnel de l'entrepreneur; équiper ces locaux de meubles, de téléphones, etc.; fournir des denrées alimentaires ou des services de restauration au personnel de l'entrepreneur; prévoir des installations sanitaires sur le chantier et assurer le transport quotidien du personnel de l'entrepreneur entre ses lieux d'habitation et le chantier. Le contrat peut prévoir des normes pour les facilités qui seront fournies, compte tenu des normes fixées par la loi applicable en ce qui concerne les conditions de travail du personnel chargé de la construction. Il peut être souhaitable que le contrat exige, avant le commencement de la construction sur le chantier, une inspection commune par les parties des facilités devant être fournies par l'acquéreur; l'état de ces facilités constaté au cours de l'inspection pourra être consigné dans un protocole signé par l'une et l'autre parties.

10. Il est généralement nécessaire de mettre en place un atelier pour la construction sur le chantier et le contrat peut obliger l'entrepreneur à le fournir. L'acquéreur souhaitera peut-être conserver cet atelier une fois la construction achevée car il pourra alors servir aux travaux de réparation et d'entretien de l'installation. Le coût de la fourniture de cet atelier peut être inclus dans le prix du contrat.

C. Travaux de construction sur le chantier confiés à l'entrepreneur

1. *Engins et outils nécessaires à la construction*

11. L'entrepreneur aura besoin d'engins (excavatrices, grues, pelleteuses, par exemple) et d'outils (perceuses, scies, par exemple) pour les travaux de construction sur le chantier et, parfois, il devra en faire lui-même l'acquisition. Dans certains cas, toutefois, il peut être avantageux pour l'acquéreur de fournir à l'entrepreneur certains des engins et outils utilisés pour la construction (lorsqu'il a la possibilité de louer à bon prix ces engins et outils en monnaie locale, par exemple). Le contrat peut alors énumérer les articles qui seront fournis par l'acquéreur et stipuler que l'entrepreneur devra se procurer tous les autres articles dont il a besoin. En outre, il est souhaitable que le contrat précise les droits et obligations des parties en ce qui concerne les articles fournis par l'acquéreur (préciser si ces articles seront vendus ou loués à l'entrepreneur et si le montant payable par l'entrepreneur pour la vente ou la location est inclus dans le prix du contrat ou doit être acquitté séparément, par exemple). Le contrat peut également traiter d'autres questions pouvant se poser dans de tels arrangements, par exemple, les dates auxquelles les divers articles doivent être fournis, leur quantité et leur qualité, la désignation de la partie chargée de l'entretien et des réparations, les fins auxquelles ils pourront être utilisés et la désignation de la partie qui assume le risque de perte ou de dommage. Les mêmes questions devront être réglées si l'acquéreur doit construire une partie de l'installation et qu'il juge avantageux de se procurer auprès de l'entrepreneur certains des engins et outils dont il a besoin pour la construction.

12. Des licences et autorisations spéciales (dédouanement, par exemple) peuvent être nécessaires pour les engins et outils de contruction importés par l'entrepreneur dans le pays où l'installation doit être construite, même s'ils

doivent être exportés après achèvement de la construction. L'acquéreur peut être tenu, aux termes du contrat, d'aider l'entrepreneur à obtenir ces licences et autorisations ou de les obtenir pour lui.

13. Les parties voudront peut-être s'accorder sur la manière dont les transports nécessaires à la construction seront assurés. Le contrat peut, par exemple, stipuler qu'une des parties fournira les véhicules nécessaires et peut répartir les charges d'entretien, de réparation et de remplacement de ces véhicules. Les questions liées à l'acheminement des équipements et matériaux sur le chantier sont examinées au chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 11 à 14.

2. *Délai d'achèvement de la construction*

14. Le contrat devrait indiquer clairement les délais dans lesquels l'entrepreneur doit commencer et achever la construction. Le délai d'achèvement peut être déterminé soit par le choix d'une date fixe, soit par la mention d'une période donnée. Si la construction doit être achevée à date fixe, il est souhaitable que le contrat indique les situations dans lesquelles cette date pourra être reportée et définisse le critère permettant de fixer la durée de ce report. Le contrat peut stipuler que la construction devra être achevée au cours d'une période donnée dans les cas où la date de commencement de la construction est incertaine (parce que l'agrément des pouvoirs publics est nécessaire pour que le contrat puisse entrer en vigueur ou parce que les licences d'importation des équipements et matériaux nécessaires à la construction doivent être obtenues par l'acquéreur, par exemple). Le contrat devrait stipuler quand cette période commencera à courir (voir le paragraphe suivant) et dans quelles circonstances elle cessera de courir ou sera prolongée ou réduite, et prévoir un critère permettant de fixer la modification de ladite période (voir plus loin, par. 24 à 26; voir aussi chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 8, et chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 13 et 14).

15. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que le délai prévu pour l'achèvement de la construction commencera à courir à compter de l'une des dates suivantes :

a) Date à laquelle le contrat entre en vigueur;

b) Date à laquelle l'acquéreur verse, conformément au contrat, une avance sur le prix ou date à laquelle l'acquéreur garantit à l'entrepreneur le versement d'une telle avance;

c) Date à laquelle l'acquéreur notifie à l'entrepreneur qu'il a obtenu toutes les licences d'importation des équipements et matériaux et toutes les autorisations officielles pour la construction de l'installation qui sont requises dans le pays où l'installation doit être construite;

d) Date à laquelle l'acquéreur remet à l'entrepreneur toutes les pièces du contrat définissant l'ampleur de la construction et les caractéristiques techniques de l'installation (plans et dessins, par exemple) dont ce dernier a besoin pour commencer la construction;

e) Date à laquelle le chantier est mis à la disposition de l'entrepreneur.

16. Les parties pourraient aussi faire mention de plusieurs des dates énumérées au paragraphe précédent et stipuler que le délai commencera à

courir à compter de la date intervenant en dernier. Les conséquences de l'incapacité de l'entrepreneur à achever la construction dans le délai prévu sont examinées au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", et au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales".

17. Lorsqu'un entrepreneur unique se voit confier la construction de l'installation et que l'acquéreur n'a pas à coordonner la construction sur le chantier par plusieurs entrepreneurs, l'acquéreur peut avoir intérêt à ce que la construction soit achevée le plus rapidement possible. Dans ce cas, la date prévue pour l'achèvement ou la fin du délai prévu pour l'achèvement peut être considérée comme la date définitive d'achèvement, un achèvement plus rapide étant autorisé, voire encouragé (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 28 à 30). Dans certains cas, toutefois, il se peut que l'acquéreur ne souhaite pas que les travaux de construction soient achevés plus tôt que convenu pour diverses raisons d'ordre pratique, touchant notamment aux arrangements financiers qu'il a pris. Le contrat devrait préciser si l'achèvement anticipé est autorisé.

3. *Calendrier de construction*

18. Il est souhaitable que le contrat contienne un calendrier établissant l'ordre dans lequel les travaux de construction seront exécutés. Un tel calendrier facilite l'évaluation de l'état d'avancement de la construction. Il peut aussi permettre de déterminer plus facilement une modification du délai d'achèvement de la construction, lorsque ce délai doit être modifié (voir plus loin, sous-sect. 4). Les parties voudront peut-être négocier un calendrier mutuellement acceptable avant de conclure le contrat car elles risquent d'avoir des difficultés à se mettre d'accord ultérieurement. Toutefois, lorsqu'il est impossible d'établir un calendrier complet et détaillé avant la conclusion du contrat, ce dernier pourrait prévoir un calendrier sommaire relatif à la construction des principales parties de l'installation et stipuler qu'un calendrier détaillé devra être établi par l'entrepreneur dans un délai donné après l'entrée en vigueur du contrat.

19. Le calendrier devrait être établi d'une manière (graphiquement ou à l'aide d'un ordinateur, par exemple) qui permette d'enregistrer les progrès effectivement accomplis par rapport aux échéances prévues. Les parties pourront envisager d'adopter la méthode dite du "chemin critique". Dans cette méthode, l'ensemble de la construction est divisé en tâches distinctes et à chaque tâche correspond une période pendant laquelle elle doit être exécutée. Ces périodes apparaissent sur un diagramme qui décrit l'ordre dans lequel se succèdent les activités de construction et les rapports qui existent entre elles. Les activités critiques, c'est-à-dire les activités dont d'autres activités sont tributaires, forment une chaîne continue, appelée chemin critique, qui s'inscrit sur le diagramme. Cette méthode peut faciliter l'évaluation des conséquences qu'un retard dans certaines activités de construction aurait pour d'autres activités.

20. Lorsque plusieurs entrepreneurs doivent participer à la construction (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25), chaque contrat peut contenir un calendrier indiquant l'ordre dans lequel les phases de la construction prévues dans ce contrat se succèdent afin de permettre à l'acquéreur de l'harmoniser avec le calendrier général de la construction de

l'ensemble de l'installation. Toutefois, si dans certains cas il est possible de prévoir un délai pour l'achèvement des travaux de construction effectués par chaque entrepreneur, il peut se révéler difficile d'indiquer les dates de commencement des travaux confiés à chaque entrepreneur (parce que les dates exactes d'achèvement par d'autres entrepreneurs sont incertaines, par exemple). Le contrat conclu avec chaque entrepreneur peut stipuler que la date à laquelle l'entrepreneur doit commencer la construction se situera dans une période indiquée au contrat et stipuler en outre que la date de commencement sera indiquée dans une notification qui sera remise à l'entrepreneur dans un délai donné avant ladite date. Le contrat pourrait en outre stipuler que si l'acquéreur n'exige pas que la construction commence à la fin de la période indiquée, l'entrepreneur pourra résilier le contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat").

21. Le calendrier peut fixer des dates repères (c'est-à-dire des dates auxquelles des parties données de la construction devront être achevées) permettant de déterminer l'état d'avancement de la construction. L'achèvement d'une partie de la construction à une date repère peut être obligatoire. Lorsque la construction est confiée à plusieurs entrepreneurs, chacun d'entre eux devra respecter scrupuleusement son calendrier de sorte que l'acquéreur puisse assurer la coordination de la construction. En pareil cas, le contrat pourra stipuler que les dates repères sont obligatoires et que l'entrepreneur qui ne respecte pas une date repère verra sa responsabilité engagée du fait du retard (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 17 et 18).

22. Lorsque la construction de l'ensemble de l'installation est confiée à un entrepreneur unique, les dates repères ne sont pas nécessaires pour la coordination des travaux de construction; l'entrepreneur unique sera tenu de coordonner les travaux et d'achever la construction de l'ensemble de l'installation à la date indiquée dans le contrat. Toutefois, même dans de tels cas, des dates repères obligatoires peuvent être utiles à l'acquéreur. En l'absence de dates repères pour l'achèvement obligatoire de certaines parties de la construction, l'acquéreur risque, dans certains systèmes juridiques, de ne pas avoir de recours tant que la date d'achèvement de la construction n'est pas passée, même si l'entrepreneur a pris un retard considérable par rapport au calendrier de construction. Aussi l'acquéreur peut-il souhaiter prévoir au calendrier une ou plusieurs dates repères obligatoires auxquelles certaines parties importantes de la construction devront être achevées. Le contrat peut stipuler que l'acquéreur pourra résilier le contrat si l'entrepreneur n'achève pas l'une de ces parties dans un délai raisonnable ou dans un délai donné une fois passée la date repère correspondante (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 17 et 18, et chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 9).

23. Des dates repères facultatives peuvent présenter un intérêt dans certains cas. C'est ainsi que l'utilisation de telles dates pour délimiter les périodes pendant lesquelles des parties de la construction devraient normalement être achevées peut faciliter la détermination de la durée de la prorogation à accorder à l'entrepreneur en cas de modification ou de suspension de la construction. Toutefois, l'entrepreneur qui ne respecterait pas une date repère facultative ne serait pas considéré comme étant en retard dans l'exécution de ses obligations de construction.

4. *Changement du délai d'achèvement de la construction*

24. Il peut se révéler nécessaire dans certaines circonstances de proroger ou de réduire le délai d'achèvement de la construction. Si la loi applicable au contrat ne prévoit pas comme il convient cette possibilité de proroger ou de réduire ledit délai, il est souhaitable que les parties le fassent dans le contrat. Les circonstances exigeant une modification du délai d'achèvement de la construction sont examinées dans divers autres chapitres du Guide (voir, par exemple, chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 8, et chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 13 et 14. Si le délai d'achèvement de la construction est modifié, le calendrier des travaux de construction devra être ajusté en conséquence.

25. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à notifier promptement à l'acquéreur tout événement sur lequel il compte s'appuyer pour exercer son droit à une prorogation du délai d'achèvement ainsi que les causes de cet événement. En outre, l'entrepreneur peut être tenu de notifier à l'acquéreur la durée de la prorogation nécessaire dès qu'il est en mesure de préciser cette durée. Si, dans un délai donné après remise de la notification, les parties n'arrivent pas à s'entendre sur la durée de la prorogation qui doit être accordée à l'entrepreneur, le délai d'achèvement de la construction pourra être réputé prorogé aux termes du contrat d'un délai raisonnable pour permettre l'achèvement de la construction. Les parties peuvent stipuler que si un litige les opposant est en cours de règlement par voie arbitrale ou judiciaire (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges"), les travaux de construction ne doivent pas être interrompus pendant le déroulement de l'action.

26. Le changement du délai d'achèvement de la construction peut exiger une prorogation de l'assurance couvrant la construction (voir chap. XVI, "Assurances") ou de la période de validité des garanties d'exécution (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12). La partie qui est tenue de contracter une assurance ou de fournir une garantie devra peut-être prendre des mesures en conséquence.

D. Mise en place des équipements devant être effectuée sous la supervision de l'entrepreneur

27. Si la formule des contrats multiples a été retenue (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25), l'acquéreur voudra peut-être mettre en place lui-même les équipements fournis par l'un des entrepreneurs ou bien confier cette tâche à une entreprise locale. Le contrat pourra obliger l'entrepreneur à superviser les travaux de mise en place. Ce type d'arrangement permettrait de réduire les dépenses en devises de l'acquéreur et serait un moyen pour son pays de se doter de compétences techniques.

28. Il est souhaitable que le contrat précise les tâches incombant à l'entrepreneur chargé de la supervision. Le contrat peut l'obliger à donner des instructions précises au personnel mettant les équipements en place en ce qui concerne les aspects techniques de ces travaux comme pour ce qui est de leurs aspects concernant la santé et la sécurité. Le contrat peut indiquer les qualifications qui seront requises des personnes chargées de ces tâches de supervision au nom de l'entrepreneur et peut obliger l'entrepreneur à notifier à

l'acquéreur le nom de ces personnes. Le contrat peut indiquer la durée estimée des travaux de mise en place devant être supervisés et la date approximative à laquelle ils doivent commencer. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à commencer sa supervision dans un délai déterminé après que l'acquéreur lui aura notifié l'ordre de commencer. Le contrat peut obliger l'acquéreur, dans un délai déterminé avant la date à laquelle la supervision par l'entrepreneur doit commencer, d'informer ce dernier des personnels qui devront être supervisés.

29. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à inspecter les équipements mis en place sous sa supervision afin de s'assurer que les travaux de mise en place ont été effectués correctement et à notifier rapidement à l'acquéreur tout vice décelé par lui ou pouvant raisonnablement être décelé par lui lors de l'inspection. Le contrat peut stipuler que l'entrepreneur ne répond pas des vices imputables au fait que l'acquéreur ou l'entreprise engagée par lui n'ont pas suivi les instructions de l'entrepreneur.

30. L'acquéreur ou l'entreprise locale engagée par lui a parfois la capacité technique d'installer les équipements sans la supervision de l'entrepreneur. Dans ce cas, le contrat peut obliger l'entrepreneur à prodiguer à l'acquéreur des conseils sur les travaux de mise en place, si l'acquéreur lui en fait la demande. Le contrat peut aussi obliger l'entrepreneur à inspecter les équipements une fois mis en place et à notifier rapidement à l'acquéreur tout vice qu'il décèle ou qui peut raisonnablement être décelé par lui lors de l'inspection.

E. Accès au chantier

31. Chacune des parties devra avoir accès au chantier pour pouvoir y effectuer certaines tâches. Le contrat peut inclure dans la définition de l'accès au chantier l'accès à la zone où la construction sur le chantier doit être effectuée, mais aussi aux ateliers, laboratoires, entrepôts et autres facilités créées aux fins de la construction. Lorsque la construction est confiée à plusieurs entrepreneurs, l'acquéreur devra tenir compte, lorsqu'il autorise un entrepreneur à accéder à des parties d'installations construites par un autre entrepreneur, des engagements qu'il a pris envers cet autre entrepreneur en matière de confidentialité (en ce qui concerne les plans, les spécifications ou les techniques, par exemple).

32. Il est souhaitable que le contrat réglemente l'accès au chantier. La nature des autorisations à accorder peut dépendre de la partie qui est matériellement en possession du chantier et de l'installation pendant la construction. Lorsque c'est l'entrepreneur qui est matériellement en possession du chantier et de l'installation pendant la construction, le contrat peut l'obliger à donner accès au chantier à l'acquéreur et aux personnes désignées par l'acquéreur pour leur permettre de déterminer l'état d'avancement de la construction et à en interdire l'accès aux personnes non autorisées. Lorsque le chantier et l'installation pendant la construction sont matériellement en la possession de l'acquéreur, le contrat peut l'obliger à donner à l'entrepreneur et aux personnes engagées par lui (y compris les sous-traitants) accès au chantier aux fins de la construction de l'installation comme en vue de leur permettre de remédier aux vices pendant la période de garantie (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 23). Le contrat peut obliger chaque partie à prendre les mesures de sécurité qui s'imposent afin d'éviter que les équipements, les

matériaux et l'installation ne subissent des pertes ou dommages lorsque le risque de perte ou de dommage est à la charge de l'autre partie (voir chap. XIV, "Transfert des risques").

F. Aide apportée par l'entrepreneur à l'acquéreur pour l'achat des équipements et matériaux

33. Lorsque l'acquéreur doit construire une partie de l'installation, il a parfois intérêt à exiger de l'entrepreneur qu'il achète pour lui certains des équipements et matériaux nécessaires à la construction (l'entrepreneur pourra peut-être obtenir ces articles plus facilement ou à meilleur prix, par exemple). Parmi les services relatifs aux achats devant être fournis par l'entrepreneur, on citera les suivants : proposer des spécifications appropriées pour les équipements et matériaux; faire des suggestions relatives aux garanties contractuelles, notamment les garanties de qualité, qui seront exigées des fournisseurs éventuels; choisir les fournisseurs appropriés; établir les appels d'offres et autres documents nécessaires à la passation de contrats avec les fournisseurs; passer des contrats de fournitures au nom de l'acquéreur et prendre en charge et inspecter les fournitures. Il est souhaitable que le contrat renferme des dispositions spéciales quant au paiement par l'acquéreur d'équipements et de matériaux achetés en son nom par l'entrepreneur, étant donné qu'il se peut que les conditions de paiement applicables à la construction de l'installation que doit effectuer l'entrepreneur ne conviennent pas en ce qui concerne ces articles.

34. Le contrat peut indiquer quelle sera la responsabilité de l'entrepreneur au cas où il ne s'acquitterait pas de ses obligations. A l'inverse de ce qui se passe lorsque l'entrepreneur engage des sous-traitants ou autres personnes pour l'exécution de ses propres obligations de construction (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 27 et 28), le contrat peut stipuler que l'entrepreneur ne répond pas de l'inexécution par les fournisseurs des obligations nées des contrats qu'ils ont conclus avec l'acquéreur. L'entrepreneur peut n'être considéré comme responsable que s'il n'a pas apporté à l'exécution de ses obligations en matière d'achats tout le soin que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui.

35. Dans certains cas, l'acquéreur peut être en mesure d'acheter lui-même les équipements et matériaux nécessaires mais peut avoir besoin d'aide pour certaines questions (spécifications appropriées pour les équipements et matériaux, ou garanties pouvant être exigées des fournisseurs, par exemple). L'entrepreneur peut alors être tenu de le conseiller sur ces questions.

G. Dégagement du chantier

36. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à débarrasser régulièrement le chantier des matériaux superflus et des déchets. Le contrat peut en outre l'obliger à en retirer ses engins et outils de construction après prise en charge ou réception de l'installation par l'acquéreur, à l'exception des engins et outils dont il pourra avoir besoin pour réparer les vices qui lui auraient été notifiés pendant la période de garantie. Le contrat peut aussi obliger l'entrepreneur à quitter le chantier après achèvement de la construction en le laissant dans un état propre et ordonné. En ce qui concerne les obligations de l'entrepreneur relatives à ses engins et outils de construction lorsque le contrat est résilié (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 23 à 25).

Chapitre X. Ingénieur-conseil

RÉSUMÉ

L'ingénieur-conseil, au sens du présent chapitre, est un ingénieur engagé par l'acquéreur pour lui donner des conseils et mettre à sa disposition ses compétences techniques, pour prendre certaines mesures dans le cadre du contrat de construction au nom de l'acquéreur, ou exercer certaines fonctions indépendantes au titre du contrat (par. 1 à 3). Il est souhaitable de clairement indiquer dans le contrat de construction les pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil, dans la mesure où ils influent sur les droits et obligations de l'entrepreneur (par. 4). Il n'est pas nécessaire que le contrat autorise l'ingénieur-conseil à donner des avis à l'acquéreur ou à mettre ses compétences techniques à sa disposition, ni même qu'il régisse cette question (par. 5 et 6). Cela étant, il est souhaitable d'y énoncer tout pouvoir qu'a l'ingénieur-conseil d'agir au nom de l'acquéreur, et notamment toute limitation à ce pouvoir (par. 7 et 8).

Dans certains contrats de construction, les parties peuvent souhaiter que l'ingénieur exerce certaines fonctions indépendamment, plutôt que pour l'acquéreur ou en son nom (par. 9 à 12 et 16). L'exercice de telles fonctions peut se limiter à des problèmes de nature technique; il peut s'agir notamment de résoudre sur le chantier certaines questions techniques qui se posent durant la construction, de rectifier des anomalies, des erreurs ou des omissions dans les dessins ou les spécifications, d'interpréter les dispositions techniques du contrat et d'attester la matérialité de certains faits donnant naissance à des droits ou obligations en application du contrat (par. 13 et 14). Les parties pourront se demander si l'ingénieur-conseil doit ou non être autorisé à régler des litiges qui les opposent (par. 15).

Il est souhaitable que le contrat précise dans quelle mesure les parties doivent être considérées comme liées par un acte accompli par l'ingénieur-conseil dans l'exercice d'une fonction indépendante. La réponse peut être différente selon que cet acte vise à résoudre des problèmes et des questions de caractère courant ou intervient dans le cadre du règlement d'un litige entre les parties (par. 17 à 19).

Si les attributions de l'ingénieur-conseil se limitent à donner des conseils à l'acquéreur et à mettre ses compétences techniques à sa disposition ou à agir en son nom, il pourra n'être choisi que par ce dernier. Toutefois, s'il doit exercer des fonctions indépendantes, l'entrepreneur voudra peut-être avoir le droit de participer à ce choix. Il est souhaitable que le contrat fixe les procédures à suivre pour le choix et le remplacement de l'ingénieur-conseil (par. 20 à 26). Si la législation applicable les y autorise, les parties pourront avoir intérêt à régler la question de la délégation des pouvoirs de l'ingénieur-conseil (par. 27 et 28).

Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu de fournir à l'ingénieur-conseil les mêmes renseignements que ceux qu'il est tenu de fournir à l'acquéreur et de lui accorder les mêmes droits d'accès au chantier, aux lieux de fabrication et à l'installation achevée (par. 29).

A. Remarques générales

1. Il est probable que l'acquéreur aura recours aux services d'un ingénieur dès le début d'un projet de construction. Avant la conclusion du contrat, il peut avoir besoin d'un ingénieur pour l'aider à réaliser les études de faisabilité et autres études précontractuelles (voir le chapitre premier, "Etudes précontractuelles"), à établir la conception, les dessins et les spécifications de certaines parties ou de la totalité de l'installation et à rédiger les appels d'offres et les contrats (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat") ainsi que pour le conseiller sur diverses autres questions techniques. Après que le contrat a été conclu, l'ingénieur peut fournir des conseils à l'acquéreur et mettre à sa disposition ses compétences techniques dans le cadre de la construction de l'installation. Dans certains cas, l'acquéreur peut autoriser l'ingénieur à prendre en son nom diverses mesures qu'il lui incombe de prendre en application du contrat de construction (voir plus loin, par. 7 et 8). En outre, l'ingénieur peut être autorisé par le contrat à exercer des fonctions indépendantes ayant une incidence directe sur les droits et obligations des parties (voir plus loin, par. 9 à 19).

2. L'étendue des attributions de l'ingénieur peut varier selon la formule contractuelle retenue par l'acquéreur (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle"). Par exemple, elles seront plus étendues si l'acquéreur opte pour une formule faisant intervenir plusieurs entrepreneurs, dans le cadre de laquelle l'ingénieur est tenu de l'aider à coordonner les prestations de ces divers entrepreneurs, que s'il opte pour un contrat clefs en main, qui, en principe, ne nécessite pas une telle coordination. Toutefois, même dans le cadre d'un contrat clefs en main, l'acquéreur peut juger utile de faire appel aux services d'un ingénieur, par exemple pour surveiller la progression des travaux de construction effectués par l'entrepreneur et en contrôler la qualité.

3. Dans certains cas, l'acquéreur peut disposer de ses propres ingénieurs, capables de fournir les divers services dont il peut avoir besoin durant la construction de l'installation. Dans d'autres cas, cependant, il se peut que son personnel ne soit pas à même de fournir tous les services techniques requis et que l'acquéreur souhaite à cette fin faire appel à un ingénieur. Cet ingénieur extérieur est dénommé dans le présent chapitre l'"ingénieur-conseil". Même lorsque les capacités techniques du personnel de l'acquéreur sont suffisantes, celui-ci souhaitera peut-être engager un ingénieur-conseil afin de renforcer ces capacités, par exemple, un ingénieur-conseil qui connaisse particulièrement bien, du fait de sa spécialisation ou de son expérience, le type d'installation ou de construction dont il s'agit. En outre, si le contrat de construction prévoit que certaines fonctions indépendantes seront exercées par un ingénieur, il peut y être stipulé que ces fonctions devront être exercées par un tiers plutôt que par des ingénieurs faisant partie du personnel de l'acquéreur. Pour le choix de l'ingénieur-conseil, l'acquéreur pourra se demander s'il y a lieu de faire appel à l'ingénieur qui aura réalisé les études précontractuelles (voir le chapitre premier, "Etudes précontractuelles", par. 16).

4. Le présent chapitre traite des dispositions du contrat de construction relatives aux pouvoirs et aux fonctions d'un ingénieur-conseil engagé par l'acquéreur. Pour sa part, l'ingénieur-conseil se verra conférer ces pouvoirs et ces fonctions par le contrat qu'il aura conclu avec l'acquéreur et non par le contrat de construction, auquel il n'est normalement pas partie. Cela étant,

dans la mesure où l'ingénieur-conseil prend, au nom de l'acquéreur ou dans l'exercice des fonctions indépendantes dont il est investi, des décisions qui influeront sur les droits et les obligations qui échoient à l'entrepreneur en application du contrat de construction, il est souhaitable que ses pouvoirs et ses fonctions soient également énoncés dans ce contrat. Ainsi, sur le plan juridique, l'entrepreneur sera autorisé à donner suite à de telles décisions de l'ingénieur-conseil et même tenu de le faire. Il importe que les dispositions du contrat de construction relatives aux pouvoirs et aux fonctions de l'ingénieur-conseil concordent avec celles du contrat conclu entre l'acquéreur et l'ingénieur-conseil. Si plusieurs contrats sont passés pour la construction de l'installation, il est souhaitable que les dispositions de ces contrats relatives aux pouvoirs et aux fonctions de l'ingénieur-conseil soient cohérentes.

B. Pouvoirs et fonctions de l'ingénieur-conseil

1. *Fourniture de services à l'acquéreur*

a) *Cas où l'ingénieur-conseil donne des avis à l'acquéreur et met à sa disposition ses compétences techniques*

5. Quel que soit le type de contrat de construction, il est important que l'acquéreur dispose des compétences techniques requises ou ait accès à de telles compétences, afin de s'assurer que la conception et les spécifications de l'ouvrage satisfont à ses exigences et que les travaux progressent de manière satisfaisante, et de prendre les mesures et exercer les fonctions qui sont de sa compétence aux termes du contrat. Par exemple, il doit pouvoir approuver le calendrier de la construction soumis par l'entrepreneur, suivre les progrès de la construction, évaluer les activités de l'entrepreneur afin de déterminer s'il doit effectuer les paiements demandés, évaluer les retards ou vices de construction et décider des mesures à prendre à ce propos, ordonner des modifications ou prendre une décision à propos de modifications proposées par l'entrepreneur, prendre une décision sur les sous-traitants proposés par l'entrepreneur, traiter de la question des empêchements exonératoires ou situations difficiles (*hardship*) et évaluer les résultats des inspections et essais. Dans certains contrats, l'acquéreur peut avoir à commander des équipements et des matériaux, vérifier et évaluer les dessins soumis par l'entrepreneur, évaluer les garanties offertes par les entrepreneurs et les fournisseurs et planifier et coordonner les travaux effectués par les différents entrepreneurs. Dans un contrat en régie, l'acquéreur doit s'assurer que le coût des articles dont l'entrepreneur demande le remboursement est raisonnable et correct. Dans un contrat à prix unitaire, il doit vérifier le nombre d'unités de construction à payer. Souvent l'acquéreur jugera souhaitable d'engager à ces fins un ingénieur pour le conseiller et le faire bénéficier de ses compétences techniques.

6. Si l'ingénieur-conseil se borne à donner des avis à l'acquéreur et à mettre ses compétences à la disposition de celui-ci sans prendre, que ce soit au nom de l'acquéreur ou ès qualités, des décisions qui influent directement sur les droits et les obligations contractuelles de l'entrepreneur, il n'est pas nécessaire que l'exercice de telles fonctions par l'ingénieur-conseil soit autorisé ou réglementé par le contrat de construction. En revanche, il peut être souhaitable d'inclure dans le contrat des dispositions visant à permettre à l'ingénieur-conseil

d'exercer ces fonctions ou à lui en faciliter l'exercice, notamment en lui donnant accès au chantier ou au lieu de fabrication ainsi qu'à tous les renseignements nécessaires pour surveiller la progression des travaux et exercer les autres fonctions qui lui incombent (voir plus loin, par. 29).

b) *Cas où l'ingénieur-conseil agit au nom de l'acquéreur*

7. L'ingénieur-conseil peut non seulement donner des avis et mettre ses compétences techniques à la disposition de l'acquéreur, mais également être autorisé à prendre, au nom de ce dernier, une partie ou la totalité des mesures mentionnées plus haut dans le paragraphe 5. Etant donné que, dans certains cas, les mesures ainsi prises par l'ingénieur-conseil peuvent influer directement sur les droits et les obligations contractuels de l'entrepreneur, il est souhaitable que le contrat de construction définisse les pouvoirs de l'ingénieur-conseil à cet égard et notamment les limitations éventuelles de ces pouvoirs (par exemple, toute limitation du pouvoir qu'a l'ingénieur d'ordonner ou d'accepter des modifications au nom de l'acquéreur). En outre, il est souhaitable de stipuler dans le contrat que l'acquéreur est tenu d'informer par écrit l'entrepreneur de toute modification ou de tout renforcement des pouvoirs de l'ingénieur-conseil auquel il est procédé après l'entrée en vigueur du contrat.

8. Il est souhaitable de spécifier dans le contrat de construction les pouvoirs qu'a l'ingénieur-conseil de communiquer avec l'entrepreneur au nom de l'acquéreur. Par exemple, le contrat pourrait prévoir que les communications entre l'acquéreur et l'entrepreneur concernant des questions qui entrent dans le domaine de compétence de l'ingénieur-conseil seront acheminées par l'intermédiaire de ce dernier.

2. *Fonctions indépendantes*

9. Les parties pourront rechercher si l'ingénieur-conseil doit exercer certaines fonctions indépendamment, plutôt que pour l'acquéreur ou en son nom. Bien que les contrats de construction le prévoient parfois dans certaines régions, ce procédé peut être inhabituel ailleurs. Il peut présenter certains avantages : ainsi, les questions techniques qui se posent pendant la construction peuvent être résolues rapidement et de façon indépendante par une personne qui est pleinement familiarisée avec les travaux de construction et connaît le projet et qui a immédiatement accès au personnel compétent, aux données factuelles et à la correspondance. Il se peut qu'un acte accompli de façon indépendante par un ingénieur-conseil qui a la confiance des deux parties soit plus facilement accepté par ces dernières qu'un acte accompli par l'une d'entre elles ou en son nom et que l'on évite ainsi une procédure arbitrale ou judiciaire longue et coûteuse.

10. En revanche, le fait qu'un ingénieur-conseil exerce des fonctions indépendantes peut présenter certains inconvénients. Par exemple, si cet ingénieur-conseil est choisi, engagé et payé par l'acquéreur, l'entrepreneur peut mettre en doute l'aptitude de cet ingénieur à exercer impartialement ses fonctions indépendantes. Il peut notamment y avoir lieu de se préoccuper de ce point si, en plus de ses fonctions indépendantes, l'ingénieur-conseil doit remplir diverses autres fonctions pour l'acquéreur ou en son nom. L'entrepreneur pourra se demander si l'ingénieur-conseil peut à la fois protéger les intérêts de l'acquéreur dans certains cas et agir de façon impartiale et indépendante dans d'autres cas.

11. En théorie, les parties pourraient désigner chacune leur ingénieur-conseil et convenir de leur confier des fonctions indépendantes. L'acquéreur pourrait également engager un ingénieur-conseil pour lui donner des avis et mettre à sa disposition ses compétences techniques ou pour agir en son nom et un autre pour exercer des fonctions indépendantes. Dans la pratique, de telles formules pourraient toutefois se révéler malcommodes.

12. L'aptitude de l'ingénieur-conseil à exercer des fonctions indépendantes, l'étendue de ces fonctions et la mesure dans laquelle les parties seront liées par les actes indépendants de l'ingénieur-conseil peuvent dépendre de la mesure dans laquelle les parties participent au choix de cet ingénieur-conseil (voir plus loin, sect. C). Par exemple, si ce dernier est choisi uniquement par l'acquéreur, l'entrepreneur pourra hésiter à accepter qu'il exerce quelque fonction indépendante que ce soit, ou il pourra accepter qu'il n'exerce que des fonctions indépendantes de portée limitée. Il pourra aussi refuser de reconnaître le moindre effet contraignant aux actes indépendants de l'ingénieur-conseil ou accepter de ne leur reconnaître qu'un effet contraignant de portée limitée (voir plus loin, par. 17). Si les deux parties peuvent participer au choix de l'ingénieur-conseil, il sera sans doute possible de lui accorder une plus grande indépendance. Toutefois, même si ce choix est effectué exclusivement par l'acquéreur, le fait de choisir un ingénieur-conseil dont les compétences et l'équité sont internationalement reconnues pourrait inciter les entrepreneurs éventuels à accepter de lui confier des fonctions indépendantes plus étendues.

13. En ce qui concerne la nature des fonctions indépendantes que l'ingénieur-conseil peut exercer, les parties souhaiteront peut-être limiter ces fonctions à des questions techniques, comme les méthodes de construction, les spécifications des équipements et des matériaux à incorporer dans l'installation et la qualité de l'installation. Par exemple, les parties souhaiteront peut-être autoriser l'ingénieur-conseil à être présent sur le chantier afin de pouvoir répondre rapidement aux questions techniques qui se posent pendant la construction, remédier aux anomalies, aux erreurs et aux omissions que présentent les dessins ou les spécifications ou interpréter les dispositions techniques du contrat. En outre, elles souhaiteront peut-être l'autoriser à attester la matérialité de certains faits qui donneraient naissance à des droits ou des obligations en application du contrat. Par exemple, l'ingénieur-conseil pourra être autorisé à certifier que l'entrepreneur a droit aux paiements qu'il demande et à attester un retard dans la construction ou l'apparition et la persistance de faits qui, de l'avis d'une partie, sont exonératoires, lui donnent des droits en application d'une clause d'imprévision ou justifient la suspension de la construction. Il pourra aussi être autorisé à certifier que les essais d'achèvement mécanique ou les essais de bon fonctionnement ont donné des résultats satisfaisants ou à attester l'existence de circonstances jugées par l'entrepreneur comme constituant un motif d'objection à une modification ordonnée par l'acquéreur.

14. Certaines des fonctions mentionnées dans le paragraphe précédent, comme celles qui consistent à certifier que l'entrepreneur a droit à un paiement ou que les essais d'achèvement mécanique ont donné de bons résultats, peuvent être exercées par l'ingénieur-conseil soit au nom de l'acquéreur, soit de façon indépendante. Il est souhaitable d'indiquer clairement dans le contrat si telle ou telle fonction doit être exercée au nom de l'acquéreur ou de façon indépendante, et de ne pas inclure parmi les fonctions indépendantes celles qui doivent être exercées au nom de l'acquéreur.

15. Les parties pourront se demander si l'ingénieur-conseil devrait être autorisé à trancher des litiges qui les opposent en ce qui concerne des questions techniques. Si, pour régler ces litiges, les parties désignent un expert-arbitre (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21) qui n'est pas l'ingénieur-conseil, elles souhaiteront peut-être faire en sorte que les pouvoirs de ce dernier se limitent à résoudre des problèmes et des questions de caractère courant et à certifier la matérialité de certains faits (voir plus haut, par. 13). L'ingénieur-conseil pourrait intervenir lui-même comme expert-arbitre pour régler des litiges. En pareil cas, il y aurait sans doute lieu de tenir compte de considérations comme celles qui sont évoquées plus haut, dans les paragraphes 10 à 12. Par exemple, l'entrepreneur risque d'accepter plus facilement que l'ingénieur-conseil joue le rôle d'un expert-arbitre s'il peut participer à la sélection de ce dernier. Si l'ingénieur-conseil se voit confier un tel rôle, les questions telles que sa nomination et la mesure dans laquelle il sera habilité à trancher des litiges pourront être réglées conformément aux dispositions du chapitre XXIX, "Règlement des litiges", par. 17 à 19, qui ont trait à l'expert-arbitre.

16. Si l'ingénieur-conseil est autorisé à exercer des fonctions indépendantes, le contrat devrait stipuler que ces fonctions seront exercées de façon impartiale à l'égard tant de l'acquéreur que de l'entrepreneur. En outre, le contrat devrait disposer que l'ingénieur-conseil doit appliquer les dispositions du contrat et leur donner effet et ne pas se contenter d'agir conformément à sa propre conception de l'équité, sans tenir compte du contrat.

17. Il est souhaitable que le contrat précise dans quelle mesure les parties seront considérées comme liées par un acte accompli par l'ingénieur-conseil dans l'exercice d'une fonction indépendante. Lorsqu'il s'agit de résoudre des problèmes et des questions de caractère courant et d'attester la matérialité de certains faits, le contrat pourra stipuler que l'une ou l'autre partie a la possibilité de soumettre tout acte de cet ordre à la procédure de règlement des litiges prévue dans le contrat, ou bien disposer que les actes mettant en jeu un montant inférieur à une somme stipulée lient les parties et ne sont pas révisables. Le contrat pourrait aussi stipuler que toute question à laquelle l'ingénieur-conseil n'a pas donné suite dans un délai donné après avoir été prié de le faire par une partie peut être soumise à une telle procédure de règlement, à moins que le contrat ne prévoie d'autres moyens de la régler.

18. Pour ce qui est du statut de l'acte contesté durant la procédure de règlement du litige, le contrat pourrait stipuler que les parties doivent se conformer à cet acte tant qu'il n'aura pas été modifié ou annulé dans le cadre de la procédure de règlement, ou à moins que le tribunal saisi n'en décide autrement à titre provisoire (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 21). On éviterait ainsi des interruptions longues et coûteuses de la construction. Toutefois, si cette solution est retenue, le contrat pourra habiliter une des parties à obtenir un dédommagement de l'autre partie pour toute dépense supplémentaire qu'elle aura engagée — et pour laquelle aucun autre dédommagement n'est prévu dans le contrat — en se conformant à un acte de l'ingénieur-conseil modifié ou annulé par la suite dans le cadre d'une procédure de règlement du litige.

19. Pour ce qui est du règlement des litiges par l'ingénieur-conseil, l'argumentation développée au chapitre XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21, à propos du règlement des litiges par un expert-arbitre vaut également pour la question du caractère impératif d'une décision prise par l'ingénieur-conseil et du statut d'une telle décision pendant qu'une procédure de règlement du litige est en cours.

C. Choix et remplacement de l'ingénieur-conseil

20. Si le rôle de l'ingénieur-conseil doit se limiter à fournir des avis techniques à l'acquéreur et à mettre ses compétences techniques à la disposition de ce dernier, ou à agir en son nom, il peut être choisi uniquement par l'acquéreur. Toutefois, s'il doit exercer des fonctions indépendantes, il se peut que l'entrepreneur souhaite avoir le droit de participer à ce choix (voir, par exemple, plus haut, par. 10 à 12).

21. Dans certains cas, l'acquéreur peut désigner l'ingénieur-conseil dans les d'appels d'offres. Lorsqu'il décidera de présenter ou non une offre, un entrepreneur éventuel pourra tenir compte de ce qu'il sait de l'ingénieur-conseil qui a été désigné ou de sa réputation, ainsi que du rôle que lui assigne le contrat de construction, en particulier si l'ingénieur-conseil doit exercer des fonctions indépendantes. L'acquéreur a donc intérêt à désigner un ingénieur-conseil susceptible d'être accepté par les entrepreneurs éventuels.

22. Si l'ingénieur-conseil doit être choisi uniquement par l'acquéreur une fois que le contrat de construction a été conclu et doit agir en son nom, il est souhaitable de stipuler dans le contrat que l'acquéreur est tenu de communiquer par écrit à l'entrepreneur le nom et l'adresse de l'ingénieur-conseil. Si le rôle de ce dernier doit se limiter à fournir des conseils et à aider l'acquéreur, une telle disposition peut être superflue.

23. Lorsque l'entrepreneur doit participer au choix d'un ingénieur-conseil une fois que le contrat a été conclu et que cet ingénieur-conseil doit exercer des fonctions indépendantes, il serait souhaitable que le contrat prévoie un mécanisme de choix. Le contrat pourra stipuler que l'acquéreur doit communiquer par écrit à l'entrepreneur le nom et l'adresse de l'ingénieur-conseil proposé et lui demander de donner son accord. Le contrat pourra autoriser l'acquéreur à engager immédiatement l'ingénieur-conseil proposé, tout en stipulant que ce dernier ne doit pas exercer de fonctions indépendantes tant que l'entrepreneur n'a pas fait savoir par écrit qu'il accepte sa nomination. Ainsi l'ingénieur-conseil pourrait donner des avis à l'acquéreur, mettre ses compétences techniques à sa disposition et prendre des décisions en son nom, ce qui permettrait de faire avancer la construction, dans la mesure où cela est possible sans que l'ingénieur-conseil exerce de fonctions indépendantes. Le contrat pourrait stipuler en outre que l'ingénieur-conseil peut exercer les fonctions indépendantes prévues dans le contrat si l'acquéreur ne reçoit pas, dans un délai spécifié à compter du moment où il en a adressé la demande à l'entrepreneur, une communication écrite de ce dernier indiquant qu'il fait objection à la nomination de l'ingénieur-conseil, en précisant les motifs de cette objection.

24. Les parties voudront peut-être envisager diverses solutions possibles au cas où l'entrepreneur ferait objection à la nomination de l'ingénieur-conseil proposé par l'acquéreur. Le contrat pourrait, par exemple, exiger que l'acquéreur propose, pour exercer des fonctions indépendantes, un autre ingénieur-conseil qui rencontre l'agrément de l'entrepreneur. Il pourrait aussi stipuler que les parties chargeront une tierce personne de choisir l'ingénieur-conseil. Une troisième solution consisterait à autoriser l'une ou l'autre partie à soumettre la question de la désignation de l'ingénieur-conseil à une procédure de règlement des litiges. S'il était établi au cours de cette procédure que

l'objection de l'entrepreneur n'est pas fondée, le contrat pourrait autoriser l'ingénieur-conseil à remplir des fonctions indépendantes. S'il était établi que cette objection est fondée, l'acquéreur pourrait être tenu de proposer, pour remplir ces fonctions, un autre ingénieur-conseil qui rencontre l'agrément de l'entrepreneur. On pourrait également autoriser l'acquéreur à demander à la personne ou au tribunal saisi du litige de substituer son consentement à celui de l'entrepreneur pour la désignation de l'ingénieur-conseil, si la loi applicable lui reconnaît cette compétence.

25. Le contrat pourra aussi prévoir le cas où l'ingénieur-conseil doit être remplacé après la conclusion du contrat. Si celui-ci a été choisi uniquement par l'acquéreur après la conclusion du contrat, son remplaçant pourra aussi être choisi uniquement par l'acquéreur, sous réserve que celui-ci communique par écrit à l'entrepreneur le nom et l'adresse de ce remplaçant, s'il avait été tenu de le faire pour la désignation de son prédécesseur. S'il était fait mention de l'ingénieur initial dans le contrat de construction ou si l'entrepreneur avait participé à sa sélection après la conclusion du contrat, l'entrepreneur pourrait être autorisé par le contrat à participer au choix du remplaçant. Les procédures à suivre à cet égard pourront être similaires à celles qui sont exposées dans les paragraphes précédents à propos de la participation de l'entrepreneur au choix de l'ingénieur-conseil initial.

26. Il est souhaitable de stipuler dans le contrat que les actes de l'ingénieur-conseil initial qui étaient opérants au moment de la désignation de son remplaçant le resteront comme s'il n'avait pas été remplacé.

D. Délégation de pouvoirs par l'ingénieur-conseil

27. La question de la délégation des pouvoirs de l'ingénieur-conseil sera souvent régie par certaines règles de la loi applicable. Toutefois, les parties pourront avoir intérêt à traiter cette question dans le contrat si elles en ont la faculté (c'est-à-dire si des règles de droit impératives ne s'y opposent pas). Par exemple, lorsque l'ingénieur-conseil doit exercer des fonctions indépendantes, les parties pourront juger souhaitable de stipuler qu'il ne peut déléguer ses pouvoirs d'exercer de telles fonctions à un autre ingénieur-conseil sans le consentement écrit des deux parties. Si l'on souhaite apporter une telle limitation, il est bon de la faire figurer tant dans le contrat entre l'acquéreur et l'ingénieur-conseil que dans le contrat de construction. De même, lorsque l'ingénieur-conseil doit agir au nom de l'acquéreur, il est bon de faire figurer toute limitation que l'acquéreur souhaite imposer à la capacité qu'a l'ingénieur-conseil de déléguer ses pouvoirs d'exercer de telles fonctions à la fois dans le contrat entre l'acquéreur et l'ingénieur-conseil et dans le contrat de construction, afin que l'entrepreneur ait connaissance de ces limitations.

28. Le contrat pourra aussi stipuler que tout acte accompli par une personne à laquelle des pouvoirs auront été dûment délégués par l'ingénieur-conseil aura les mêmes effets que s'il avait été accompli par l'ingénieur-conseil lui-même. Il pourra en outre stipuler que ce dernier peut prendre toute mesure que la personne à laquelle des pouvoirs ont été délégués était habilitée à prendre, mais n'a pas prise.

E. Renseignements à fournir à l'ingénieur-conseil et droit d'accès de ce dernier

29. Afin que l'ingénieur-conseil puisse exercer efficacement ses fonctions, il faudra sans doute qu'il dispose de divers types de renseignements et qu'il ait accès au chantier, aux lieux de fabrication des équipements, des matériaux et des fournitures devant être incorporés dans l'installation et à l'ouvrage en construction, ainsi qu'à l'installation achevée. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu de fournir à l'ingénieur-conseil les mêmes renseignements que ceux qu'il est tenu de fournir à l'acquéreur en application du contrat de construction et de lui accorder le même droit d'accès.

Chapitre XI. Sous-traitance

RÉSUMÉ

Le terme "sous-traitance", tel qu'il est employé dans le *Guide*, désigne l'engagement par l'entrepreneur d'un tiers chargé d'exécuter certaines des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat. Il est souhaitable que le contrat contienne des dispositions délimitant le champ admissible de la sous-traitance et régissant le choix des sous-traitants ainsi que divers autres aspects de la sous-traitance. Il est également souhaitable que le contrat précise quelles sont les obligations de l'entrepreneur qui seront régies par ces dispositions (par. 1 à 4). Dans nombre de systèmes juridiques, il n'y a aucun rapport juridique entre l'acquéreur et le sous-traitant. Aussi est-il parfois souhaitable que le contrat de construction traite de certaines des conséquences qui en découlent (par. 5 et 6).

Dans certains cas, le contrat pourrait interdire à l'entrepreneur de sous-traiter l'exécution de tout ou partie de ses obligations (par. 8 et 9).

En ce qui concerne le choix des sous-traitants, les parties pourraient envisager deux solutions principales, soit en laissant le choix des sous-traitants à l'entrepreneur seul (par. 10), soit en faisant participer l'acquéreur au choix des sous-traitants (par. 11 à 26).

Dans la mesure du possible, il est souhaitable que les parties s'accordent sur les sous-traitants avant de conclure le contrat de construction. Le nom des sous-traitants peut figurer dans le contrat de façon à éviter des litiges sur le choix des sous-traitants. Inversement, les parties pourraient convenir d'une liste de sous-traitants possibles remplissant les conditions requises à partir de laquelle le sous-traitant serait choisi par l'entrepreneur (par. 13 et 14).

Si le contrat stipule que les sous-traitants seront choisis avec la participation de l'acquéreur après la conclusion du contrat (par. 15), le contrat pourrait autoriser l'acquéreur à refuser pour des motifs raisonnables le sous-traitant proposé par l'entrepreneur (par. 16 à 19) ou obliger l'entrepreneur à engager en tant que sous-traitant une entreprise désignée par l'acquéreur, sous réserve du droit de l'entrepreneur de refuser cette entreprise pour des motifs spécifiés (par. 20 à 26). Le système de la désignation doit être utilisé avec prudence et il convient d'en comprendre pleinement les procédures, ainsi que les dispositions contractuelles et leurs effets (par. 23). Dans les deux cas, il est souhaitable que les parties s'accordent sur une procédure expéditive de règlement des différends relatifs à l'engagement d'un sous-traitant (par. 17 et 18, et 26, respectivement).

Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'engagement par l'entrepreneur d'un sous-traitant appelé à s'acquitter de l'une quelconque des obligations qui incombent à l'entrepreneur aux termes du contrat de construction n'atténue pas ou n'exclut pas la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'inexécution de cette obligation (par. 27). Le contrat pourrait aussi exiger de l'entrepreneur qu'il indemnise l'acquéreur pour tout

préjudice résultant d'un dommage que le sous-traitant aurait causé aux biens de l'acquéreur ou résultant d'obligations encourues par l'acquéreur envers des tiers du fait d'actes ou d'omissions du sous-traitant, de la même manière que si ce préjudice résultait d'un acte ou d'une omission de l'entrepreneur lui-même. Une autre solution consisterait à laisser à la loi applicable le soin de trancher ces questions (par. 28).

Dans certaines situations, l'acquéreur pourrait souhaiter que l'entrepreneur s'oblige envers lui et souhaiter disposer de l'action directe contre l'entrepreneur pour inexécution des obligations incombant à ce dernier. Les parties souhaiteront peut-être prévoir dans le contrat de construction un mécanisme couvrant cette éventualité (par. 29 à 31).

Les parties jugeront peut-être souhaitable que le contrat de construction autorise l'acquéreur à payer directement le sous-traitant et à se faire rembourser par l'entrepreneur pour les sommes versées ou à en être crédité de toute autre manière (par. 32 à 34), et que le contrat contienne des dispositions relatives à la coopération et à la communication entre l'acquéreur et le sous-traitant (par. 35 et 36).

Il est souhaitable que les dispositions du contrat de construction et celles du contrat de sous-traitance soient compatibles (par. 37).

A. Remarques générales

1. Le terme "sous-traitance", tel qu'il est utilisé dans le *Guide*, désigne l'engagement par l'entrepreneur d'un tiers chargé d'exécuter certaines des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat de construction. Ce terme comprend, par exemple, les tiers qui sont engagés par l'entrepreneur pour mettre en place des équipements ou fournir d'autres prestations liées à la construction ou fabriquer certains équipements importants que l'entrepreneur est tenu de fournir en vue de leur incorporation dans l'installation. En sont exclus les tiers auprès desquels l'entrepreneur se procure les équipements standards, les matériaux ou les services utilisés par l'entrepreneur lui-même dans le cadre de l'exécution de ses obligations contractuelles. Ces derniers, parfois appelés "fournisseurs" ne sont pas étudiés dans le *Guide*. Les relations contractuelles avec eux ne présentent pas les problèmes particuliers que posent les relations contractuelles avec les sous-traitants; aussi seuls ces derniers doivent-ils être traités dans le contrat de construction.

2. Il est difficile de tracer avec précision la ligne de partage entre sous-traitants et fournisseurs. Certains des tiers engagés par l'entrepreneur peuvent être aisément rangés dans l'une ou l'autre catégorie, mais pour d'autres la tâche est plus difficile. Aussi est-il souhaitable que les parties n'essaient pas de faire la distinction entre eux dans le contrat. Il serait préférable que le contrat indique les obligations de l'entrepreneur qui seront régies par des dispositions contractuelles restreignant ou réglementant l'engagement par l'entrepreneur de tiers chargés d'exécuter ses obligations contractuelles[1].

3. Il est courant que l'entrepreneur engage des sous-traitants chargés d'exécuter certaines des obligations qui lui incombent en vertu du contrat de construction. L'entrepreneur peut ne pas avoir l'expérience, le personnel, l'équipement ou les ressources financières lui permettant d'exécuter lui-même l'ensemble des tâches spécialisées dont il est chargé en vertu du contrat. Et même lorsque l'entrepreneur est en mesure de s'acquitter directement de toutes

ses obligations contractuelles, il peut être tenu par la réglementation du pays où l'installation doit être construite d'engager des sous-traitants locaux chargés d'exécuter certains types d'obligations. Dans certaines situations, un organisme, tel un organisme d'Etat chargé du commerce extérieur qui ne dispose pas lui-même des moyens de s'acquitter d'une partie quelconque de la construction, peut conclure un contrat pour la construction d'une installation industrielle et sous-traiter l'exécution de toutes les obligations liées à la construction qui sont issues dudit contrat.

4. Il est souhaitable qu'un contrat de construction contienne des dispositions fixant le cadre dans lequel la sous-traitance est possible et régissant le choix des sous-traitants et divers autres aspects de la sous-traitance. Faute de telles dispositions, l'entrepreneur pourrait, dans certains systèmes juridiques, sous-traiter plus largement que ne l'exige l'intérêt de l'acquéreur; dans d'autres systèmes juridiques, le droit de sous-traiter sans le consentement exprès de l'acquéreur est parfois restreint. Les parties devraient apporter un soin particulier à l'examen des dispositions sur la sous-traitance lorsqu'elles négocient et rédigent le contrat de construction, faute de quoi les problèmes posés par la sous-traitance pourraient ralentir la construction et compromettre la qualité de l'installation. Lorsqu'elles élaborent les dispositions sur la sous-traitance, les parties devraient tenir compte de toute règle impérative pertinente de la loi applicable au contrat, ainsi que des règles impératives du droit administratif ou du droit public en général du pays où l'installation doit être construite (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 22).

5. Un contrat de sous-traitance étant un contrat conclu exclusivement entre l'entrepreneur et le sous-traitant, dans de nombreux systèmes juridiques il n'y a pas de rapport juridique entre l'acquéreur et le sous-traitant. Ainsi, si le sous-traitant n'exécute pas ses obligations, il n'en répond qu'envers l'entrepreneur. L'acquéreur ne peut agir que contre l'entrepreneur pour le préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution par le sous-traitant et à condition que l'entrepreneur soit responsable de ce préjudice à l'égard de l'acquéreur en vertu du contrat de construction (voir plus loin, par. 27). De la même manière, dans les systèmes juridiques où il n'y a pas de rapport juridique entre l'acquéreur et le sous-traitant, l'acquéreur n'est pas tenu de payer le sous-traitant pour ses services; le sous-traitant doit obtenir le paiement auprès de l'entrepreneur, qui se fera rembourser sous une forme ou une autre par l'acquéreur en application du contrat de construction (voir toutefois plus loin, par. 32 à 34). Ainsi, le coût des services du sous-traitant peut être inclus dans le prix forfaitaire demandé par l'entrepreneur ou être remboursé à l'entrepreneur dans le cas d'un contrat en régie. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, des droits et obligations se créent directement entre l'acquéreur et le sous-traitant en application de la loi.

6. L'absence de relations contractuelles entre l'acquéreur et le sous-traitant peut présenter un intérêt pour l'acquéreur dans la mesure où, par exemple, elle le protège des litiges surgissant entre l'entrepreneur et le sous-traitant en cas d'inexécution par le sous-traitant ou de non-paiement du sous-traitant par l'entrepreneur. Toutefois, ce cloisonnement n'est généralement pas total et il peut être souhaitable que le contrat de construction contienne des dispositions traitant des questions posées par les relations entre l'acquéreur et le sous-traitant. Ces questions sont examinées dans les sections ci-après du présent chapitre.

B. Droit de l'entrepreneur de sous-traiter

7. Dans quelques pays, il existe des règles juridiques qui obligent l'entrepreneur à sous-traiter certains travaux aux entreprises nationales. Lorsqu'il existe de telles règles juridiques, les parties devraient préciser dans le contrat si et dans quelle mesure l'entrepreneur a le droit de sous-traiter.

8. L'acquéreur table parfois sur l'expérience et sur la réputation de l'entrepreneur pour la conception, la fourniture de certains équipements ou matériaux destinés à l'installation ou la fourniture de certaines prestations liées à la construction; aussi souhaite-t-il généralement que l'entrepreneur s'acquitte lui-même de ses obligations. Inversement, l'acquéreur doit s'attendre à ce que l'entrepreneur sous-traite la fourniture de certains autres équipements, matériaux ou services. De plus, l'acquéreur qui fournit les techniques ou la conception souhaitera peut-être interdire à l'entrepreneur de sous-traiter, ou restreindre le droit de l'entrepreneur de sous-traiter, afin de préserver le caractère confidentiel des techniques ou de la conception.

9. Différentes méthodes peuvent être envisagées pour interdire à l'entrepreneur de sous-traiter ou pour restreindre son droit de sous-traiter. Dans certains cas, les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'entrepreneur n'a pas le droit de sous-traiter une partie importante de ses obligations liées à la construction de l'installation. Dans d'autres cas, le contrat pourrait énoncer les obligations que l'entrepreneur n'est pas autorisé à sous-traiter et celles qu'il peut sous-traiter, sous réserve des autres dispositions du contrat (par exemple, celles qui sont examinées dans la section suivante). Dans d'autres cas encore, les parties pourraient convenir que l'entrepreneur ne pourra sous-traiter aucune de ses obligations. Lorsque l'entrepreneur est une organisation qui n'a pas la capacité d'effectuer elle-même la construction, fût-ce en partie (voir plus haut, par. 3), le contrat pourrait autoriser l'entrepreneur à sous-traiter l'exécution de toutes ses obligations de construction.

C. Choix des sous-traitants

1. *Choix effectué par l'entrepreneur seul*

10. Parfois, le choix des sous-traitants n'intéresse que peu, voire pas du tout, l'acquéreur. Ce choix peut alors être réservé exclusivement à l'entrepreneur.

2. *Participation de l'acquéreur au choix du sous-traitant*

11. Dans d'autres cas, cependant, l'acquéreur peut avoir intérêt, sur le plan pratique, à participer au choix des sous-traitants. Il peut vouloir s'assurer que les obligations sous-traitées seront exécutées par une entreprise qui a l'expérience et les ressources nécessaires pour s'en acquitter de manière satisfaisante. L'acquéreur peut vouloir s'assurer qu'un équipement donné à mettre en place répondra à certaines normes que seuls certains sous-traitants sont en mesure de respecter. Dans les contrats où le prix exigé par le sous-traitant a une incidence directe sur le prix que l'acquéreur doit payer à l'entrepreneur, comme dans les contrats en régie, l'acquéreur aura intérêt à ce que les obligations sous-traitées soient exécutées au prix le plus raisonnable

possible. Il souhaitera peut-être contraindre l'entrepreneur à employer des sous-traitants locaux ou y sera contraint par la loi du pays où l'installation doit être construite. Dans le cas d'arrangements conclus avec un organisme de financement étranger, l'acquéreur pourra être tenu de s'assurer que les contrats de sous-traitance d'une certaine valeur sont conclus avec des entreprises du pays de l'organisme en question.

12. Il est possible de satisfaire les impératifs mentionnés au paragraphe précédent en stipulant dans le contrat que l'acquéreur participera au choix des sous-traitants. Le degré et la nature de la participation de l'acquéreur peuvent varier selon la formule contractuelle retenue par les parties (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle") et selon l'importance que revêt pour l'acquéreur la faculté d'exercer un contrôle sur le coût et sur la qualité de l'exécution des obligations à sous-traiter. Les acquéreurs devraient toutefois avoir conscience du fait que l'insertion dans le contrat du droit d'obliger l'entrepreneur à sous-traiter avec un sous-traitant donné pourrait avoir des conséquences financières néfastes pour l'acquéreur, car l'entrepreneur pourrait inclure dans son prix le coût de la supervision accrue qu'il devra exercer sur le sous-traitant dont il ne connaît pas les méthodes de travail, ainsi que d'une augmentation correspondant aux risques accrus résultant de sa responsabilité envers l'acquéreur pour le préjudice dû à l'inexécution d'une obligation de la part du sous-traitant. En outre, l'acquéreur devrait ne pas perdre de vue que sa participation au choix des sous-traitants peut atténuer la responsabilité de l'entrepreneur découlant de l'inexécution d'une obligation de la part du sous-traitant (voir plus loin, par. 27).

a) *Mention du nom des sous-traitants dans le contrat de construction*

13. Si possible, et en particulier lorsque l'équipement, les matériaux ou les prestations liées à la construction qui doivent être fournis par un sous-traitant sont critiques pour la construction, il est souhaitable que les parties conviennent des sous-traitants avant de conclure le contrat de construction et que le nom de ces derniers soit indiqué dans le contrat, ce qui permettrait d'éviter des litiges sur le choix des sous-traitants dans certains cas particuliers, ainsi que les interruptions de la construction et les incidences financières liées à ces litiges. En outre, on pourrait, grâce à cette méthode, éviter que l'entrepreneur ne se livre à une "course au moins-disant" après que le marché lui a été adjugé. Cette pratique consiste pour l'entrepreneur à utiliser une soumission obtenue auprès d'une entreprise, soumission sur laquelle le prix de son propre marché est fondé, en vue d'obtenir des soumissions plus compétitives d'autres entreprises et, éventuellement, d'obtenir une meilleure offre de la première entreprise. Si l'entrepreneur réussit à obtenir de la première entreprise qu'elle baisse son prix (ce qui, dans la plupart des contrats au forfait, n'entraîne pas une réduction du prix payable par l'acquéreur), celle-ci pourrait alors être incitée à réduire ses dépenses et à s'acquitter de manière moins satisfaisante des obligations sous-traitées en vue de préserver sa marge bénéficiaire.

14. Le contrat de construction pourrait stipuler qu'un sous-traitant donné exécutera une partie donnée de la construction. Ou bien, le contrat pourrait comporter une liste de sous-traitants possibles agréés par l'acquéreur et l'entrepreneur. L'accord de l'acquéreur sur le nom d'un sous-traitant ou sur une liste de sous-traitants possibles peut être facilité si l'entrepreneur obtient

des soumissions des sous-traitants proposés et les présente à l'acquéreur accompagnées de renseignements sur l'expérience professionnelle de ces sous-traitants. Toutefois, l'appel d'offres lancé par l'entrepreneur pourrait lui faire encourir des dépenses supplémentaires qui, en dernière analyse, seraient à la charge de l'acquéreur. En outre, dans les contrats autres que les contrats en régie, l'entrepreneur sera parfois peu enclin à informer l'acquéreur des soumissions présentées par les sous-traitants.

b) *Participation de l'acquéreur au choix des sous-traitants après la conclusion du contrat de construction*

15. Les risques de différend quant au choix des sous-traitants à engager sont accrus lorsque les sous-traitants sont sélectionnés après que le contrat a été conclu. Il y a risque d'interruption de la construction et il peut y avoir des conséquences financières pour les deux parties. Le recours à cette méthode nécessite donc un degré élevé de coopération et une excellente communication entre les parties. Ainsi, si le contrat prévoit qu'un sous-traitant sera proposé par l'entrepreneur ou désigné par l'acquéreur (voir plus loin), il serait souhaitable que l'autre partie communique le plus rapidement possible à la partie proposante ou désignante le nom des sous-traitants éventuels qui n'ont pas son agrément. On examine dans les paragraphes ci-après les diverses méthodes possibles de participation de l'acquéreur au choix des sous-traitants après la conclusion du contrat de construction.

i) *Droit de l'acquéreur de refuser le sous-traitant proposé par l'entrepreneur*

16. Le contrat pourrait stipuler que l'entrepreneur ne peut pas engager comme sous-traitant une entreprise que l'acquéreur a des motifs raisonnables de refuser. Le contrat pourrait obliger l'entrepreneur à notifier à l'acquéreur son intention de sous-traiter avec une entreprise donnée, en indiquant le nom et l'adresse de cette entreprise et la tâche dont elle doit s'acquitter. Dans les contrats dans lesquels le prix demandé par le sous-traitant a une incidence directe sur le prix que doit payer l'acquéreur (par exemple, les contrats en régie et les contrats au forfait utilisant la méthode des pièces justificatives pour la révision du prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 10 à 24, 56 et 57), il est souhaitable que cette notification indique en outre le prix demandé par l'entreprise. Les parties voudront peut-être aussi envisager d'exiger de l'entrepreneur qu'il fournisse à l'acquéreur copie du contrat de sous-traitance envisagé, ainsi que tous les renseignements supplémentaires relatifs à l'entreprise que peut raisonnablement exiger l'acquéreur. L'entrepreneur pourrait alors être autorisé à engager l'entreprise, à moins que l'acquéreur ne lui notifie par écrit son refus dans un délai déterminé à compter de la réception de la notification[2].

17. Il est bon que les parties conviennent d'une procédure expéditive pour régler les litiges relatifs au refus par l'acquéreur du sous-traitant proposé par l'entrepreneur afin d'éviter une interruption de la construction ou de la limiter au strict minimum. Selon une méthode possible, chacune des parties pourrait être autorisée à soumettre immédiatement le litige à une procédure de règlement des litiges (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges") et le contrat de construction pourrait prévoir que la sentence serait rendue dans un délai bref (par exemple, un mois). Aucun sous-traitant ne serait engagé tant que le litige n'aurait pas été réglé, mais la construction ne serait suspendue que dans la

mesure où elle ne peut pas être exécutée sans le recours à un sous-traitant. Si le refus de l'acquéreur est jugé raisonnable, l'entrepreneur pourra être tenu de proposer un autre sous-traitant et de prendre à sa charge les incidences financières de l'interruption de la construction. Si le refus de l'acquéreur est jugé fondé sur des motifs non raisonnables, l'entrepreneur pourra être autorisé à sous-traiter conformément à la notification qu'il a adressée à l'acquéreur et ce dernier pourra être tenu d'assumer les conséquences financières de l'interruption de la construction.

18. Selon une autre méthode, l'entrepreneur pourrait être tenu d'adresser à l'acquéreur une nouvelle notification de son intention de sous-traiter dans un délai bref (par exemple, une semaine) après réception du refus de l'acquéreur d'accepter le sous-traitant proposé initialement. Si l'acquéreur accepte l'entreprise proposée en tant que sous-traitant dans la nouvelle notification, cette entreprise serait engagée par l'entrepreneur. Les litiges relatifs au caractère raisonnable ou non du refus de l'acquéreur d'accepter l'entreprise proposée dans la première notification d'intention de sous-traiter pourraient être soumis à une procédure de règlement des litiges immédiatement ou un peu plus tard. Le fait qu'une telle procédure soit pendante ne retarderait pas l'engagement de l'entreprise proposée dans la nouvelle notification d'intention de sous-traiter. Si, dans la procédure de règlement des litiges, le refus de l'acquéreur était jugé non raisonnable, ce dernier pourrait alors être tenu de supporter les conséquences financières de toute interruption de la construction, ainsi que les frais supplémentaires encourus par l'entrepreneur qui aura dû engager une nouvelle entreprise au lieu de l'entreprise proposée initialement. Si le refus de l'acquéreur était jugé raisonnable, l'entrepreneur pourrait être tenu de supporter ces conséquences financières et ce préjudice. Le refus de l'acquéreur d'accepter l'entreprise proposée dans la nouvelle notification pourrait être soumis à une procédure de règlement des litiges telle que celle qui est prévue plus haut, au paragraphe 17.

19. Dans certains types de contrat, les contrats en régie par exemple, les parties peuvent envisager d'exiger de l'entrepreneur qu'il sollicite des soumissions auprès d'un certain nombre d'entreprises pour l'exécution des obligations à sous-traiter et qu'il les présente à l'acquéreur en indiquant celles qu'il est disposé à accepter. Le sous-traitant serait alors choisi par l'acquéreur parmi ces soumissionnaires. Cette procédure risque de ne pas convenir à la fourniture d'articles ou de services hautement spécialisés pour lesquels la gamme des sous-traitants susceptibles de soumissionner risque d'être peu étendue.

ii) *Système de la désignation*

20. Une participation encore plus active de l'acquéreur à la sélection des sous-traitants est possible si l'on confie à l'acquéreur lui-même le choix des sous-traitants et que l'on exige de l'entrepreneur qu'il conclue un contrat de sous-traitance avec eux. Il s'agit ici, fondamentalement, du système de la "désignation" qui est très répandu dans certaines régions du globe.

21. Dans cette procédure, l'acquéreur choisit un certain nombre de sous-traitants possibles et négocie avec eux celles des obligations à exécuter dont le contrat stipule qu'elles relèvent de ce système. Ces négociations peuvent avoir lieu avant la conclusion du contrat. Dans ce cas, on pourrait énoncer dans le contrat les principales conditions du contrat de sous-traitance que devra

conclure l'entrepreneur, y compris le prix. Dans un contrat au forfait, si le prix d'un ouvrage sous-traité n'est pas fixé au moment de la conclusion du contrat, un prix estimatif pour cet ouvrage peut être stipulé dans le contrat et le prix du contrat peut être augmenté ou diminué de la différence entre le prix estimatif et le prix effectif de l'ouvrage sous-traité. Fondamentalement, l'ouvrage sous-traité est alors en régie (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 10 à 24). Dans tous les cas, le contrat obligerait l'entrepreneur à conclure un contrat de sous-traitance avec l'entreprise désignée par l'acquéreur.

22. Un mécanisme tel que le système de la désignation présente divers avantages pour l'acquéreur. Il lui permet de choisir les sous-traitants et lui assure un contrôle étendu sur le prix et les autres conditions dans lesquelles les obligations sous-traitées seront exécutées. Il lui donne également la possibilité d'utiliser une conception, des équipements ou des services donnés fournis par un sous-traitant donné. En outre, l'acquéreur est assuré de pouvoir sous-traiter avec des entreprises locales. Ces avantages peuvent être obtenus par l'acquéreur sans qu'il ait à établir lui-même une relation contractuelle avec les sous-traitants.

23. Le système de la désignation doit cependant être utilisé avec prudence, les procédures qu'il comporte ainsi que les dispositions contractuelles et leurs conséquences devant être pleinement comprises. En effet, il présente divers écueils qui peuvent être évités par le biais de dispositions contractuelles appropriées. Par exemple, à moins que cela ne soit expressément exclu par le contrat, on pourrait arguer du degré élevé de participation de l'acquéreur à la sélection des sous-traitants qu'il existe des droits et obligations contractuels entre le sous-traitant et l'acquéreur ou que la responsabilité de l'entrepreneur pour l'exécution par le sous-traitant est limitée ou exclue, ce qui n'est pas souhaitable. En ce qui concerne ce dernier point, outre qu'il ne pourrait pas se retourner contre l'entrepreneur, l'acquéreur risquerait de ne pas pouvoir se retourner contre le sous-traitant, avec lequel il n'a pas de relation contractuelle, et il devrait alors supporter lui-même le préjudice. On pourrait éviter ces effets en stipulant dans le contrat que l'engagement par l'entrepreneur d'un sous-traitant chargé d'exécuter l'une quelconque des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat n'atténue pas ou n'exclut pas sa responsabilité en cas d'inexécution de ladite obligation (voir plus loin, par. 27; toutefois, voir aussi plus loin, par. 24). En outre, lorsqu'il négocie avec une entreprise susceptible d'être désignée en tant que sous-traitant, l'acquéreur doit veiller à ce que les résultats de ces négociations ne soient pas interprétés comme autorisant le recrutement en tant que sous-traitant de ladite entreprise car l'acquéreur pourrait alors être considéré comme responsable envers cette entreprise au cas où elle ne serait pas engagée ultérieurement comme sous-traitant par l'entrepreneur. En raison des inconvénients et des écueils du système de la désignation, l'acquéreur souhaitera peut-être envisager la faculté d'engager directement une entreprise en tant qu'entrepreneur séparé au lieu de la désigner en tant que sous-traitant.

24. Si le système de la désignation est adopté, il pourrait être bon d'autoriser l'entrepreneur à refuser l'entreprise désignée comme sous-traitant sur la base d'un certain nombre de motifs afin d'éviter qu'il ne soit contraint d'établir avec un sous-traitant une relation contractuelle indûment préjudiciable à ses intérêts. Parmi ces motifs, pourraient figurer un ou plusieurs des motifs suivants :

a) Le refus de l'entreprise désignée en tant que sous-traitant de s'acquitter envers l'entrepreneur d'obligations et de responsabilités de même nature et de

même étendue que celles qu'a l'entrepreneur envers l'acquéreur, y compris les obligations et responsabilités en matière de qualité, de calendrier des travaux, de garanties et de montants de responsabilité financière;

b) Le refus de l'entreprise désignée en tant que sous-traitant d'accepter d'indemniser l'entrepreneur pour toute responsabilité encourue par l'entrepreneur envers l'acquéreur ou un tiers du fait d'actes ou d'omissions du sous-traitant;

c) L'absence des qualifications dont l'entreprise désignée en tant que sous-traitant a besoin pour pouvoir s'acquitter des obligations devant être sous-traitées;

d) Tout autre motif raisonnable qu'aurait l'entrepreneur de refuser de sous-traiter avec l'entreprise désignée en tant que sous-traitant. Par exemple, l'entrepreneur a eu une expérience défavorable avec cette entreprise ou la situation financière de cette dernière compromet sa capacité d'exécuter le contrat de manière satisfaisante.

25. Les parties souhaiteront peut-être envisager certaines méthodes possibles afin de traiter les cas dans lesquels l'entrepreneur n'accepte pas une entreprise désignée par l'acquéreur en tant que sous-traitant, parce que cette entreprise refuse de s'acquitter envers l'entrepreneur d'obligations et de responsabilités de même étendue que celles qu'a l'entrepreneur envers l'acquéreur. Par exemple, le contrat de construction pourrait obliger l'entrepreneur à conclure le contrat de sous-traitance si l'acquéreur accepte une diminution de l'étendue des obligations qu'a l'entrepreneur envers lui, de sorte qu'elles correspondent aux obligations du sous-traitant envers l'entrepreneur. En cas d'inexécution par un sous-traitant, le contrat pourrait aussi limiter les dommages-intérêts payables par l'entrepreneur à l'acquéreur à un montant ne dépassant pas les dommages-intérêts que l'entrepreneur peut obtenir du sous-traitant.

26. Les parties devraient se poser la question de savoir ce qu'il conviendrait de faire au cas où un litige apparaîtrait à la suite du refus de l'entrepreneur de conclure un contrat avec une entreprise désignée comme sous-traitant par l'acquéreur. Elles souhaiteront peut-être envisager des méthodes comparables à celles qui sont exposées plus haut, aux paragraphes 17 et 18, et en vertu desquelles les incidences financières sont imputées à l'acquéreur ou à l'entrepreneur selon que le refus de l'entrepreneur d'engager cette entreprise était ou non justifié.

D. Etendue de la responsabilité de l'entrepreneur pour préjudice subi par l'acquéreur du fait de l'inexécution par le sous-traitant ou d'autres actes ou omissions du sous-traitant

27. Les parties souhaiteront peut-être s'interroger sur la mesure dans laquelle l'entrepreneur serait responsable envers l'acquéreur au cas où il ne s'acquitterait pas d'une obligation lui incombant en vertu du contrat de construction lorsque cette défaillance résulte de l'inexécution du contrat de sous-traitance par le sous-traitant. A ce sujet, elles souhaiteront peut-être stipuler dans le contrat que l'engagement par l'entrepreneur d'un sous-traitant chargé d'exécuter l'une quelconque des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat de construction n'atténue pas ou n'exclut pas la responsabilité de l'entrepreneur pour inexécution de ladite obligation[3]. Cette méthode préserverait le droit de

recours de l'acquéreur pour le préjudice imputable à l'inexécution d'une obligation de la part d'un sous-traitant. Si en application du contrat de construction, l'entrepreneur est contraint d'engager un sous-traitant alors qu'il a des motifs raisonnables de s'y refuser (voir, toutefois, plus haut, par. 12 et 24), les parties souhaiteront peut-être envisager de limiter la responsabilité de l'entrepreneur pour le préjudice dû à l'inexécution par le sous-traitant (voir, par exemple, plus haut, par. 25). Dans les systèmes juridiques où l'on considère que le sous-traitant n'a de rapport juridique qu'avec l'entrepreneur et non avec l'acquéreur, cette dernière méthode pourrait avoir pour conséquence que l'acquéreur aurait à supporter le préjudice résultant de l'inexécution par un sous-traitant dans la mesure où l'entrepreneur n'était pas responsable envers l'acquéreur au titre de ce préjudice.

28. Les parties souhaiteront peut-être examiner des questions connexes telles que la question de savoir si et dans quelle mesure l'entrepreneur doit être tenu responsable à l'égard de l'acquéreur du préjudice découlant de dommages occasionnés par le sous-traitant aux biens de l'acquéreur ou découlant de responsabilités encourues par l'acquéreur envers des tiers du fait d'actes ou d'omissions du sous-traitant. Ces dernières responsabilités pourraient résulter, par exemple, d'un préjudice causé par le sous-traitant à des tiers ou à leurs biens. L'une des méthodes possibles en la matière consisterait à exiger de l'entrepreneur qu'il indemnise l'acquéreur de la même manière qu'il serait responsable envers l'acquéreur si ce préjudice résultait d'un acte ou d'une omission de son fait[4]. Une autre méthode possible consisterait à laisser à la loi applicable le soin de trancher ces questions.

E. Droit pour l'acquéreur de se retourner directement contre le sous-traitant

29. Dans certaines situations, l'acquéreur pourrait vouloir que le sous-traitant soit tenu envers lui de certaines obligations et pourrait souhaiter avoir la faculté de se retourner directement contre le sous-traitant pour violation de ces obligations. Par exemple, l'acquéreur pourrait souhaiter que le sous-traitant soit tenu de préserver le caractère confidentiel de la conception. De la même manière, l'entrepreneur pourrait ne pas vouloir être responsable envers l'acquéreur pour des défauts de conception d'un élément spécialisé des installations devant être conçu et fourni par un sous-traitant — par exemple, la climatisation — et les parties pourraient convenir que l'acquéreur sera à même de se retourner directement contre le sous-traitant assurant la conception. Lorsqu'il n'y a pas de relation contractuelle entre l'acquéreur et le sous-traitant, de telles obligations ne sont pas créées directement entre le sous-traitant et l'acquéreur et ce dernier ne pourrait pas se retourner contre le sous-traitant qui ne les aurait pas respectées.

30. La méthode que les parties pourraient envisager dans de tels cas consisterait pour l'acquéreur à conclure avec le sous-traitant un accord distinct limité aux obligations devant être imposées au sous-traitant. Par exemple, le sous-traitant pourrait s'obliger au respect de la confidentialité envers l'acquéreur ou pourrait garantir le caractère approprié de la conception. L'acquéreur pourrait alors se retourner directement contre le sous-traitant pour violation de l'obligation en question.

31. Une autre méthode consisterait à imposer les obligations en question à l'entrepreneur et à exiger de celui-ci qu'il obtienne du sous-traitant le respect des mêmes obligations. Ce résultat pourra être obtenu soit par une disposition du contrat l'y obligeant, soit parce que l'acquéreur aura fait dépendre son agrément à un sous-traitant proposé par l'entrepreneur de l'obtention par ce dernier d'obligations identiques à la charge du sous-traitant. Pour que l'acquéreur soit habilité à se retourner directement contre le sous-traitant, il faudrait que figure au contrat une disposition supplémentaire par laquelle l'entrepreneur céderait à l'acquéreur ses droits envers le sous-traitant pour toute violation desdites obligations, sous réserve que cette cession soit autorisée par la loi applicable.

F. Paiement de l'exécution par le sous-traitant

32. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 5), dans la plupart des cas, l'acquéreur n'est pas tenu de payer directement le sous-traitant; le sous-traitant doit généralement obtenir paiement de son cocontractant, à savoir l'entrepreneur. Cependant, il peut y avoir des cas où l'acquéreur souhaite payer directement le sous-traitant, par exemple, lorsque l'entrepreneur ne s'est pas acquitté du paiement d'une somme due au sous-traitant et que la bonne marche de la construction est menacée par le peu d'enthousiasme du sous-traitant à continuer les travaux. En outre, dans certains systèmes juridiques, le sous-traitant peut avoir le droit d'obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues en établissant un droit de rétention ou un droit de priorité sur l'installation elle-même. Aussi les parties jugeront-elles souhaitable que le contrat de construction autorise l'acquéreur à exiger de l'entrepreneur qu'il prouve que le paiement dû à un sous-traitant a bien été effectué et, si dans un délai donné après réception d'une requête à cet effet adressée à l'entrepreneur, ce dernier ne fournit pas à l'acquéreur la preuve demandée ou qu'il ne notifie pas par écrit à l'acquéreur des motifs raisonnables interdisant le paiement, à payer directement le sous-traitant et à se faire rembourser auprès de l'entrepreneur les sommes versées ou à en être crédité. Sauf dans les cas où l'acquéreur est expressément autorisé par le contrat de construction à payer directement le sous-traitant, l'acquéreur qui paye directement un sous-traitant se place dans une position périlleuse car le montant qu'il doit à l'entrepreneur ne sera pas diminué du montant du paiement fait au sous-traitant. Le contrat pourrait aussi stipuler que ces paiements directs par l'acquéreur sont faits au nom de l'entrepreneur afin qu'il soit impossible d'invoquer l'existence d'une relation contractuelle entre l'acquéreur et le sous-traitant.

33. La méthode par laquelle l'acquéreur se fait rembourser par l'entrepreneur ou est crédité du montant de son paiement direct au sous-traitant peut dépendre du mode de paiement prévu au contrat entre l'acquéreur et l'entrepreneur. Dans un contrat au forfait, l'acquéreur pourrait être autorisé à déduire son paiement du prix du contrat qu'il doit verser à l'entrepreneur. Dans un contrat en régie, si l'acquéreur paie directement le sous-traitant au nom de l'entrepreneur pour l'ouvrage sous-traité, il ne sera pas nécessaire de procéder à un ajustement du prix entre l'entrepreneur et l'acquéreur car l'entrepreneur n'aura pas engagé de dépenses pour l'ouvrage sous-traité qui doit être remboursé par l'acquéreur.

34. On notera que le paiement direct du sous-traitant par l'acquéreur risque d'avoir pour inconvénient d'impliquer l'acquéreur dans des litiges entre

l'entrepreneur et le sous-traitant et pourrait dans certains cas compromettre les relations entre l'acquéreur et l'entrepreneur. En outre, l'acquéreur doit faire preuve de prudence lorqu'il effectue de tels paiements s'il veut éviter que des litiges ne surgissent entre lui et l'entrepreneur sur la question de savoir si le paiement devait bien être fait ou si le montant versé était bien dû.

G. Coopération et communication entre l'acquéreur et le sous-traitant

35. Comme on l'a vu au chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphe 3, le contrat peut obliger l'acquéreur à fournir à l'entrepreneur certains types de renseignements relatifs à l'exécution par ce dernier (par exemple, renseignements relatifs à la sécurité ou à la réglementation en matière de protection de l'environnement en vigueur dans le pays de l'acquéreur) et à coopérer de toute autre manière avec l'entrepreneur (par exemple, en entreposant des équipements ou matériaux appartenant à l'entrepreneur). Les parties pourront aussi envisager d'obliger l'acquéreur à fournir des renseignements au sous-traitant ou à coopérer avec lui de la même manière et dans la même mesure lorsque le sous-traitant s'acquitte des obligations de l'entrepreneur.

36. Il est souvent bon qu'une communication directe s'établisse entre l'acquéreur et le sous-traitant afin que les questions relevant de l'exécution par le sous-traitant soient examinées et comprises par eux deux. Aussi les parties souhaiteront-elles peut-être que le contrat de construction autorise l'acquéreur à communiquer directement avec le sous-traitant pour les questions techniques ou les questions liées à la conception ou à la qualité de l'installation, dans la mesure où ces questions ont un rapport avec l'exécution par le sous-traitant. Le contrat pourrait aussi autoriser l'entrepreneur à participer aux discussions entre l'acquéreur et le sous-traitant et obliger l'acquéreur à informer l'entrepreneur de toute autre communication ayant lieu entre l'acquéreur et le sous-traitant. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que les accords entre l'acquéreur et le sous-traitant relatifs aux questions à propos desquelles l'acquéreur est autorisé à communiquer directement avec le sous-traitant s'imposent à l'entrepreneur, sous réserve que l'entrepreneur ait participé ou ait été autorisé à participer aux discussions entre l'acquéreur et le sous-traitant, ou ait été informé des communications entre eux, et sous réserve que ces accords ne modifient pas les termes du contrat de construction conclu entre l'entrepreneur et l'acquéreur.

H. Compatibilité du contrat de sous-traitance avec le contrat de construction

37. Il est souhaitable que les dispositions du contrat de construction et celles du contrat de sous-traitance soient en harmonie, de sorte que l'importance et la qualité de l'ouvrage à exécuter par le sous-traitant soient conformes aux obligations qui incombent à l'entrepreneur aux termes du contrat de construction.

Notes du chapitre XI

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"L'engagement par l'entrepreneur d'un ou plusieurs tiers chargés d'exécuter les obligations énumérées ci-après est régi par les dispositions du présent contrat relatives à la sous-traitance, et un tel tiers est considéré comme un sous-traitant. Les obligations mentionnées dans la phrase qui précède sont les suivantes : . . .".

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"L'entrepreneur adresse à l'acquéreur une notification écrite de son intention de sous-traiter, dans laquelle figurent le nom et l'adresse du sous-traitant proposé et une description des travaux qu'il devra exécuter [et le prix qu'il demande] [et tous autres renseignements relatifs au sous-traitant proposé que peut raisonnablement exiger l'acquéreur]. [L'entrepreneur remet à l'acquéreur copie du contrat de sous-traitance proposé]. L'entrepreneur est autorisé à sous-traiter conformément à ladite notification à l'expiration d'un délai de . . . jours suivant la réception de cette notification par l'acquéreur sauf si, pendant ledit délai, l'acheteur notifie par écrit à l'entrepreneur son opposition, dûment motivée, au sous-traitant proposé [,] [et] aux obligations à sous-traiter [, au prix demandé par le sous-traitant] [ou aux conditions du contrat de sous-traitance]."

[3]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. Tous les sous-traitants engagés par l'entrepreneur sont uniquement ceux de l'entrepreneur et aucune disposition du présent contrat ne sera interprétée ou appliquée de manière à créer ou à présumer une relation contractuelle entre l'acquéreur et tout sous-traitant, sauf disposition contraire expresse du contrat.

"2. L'engagement par l'entrepreneur d'un sous-traitant chargé d'exécuter l'une quelconque des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du présent contrat n'atténue pas ou n'exclut pas la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'inexécution de cette obligation".

[4]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"L'entrepreneur accepte d'indemniser l'acquéreur pour tout préjudice résultant d'un dommage occasionné par le sous-traitant aux biens de l'acquéreur, ou résultant de toute responsabilité que l'acquéreur pourrait avoir à assumer envers un tiers du fait d'un acte ou d'une omission d'un sous-traitant, de la même manière que l'entrepreneur serait responsable envers l'acquéreur si un tel préjudice résultait d'un acte ou d'une omission de l'entrepreneur lui-même."

Chapitre XII. Inspections et essais durant la fabrication et la construction

RÉSUMÉ

Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans le contrat les conditions et procédures relatives à la conduite des inspections et des essais durant la fabrication et la construction. Ces inspections et ces essais peuvent avoir pour objet de donner à l'acquéreur l'assurance que la fabrication et la construction se déroulent conformément au calendrier convenu et au contrat (par. 1).

Lors de l'élaboration des dispositions contractuelles relatives aux inspections et aux essais durant la fabrication et la construction, il est souhaitable de prendre en considération les règles de droit interne prescrivant de tels inspections et essais qui sont en vigueur dans les pays où l'installation doit être construite et où les équipements ou les matériaux doivent être fabriqués (par. 3). Ces inspections et ces essais peuvent être réalisés par une institution indépendante (par. 2, 6 et 19).

Il est souhaitable de définir les caractéristiques des inspections et des essais à effectuer pendant la fabrication (par. 8). Le contrat peut prévoir la faculté pour l'acquéreur d'accéder aux endroits où les inspections et essais doivent être effectués et spécifier les moyens et les services qui doivent lui être fournis aux fins de ces inspections et essais (par. 10 et 11). Bien que le calendrier des essais puisse être arrêté par l'entrepreneur, l'acquéreur devrait être notifié à l'avance du moment où ceux-ci seront effectués (par. 12 à 14).

Des essais complémentaires ou modifiés non spécifiés dans le contrat peuvent être imposés par des règles juridiques en vigueur dans le pays de l'acquéreur ou bien être souhaités par ce dernier. L'imputation des coûts de ces essais devrait être fixée par le contrat (par. 15).

Le contrat devrait préciser ce qui se produirait au cas où les essais effectués pendant la fabrication et la construction ne seraient pas concluants (par. 16) et prévoir la délivrance de procès-verbaux et de certificats d'essai (par. 17 à 19).

Si certains paiements doivent être effectués lors de l'expédition d'équipements et de matériaux (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 70), le contrat pourra prévoir la possibilité d'une inspection par l'acquéreur lors de l'expédition. Une telle inspection peut également être souhaitable si les risques de perte ou d'endommagement des équipements et des matériaux (voir chap. XIV, "Transfert des risques") doivent être transférés à l'acquéreur lors de l'expédition (par. 21 et 22). Le contrat peut exiger que les équipements et les matériaux soient inspectés lors de leur arrivée sur le chantier s'ils doivent être pris en charge à ce moment-là par l'acquéreur (par. 23).

Le contrat peut autoriser l'acquéreur à inspecter le déroulement des travaux de construction sur le chantier ou imposer que des essais spécifiés soient réalisés pendant la construction par l'entrepreneur. Les questions

que soulèvent les inspections et les essais pendant la construction peuvent être réglées d'une manière analogue à celle que l'on utilise pour régler les questions posées par les inspections et essais pendant la fabrication (par. 24 et 25). L'établissement de relevés par l'entrepreneur à mesure de la progression de la construction peut faciliter les inspections par l'acquéreur (par. 26).

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre traite des inspections et essais à effectuer pendant la fabrication et la construction. La question des essais à faire après l'achèvement de la construction est traitée dans le chapitre XIII, "Achèvement, prise en charge et réception". Il est important qu'un contrat de construction stipule clairement les conditions et procédures relatives au déroulement des inspections et des essais pendant la fabrication et la construction ainsi que les effets juridiques de ces inspections et essais. De telles procédures d'inspection et d'essai pourront être établies en vue de s'assurer que la fabrication et la construction se déroulent conformément aux dispositions du contrat car, si tel est le cas, on risque moins de voir apparaître des vices après l'achèvement de l'installation. Ces procédures pourront prévoir non seulement un contrôle visuel par l'acquéreur mais aussi un éventail d'essais à effectuer par l'entrepreneur pendant la fabrication et la construction. L'acquéreur peut être autorisé à inspecter le matériel et à participer à tels ou tels essais effectués pendant la fabrication ou la construction, sans pour autant être obligé de le faire (voir plus loin, par. 8 et 24). La nature, l'ampleur et le calendrier exacts des inspections et essais prévus par le contrat peuvent dépendre de la formule contractuelle choisie par l'acquéreur et de la nature de l'installation à construire (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle"). Les inspections et essais à effectuer pendant la fabrication et la construction ne sont pas en principe destinés à démontrer que l'entrepreneur s'est acquitté de ses obligations en matière de construction; ils ont plutôt pour objet de donner à l'acquéreur l'assurance que la fabrication et la construction se déroulent selon le calendrier convenu (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 18 à 23) et sont conformes au contrat (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 26). Par conséquent, il est souhaitable de stipuler que si l'acquéreur ne décèle pas un vice et ne le notifie pas à l'entrepreneur, cela ne l'empêche pas pour autant de demander ultérieurement qu'il soit remédié à ce vice (voir plus loin, par. 8; voir aussi chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 20).

2. Un certain nombre de pays, notamment ceux où l'industrie est très développée, ont énoncé des règles juridiques stipulant que le matériel et les matériaux destinés à être incorporés dans des installations industrielles doivent être inspectés par les pouvoirs publics ou par des institutions privées agréées. Pour certaines questions, les inspections et les essais peuvent également être prescrits à l'échelon international.

3. Les inspections et essais prescrits par des règles de droit interne qui ont trait essentiellement à la sécurité, à la santé et à l'environnement sont en principe applicables, qu'ils soient ou non prévus par le contrat. Il se peut qu'il existe des règles juridiques de ce genre dans le pays où l'installation doit être construite. Il convient d'en tenir compte lors de l'élaboration du contrat. En outre, lorsque certaines normes en matière de contrôle de la qualité doivent être

respectées pendant la fabrication en application de règles juridiques impératives en vigueur dans le pays de fabrication, il ne sera peut-être pas nécessaire d'ajouter des dispositions contractuelles relatives à l'essai des équipements et des matériaux; il suffira peut-être que l'entrepreneur établisse que les inspections et essais requis dans le pays de fabrication ont été exécutés comme il convient si ces normes sont conformes aux normes de qualité prévues par le contrat.

4. L'entrepreneur peut procéder, pendant la fabrication ou la construction, à des essais qui entrent dans le cadre de son système de contrôle de la qualité. L'acquéreur devrait s'assurer que ce système est satisfaisant. Le fait d'imposer trop d'inspections et d'essais pendant la fabrication et la construction, comme toute autre ingérence dans les travaux de l'entrepreneur, risque d'augmenter le coût de la construction.

5. Un certain nombre de normes techniques établies par des instituts de normalisation nationaux ou internationaux précisent les exigences en matière d'essais. Par suite, le contrat peut stipuler que les normes de telle institution internationale de normalisation ou de telle institution nationale de normalisation, située de préférence dans le pays où l'installation sera construite, doivent être appliquées, si ces normes règlent de façon satisfaisante toutes les questions pertinentes.

6. Lorsque l'on crée une nouvelle industrie, il peut être préférable, dans un premier temps, de faire effectuer certaines inspections et certains essais par une institution étrangère expérimentée qui est disposée à effectuer des inspections et des essais à l'étranger. Les dispositions nécessaires peuvent être conclues directement entre l'acquéreur et cette institution. Une autre solution serait de stipuler que l'entrepreneur prendra les dispositions voulues avec une institution spécifiée dans le contrat et d'exiger la présentation de certificats de cette institution attestant que les inspections et essais ont été concluants.

7. Dans certains cas, le contrat pourra exiger que les équipements et les matériaux fournis par l'acquéreur en vue d'être incorporés dans l'installation par l'entrepreneur soient soumis à des inspections et à des essais. L'entrepreneur pourra être tenu d'effectuer ces inspections et ces essais dès que possible après la livraison des équipements et matériaux. Le contrat pourra aussi indiquer ce qui se produirait au cas où l'entrepreneur ne découvrirait pas certains vices et ne les notifierait pas à l'acquéreur (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 29, et chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 65).

B. Inspections et essais pendant la fabrication

1. *Description et effets des inspections et essais pendant la fabrication*

8. Les parties peuvent convenir que l'acquéreur a le droit d'inspecter les procédés employés dans la fabrication de certains équipements et matériaux destinés à être incorporés dans l'installation et de participer à certains essais qui doivent être effectués par l'entrepreneur pendant la fabrication. Les inspections et essais effectués pendant la fabrication pourront avoir pour objet de s'assurer que l'on a employé un procédé de fabrication approprié et que les équipements et les matériaux correspondent aux paramètres techniques fixés. Il est

souhaitable de définir de façon aussi précise que possible les caractéristiques des inspections et des essais qui doivent être effectués pendant la fabrication, compte tenu de la nature des équipements et des matériaux. Il pourra être stipulé dans le contrat que si certains vices ne sont pas décelés par l'acquéreur au cours de ces inspections et de ces essais, cela ne dégage pas pour autant l'entrepreneur de la responsabilité de prouver au moyen de tests appropriés après l'achèvement des travaux que l'installation ne présente pas de vices (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 1 et 24, et chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 8).

9. L'inspection des équipements pendant la fabrication peut également offrir au personnel de l'acquéreur l'occasion de se familiariser avec certains aspects de ces équipements. Si l'acquéreur souhaite profiter de cette possibilité, on pourra préciser dans le contrat que le droit d'assister aux inspections pendant la fabrication n'est pas limité à l'ingénieur de l'acquéreur ou à d'autres personnes chargées de superviser la construction de l'installation, et qu'il peut également être exercé par d'autres employés de l'acquéreur que celui-ci aura désignés. Toutefois, l'acquéreur devrait avoir le droit de faire participer ses employés seulement aux procédures normales d'inspection, car une mauvaise manipulation pourrait modifier l'obligation qu'a l'entrepreneur de livrer des équipements non défectueux.

2. *Accès de l'acquéreur aux lieux de fabrication et installations et services devant être mis à sa disposition par l'entrepreneur*

10. Si l'acquéreur souhaite inspecter les équipements et les matériaux ou participer à des essais pendant la fabrication, il peut être stipulé dans le contrat que, pour procéder à ces inspections et à ces essais, l'acquéreur doit avoir accès pendant les heures de travail à tous les lieux où les équipements et les matériaux sont fabriqués. Conférer ce droit à l'acquéreur peut soulever des difficultés principalement pour deux raisons. Premièrement, l'entrepreneur peut souhaiter protéger le caractère confidentiel de certains procédés de fabrication ou être tenu d'en préserver le secret, soit en vertu d'arrangements contractuels avec d'autres personnes telles que des bailleurs de licence, soit au titre d'autres arrangements avec certains clients, par exemple, lorsqu'il exécute aussi certains contrats pour les pouvoirs publics dans des domaines névralgiques. En outre, l'acquéreur peut se voir restreindre l'accès au lieu de fabrication en application de dispositions juridiques en vigueur dans le pays de fabrication. En pareil cas, la seule façon de permettre à l'acquéreur d'exercer un certain contrôle consisterait à faire appel à une institution spécialisée dans les inspections qui pourrait offrir des garanties acceptables en matière de secret à l'entrepreneur ou aux tiers intéressés, ou qui pourrait se voir autoriser l'accès nécessaire en application des dispositions juridiques en question. Deuxièmement, les sous-traitants et les fournisseurs de l'entrepreneur (en particulier lorsqu'ils sont spécialisés dans des produits de haute technicité), peuvent refuser à l'acquéreur l'accès à leurs locaux. Lorsque les sous-traitants et les fournisseurs n'ont pas de relations contractuelles avec l'acquéreur (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 5), le contrat de construction conclu entre l'acquéreur et l'entrepreneur peut stipuler que l'entrepreneur est tenu de faire figurer dans les contrats conclus avec ses sous-traitants et ses fournisseurs une disposition prévoyant un droit d'accès pour procéder à des inspections et essais pendant la fabrication.

11. Lorsque l'acquéreur a le droit d'inspecter ou de participer à des essais, le contrat peut spécifier quels installations et services doivent être mis à la disposition des représentants de l'acquéreur à cette fin. Il peut s'agir notamment de mettre à leur disposition des bureaux ou de fournir des échantillons afin que l'acquéreur ou les institutions qu'il aura retenues puissent procédér à des essais indépendants.

3. *Calendrier de réalisation des essais pendant la fabrication*

12. Etant donné que les essais pendant la fabrication peuvent faire partie intégrante du système de contrôle de la qualité de l'entrepreneur, celui-ci est en général habilité à en fixer le calendrier. Cependant, il est rare que ce calendrier figure dans le calendrier d'exécution du contrat, sauf peut-être dans le cas de certains éléments importants.

13. Il peut être stipulé dans le contrat que l'acquéreur a le droit d'assister aux essais. Pour permettre à l'acquéreur d'exercer ce droit, l'entrepreneur pourra être tenu de lui notifier à l'avance le moment où ces essais seront effectués. Le contrat peut exiger qu'un préavis spécifié soit donné à l'acquéreur. L'importance de ce préavis peut dépendre de l'importance du délai normalement nécessaire à l'acquéreur pour prendre les dispositions voulues (voyages et autres) pour que ses représentants puissent assister aux essais.

14. Dans le cas de certains équipements importants spécifiés dans le contrat, l'entrepreneur peut n'être autorisé à poursuivre la fabrication et la construction qu'après que ces équipements auront été testés avec succès en la présence de l'acquéreur. Si celui-ci n'assiste pas aux essais pour des raisons indépendantes de la volonté de l'entrepreneur, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à effectuer les essais en son absence.

4. *Essais complémentaires ou modifiés*

15. Il peut ne pas être possible de spécifier dans le contrat tous les essais nécessaires. Des essais complémentaires ou modifiés non spécifiés dans le contrat peuvent être imposés par des dispositions juridiques impératives entrées en vigueur dans le pays de l'acquéreur après la conclusion du contrat. L'entrepreneur peut avoir droit au versement d'une indemnité en dédommagement des dépenses raisonnablement engagées pour réaliser ces essais et à une prorogation raisonnable des délais prévus pour la fourniture des équipements et matériaux et pour l'achèvement de la construction si une telle prorogation est nécessaire du fait de ces essais complémentaires ou modifiés. Si l'acquéreur souhaite qu'il soit procédé à de tels essais sans que ceux-ci soient imposés par de telles dispositions juridiques, ces essais peuvent être effectués avec le consentement de l'entrepreneur. L'entrepreneur peut avoir droit au versement d'une indemnité en dédommagement des dépenses raisonnablement engagées et à une prorogation raisonnable du délai prévu pour la fourniture des équipements et des matériaux et pour l'achèvement de la construction, comme si ces essais étaient nécessaires. Le contrat pourrait aussi imputer les coûts des essais complémentaires ou modifiés conformément à ce qui est de pratique internationale courante dans l'industrie.

5. *Essais non concluants*

16. Si les essais ne sont pas concluants, le contrat peut exiger qu'ils soient répétés. L'entrepreneur pourra ne pas se voir accorder de délai supplémentaire pour l'exécution du contrat si les essais doivent être répétés pour des raisons dont il est responsable et il pourra être tenu de prendre à sa charge la totalité des frais correspondants. La question des recours de l'acquéreur en cas de vices décelés pendant la fabrication est traitée dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 28.

6. *Procès-verbaux et certificats d'essai*

17. Le contrat peut exiger que soient établis des procès-verbaux de tous les essais réalisés. Les procédures qui ont été suivies et les résultats des essais pourront être indiqués dans ces procès-verbaux. Lorsque des représentants de l'acquéreur ont assisté à un essai, le procès-verbal relatif à cet essai devrait également être signé par ces représentants. On pourra cependant considérer que cette signature atteste seulement que les procédures et les résultats de l'essai ont été enregistrés comme il convient.

18. Lorsqu'un essai a lieu sans que les représentants de l'acquéreur y assistent, l'entrepreneur peut être tenu de communiquer immédiatement à l'acquéreur les procès-verbaux relatifs à cet essai. Si l'acquéreur a été informé suffisamment à l'avance du déroulement des essais (voir plus haut, par. 13), les procédures et les résultats notés dans les procès-verbaux pourront être réputés exacts.

19. Lorsque des inspections et des essais sont réalisés par une institution indépendante compétente, celle-ci délivre normalement un certificat ou un document similaire. Le contrat peut stipuler que l'entrepreneur a l'obligation de communiquer ce document à l'acquéreur soit dans les meilleurs délais après sa délivrance, soit avec la documentation soumise à l'acquéreur avant la réception de l'installation.

7. *Coûts*

20. Dans la plupart des cas, les parties souhaiteront peut-être convenir que le coût des inspections et des essais doit être pris en charge par l'entrepreneur. Toutefois, les dépenses imputables à la participation des représentants de l'acquéreur (voir plus haut, par. 13) pourront être à la charge de ce dernier. Les dépenses à la charge de l'entrepreneur pourront comprendre le coût de la main-d'œuvre, des matériaux, de l'électricité, du combustible et d'autres éléments nécessaires pour que les inspections et essais soient effectués comme il convient.

C. Inspection lors de l'expédition ou de l'arrivée sur le chantier

21. Lorsque certains paiements doivent être effectués lors de l'expédition d'équipements ou de matériaux (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 70) ou lorsque les risques de perte ou d'endommagement de ces équipements ou de ces matériaux doivent être transférés de l'entrepreneur à l'acquéreur lors de l'expédition (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 12),

le contrat pourrait prévoir la faculté pour l'acquéreur de les inspecter lors de l'expédition. Cette inspection pourrait porter non seulement sur les équipements et les matériaux, mais aussi sur leur emballage, en particulier si les risques de perte ou d'endommagement pendant le transport doivent être assumés par l'acquéreur. L'entrepreneur pourrait être tenu de notifier suffisamment longtemps à l'avance à l'acquéreur le moment auquel il pourra inspecter les équipements et matériaux et l'endroit où il pourra le faire.

22. Lorsque les équipements et matériaux doivent être inspectés, l'entrepreneur peut être tenu de ne les expédier qu'après cette inspection ou que si l'acquéreur, bien qu'ayant été notifié en temps utile, n'a pas effectué l'inspection dans un délai spécifié dans le contrat. Les parties peuvent convenir que l'inspection doit être effectuée par une organisation indépendante spécifiée aux frais soit de l'acquéreur, soit de l'entrepreneur. Le contrat peut exiger de cette organisation un certificat attestant qu'aucun défaut n'a été décelé lors de l'inspection et l'entrepreneur peut être tenu de n'expédier les équipements et les matériaux qu'après la délivrance de ce certificat. Si des vices sont décelés, l'acquéreur pourra avoir le droit d'arrêter l'expédition et d'exiger qu'il soit remédié à ces vices (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 28).

23. Au lieu d'une inspection avant l'expédition, le contrat peut exiger une inspection à l'arrivée des équipements et matériaux sur le chantier. Cette formule pourra être adoptée lorsque des paiements doivent être effectués ou si le transfert des risques doit intervenir à ce stade. Les parties pourront également y recourir si les équipements et les matériaux doivent être pris en charge par l'acquéreur à leur arrivée sur le chantier. Une telle inspection peut faciliter le diagnostic des vices dont l'entrepreneur est responsable et protéger les droits de recours éventuels contre le transporteur en cas de perte ou d'endommagement des équipements et des matériaux pendant le transport. Les conséquences pouvant résulter du fait que l'acquéreur ne procède pas à cette inspection ou ne notifie pas en temps utile les vices décelés au cours de cette inspection sont examinées dans le chapitre VIII, "Fourniture des équipements et des matériaux", paragraphe 20, et les recours dont l'acquéreur peut se prévaloir quant aux vices décelés sont examinés au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 8 et 30 à 32.

D. Inspections et essais pendant la construction sur le chantier

24. Le contrat pourra autoriser l'acquéreur à inspecter le déroulement des travaux de construction sur le chantier. En outre, le contrat pourra exiger que des essais spécifiés soient effectués par l'entrepreneur pendant la construction et stipuler que l'acquéreur aura le droit d'être notifié en temps utile du déroulement de ces essais et d'y participer.

25. Les questions que soulèvent les inspections et les essais pendant la construction peuvent être réglées d'une manière analogue à celle qui est utilisée pour régler les questions que posent les inspections et essais pendant la fabrication. Toutefois, le préavis qui devra être donné à l'acquéreur avant que les essais n'aient lieu peut être considérablement plus court étant donné que l'acquéreur aura normalement un représentant sur le chantier pour observer ou superviser le déroulement des travaux de construction. En outre, les questions

de confidentialité visées plus haut (par. 10) ne se posent pas normalement sur le chantier. Les recours de l'acquéreur en cas de construction défectueuse et les conséquences résultant du fait qu'il ne décèle pas des vices dans la construction ou ne notifie pas en temps voulu les vices qu'il décèle sont examinés dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphes 8 et 30 à 32.

26. L'établissement de relevés au fur et à mesure de la progression de la construction peut faciliter les inspections par l'acquéreur. Aussi, l'entrepreneur pourra-t-il être obligé d'établir des relevés complets de la construction et de les présenter à l'acquéreur sur sa demande. Ces relevés pourront également être vérifiés périodiquement par le représentant de l'acquéreur, qui en attestera l'exactitude en les signant.

27. Lorsque des équipements doivent être mis en place par l'acquéreur ou une autre personne sous la supervision de l'entrepreneur (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 27 à 29), celui-ci pourra être chargé de spécifier et d'exécuter les inspections et les essais qui devront être effectués pendant le montage. L'entrepreneur pourra être obligé d'établir des comptes rendus de ces inspections et ces essais.

Chapitre XIII. Achèvement, prise en charge et réception

RÉSUMÉ

Il est souhaitable d'indiquer clairement dans le contrat le moment où l'achèvement, la prise en charge et la réception auront lieu et d'en préciser les effets juridiques. Normalement, l'achèvement de la construction aura lieu avant la prise en charge et la réception (par. 1 et 2).

L'entrepreneur pourra être obligé de prouver l'achèvement de la construction grâce à des essais d'achèvement concluants. Les essais requis pourront être décrits dans le contrat. Le contrat pourra exiger que ces essais soient effectués dans un délai spécifié à compter du moment où l'achèvement de la construction aura été notifié à l'acquéreur. Si les essais ne sont pas concluants, l'entrepreneur pourra être obligé de les répéter. Le contrat pourra exiger que les essais soient effectués en présence des deux parties (par. 4 à 8).

Le contrat pourra répartir le coût des essais entre les parties et exiger qu'il soit rendu compte des résultats de ces essais dans un procès-verbal signé par les deux parties. Il pourra déterminer la date à laquelle la construction sera considérée comme achevée si les essais d'achèvement sont concluants (par. 9 à 13).

L'ordre dans lequel la prise en charge, les essais de bon fonctionnement et la réception auront lieu pourra dépendre de la formule contractuelle retenue par les parties et de la question de savoir si ces dernières ont prévu une période d'essai. Il est souhaitable de déterminer dans le contrat à quelle partie il incombera de fournir les apports nécessaires pour faire fonctionner l'installation pendant la période d'essai (par. 14 à 20).

Le contrat devrait spécifier quand l'acquéreur est tenu de prendre l'installation en charge. Les parties pourront être tenues de rédiger un procès-verbal de prise en charge décrivant l'état de l'installation au moment de la prise en charge. Il est souhaitable que les effets juridiques de cette prise en charge soient précisés dans le contrat (par. 21 à 23).

Les essais de bon fonctionnement ont pour objet de prouver que l'installation présente les caractéristiques techniques spécifiées dans le contrat. Ce dernier pourra disposer que la réception est possible après la réalisation des essais de bon fonctionnement. Il pourra obliger l'entrepreneur à effectuer ces essais dans un délai spécifié à compter de la fin de la période d'essai ou, si une telle période n'est pas prévue dans le contrat, à compter du moment où la construction a été achevée. Il est souhaitable que les essais à réaliser soient décrits dans le contrat. Il pourra être rendu compte de leurs résultats dans un procès-verbal signé par les deux parties (par. 24 à 28).

Le contrat pourra obliger l'acquéreur à réceptionner l'installation dans un délai spécifié à compter du moment où ont été effectués des essais de bon fonctionnement concluants et obliger les deux parties à établir et à signer un procès-verbal de réception. Ce procès-verbal pourra donner la liste des vices décelés dans l'installation pendant les essais de bon fonctionnement et fixer un calendrier pour y remédier (par. 29 et 30).

Le contrat pourra stipuler que si l'entrepreneur est empêché d'effectuer les essais de bon fonctionnement en raison de l'inexécution d'une obligation incombant à l'acquéreur, la réception sera réputée avoir eu lieu. Lorsque certaines parties de l'installation peuvent être soumises à des essais de bon fonctionnement séparés, ces parties peuvent être réceptionnées séparément (par. 32 et 33).

Il est souhaitable que les effets juridiques de la réception soient précisés dans le contrat, en particulier si l'éventualité d'une réception provisoire y est prévue (par. 34 à 36).

A. Remarques générales

1. Il est souhaitable d'indiquer clairement dans le contrat le moment où l'achèvement, la prise en charge et la réception de l'installation ont lieu et d'en préciser les effets juridiques. Le contrat pourra stipuler que l'installation est achevée une fois que les équipements, les matériaux et les services (la mise en place des équipements, par exemple) exigés par le contrat ont été fournis par l'entrepreneur et que cette fourniture a été prouvée grâce à des essais d'achèvement concluants, que sa prise en charge a lieu quand l'acquéreur en prend matériellement possession des mains de l'entrepreneur et que la réception se produit lorsque l'acquéreur indique qu'il s'est assuré qu'elle est exempte de vices graves ou qu'en dépit du fait qu'elle présente de tels vices, il n'a pas l'intention d'exercer les recours dont il peut se prévaloir exclusivement pour ces vices (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 35). Toutefois, même si l'installation est réceptionnée, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à exercer d'autres recours pour vices après la réception (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 38 à 48). Le contrat pourra aussi stipuler que la réception est réputée se produire dans certaines circonstances (voir plus loin, par. 32).

2. Lorsque la construction se déroule normalement, l'achèvement des travaux a lieu avant la prise en charge et la réception. L'ordre dans lequel la réception et la prise en charge se succèdent peut dépendre d'un certain nombre de facteurs (voir plus loin, sect. C).

3. La prise en charge de l'installation inachevée ou défectueuse après la résiliation du contrat est traitée dans le chapitre XXV, "Résiliation du contrat", paragraphe 26. La prise en charge de l'installation dans le cas où un nouvel entrepreneur est chargé d'en achever la construction ou de remédier aux vices qu'elle présente aux frais de l'entrepreneur initial est traitée dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphe 24. La prise en charge des équipements et des matériaux à incorporer dans l'installation est traitée dans le chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", paragraphes 19 et 20.

B. Achèvement de la construction

1. *Preuve de l'achèvement au moyen d'essais d'achèvement*

4. Le contrat pourra disposer que l'entrepreneur est tenu, une fois qu'il estime la construction entièrement achevée, d'adresser une notification dans ce sens à l'acquéreur et de prouver l'achèvement grâce à des essais d'achèvement

concluants. Le contrat pourra stipuler que la construction sera considérée comme achevée même si les essais d'achèvement révèlent que certains articles d'importance mineure (par exemple, des articles dont l'absence n'empêche pas la réalisation des essais de bon fonctionnement ni, lorsque de tels essais ne sont pas nécessaires, l'exploitation de l'installation) n'ont pas été fournis. Le contrat pourra stipuler que l'absence d'un tel article sera considérée comme un vice de l'installation et non comme un retard dans l'achèvement (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 5). Lorsque plusieurs entrepreneurs sont engagés pour effectuer les travaux de construction, chacun d'eux peut être tenu de soumettre la partie des travaux qu'il a réalisée à des essais d'achèvement une fois qu'il l'a achevée. Même dans les cas où il est fait appel à un seul entrepreneur pour réaliser l'ensemble des travaux, les parties souhaiteront peut-être soumettre certaines tranches des travaux à des essais d'achèvement avant que la construction de l'ensemble de l'installation ne soit achevée (par exemple, lorsque l'acquéreur souhaite utiliser une partie de l'installation avant que celle-ci ne soit entièrement achevée : voir aussi plus loin, par. 33).

5. Il est souhaitable que le contrat décrive les essais nécessaires pour déterminer si la construction est achevée. Ces essais pourront englober une partie ou la totalité des opérations suivantes, en fonction de la construction effectuée : inspection visuelle de l'installation et de ses éléments; vérification et calibrage des instruments; essais de sécurité; essais à vide; fonctionnement mécanique de l'installation et de ses divers éléments; examen de la documentation technique que l'entrepreneur est tenu de fournir à l'acquéreur pour l'aider à exploiter et à entretenir l'installation (plans de montage, manuels d'instructions et listes de pièces de rechange, par exemple); vérification des stocks de pièces de rechange que l'entrepreneur peut être tenu de livrer avant l'achèvement de la construction (voir chap. XXVI, "Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction", par. 10 à 21). Certaines règles juridiques impératives en vigueur dans le pays où l'installation doit être construite peuvent stipuler qu'une fois la construction achevée, l'installation doit satisfaire à certains essais avant de pouvoir être mise en service. Le contrat pourra stipuler que tous les essais requis en application de telles règles doivent également être réalisés en plus des essais exigés par le contrat.

6. Le contrat pourra obliger l'entrepreneur à commencer les essais d'achèvement dans un délai spécifié à compter du moment où il aura notifié l'achèvement des travaux à l'acquéreur (voir plus haut, par. 4). Les parties pourront être tenues de fixer une date comprise dans ce délai pour le commencement des essais. Le contrat pourra stipuler que si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur une date comprise dans ce délai, l'entrepreneur sera tenu de commencer les essais le dernier jour du délai spécifié.

7. La construction pourra être considérée comme inachevée tant que les essais n'auront pas été concluants. Si les essais d'achèvement réalisés par l'entrepreneur ne sont pas concluants, le contrat pourra l'obliger à les recommencer. En outre, si ces essais n'ont pas donné de résultats concluants à la date spécifiée dans le contrat pour l'achèvement de la construction (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 14 à 17), l'entrepreneur pourra être rendu responsable d'un retard d'achèvement (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 19 à 25). Cela étant, si l'entrepreneur a été

empêché de réaliser les essais d'achèvement dans les délais spécifiés à cet effet dans le contrat en raison de l'inexécution d'une obligation incombant à l'acquéreur (par exemple, si celui-ci ne lui a pas fourni l'électricité nécessaire : voir plus loin, par. 9), la construction pourra être considérée comme achevée à l'expiration de ce délai. Si toutefois ce défaut d'exécution résulte d'un empêchement exonératoire, l'entrepreneur pourra être tenu de recommencer les essais.

8. Le contrat pourra exiger que les essais soient réalisés en présence des deux parties. Si l'acquéreur est empêché d'y assister pour des raisons de force majeure, il pourra être autorisé par le contrat à demander leur ajournement. Si l'acquéreur n'assiste pas aux essais alors qu'il n'a pas demandé leur ajournement ou l'a demandé sans y être autorisé, l'entrepreneur pourra être autorisé par le contrat à réaliser les essais en l'absence de l'acquéreur. Le contrat pourra stipuler que les essais ajournés à la demande de l'acquéreur doivent être réalisés dans un délai spécifié à compter du moment où l'achèvement de la construction a été notifié (voir plus haut, par. 4).

9. L'entrepreneur pourra être tenu de réaliser les essais à ses frais. Toutefois, l'acquéreur pourra être obligé de fournir tel ou tel type d'assistance pour la réalisation de ces essais (par exemple, fournir l'électricité nécessaire pour faire fonctionner les équipements) et de prendre en charge le coût de cette assistance. Le contrat pourra préciser à quelle partie il incombera de prendre en charge le coût des essais qui ne sont pas exigés par le contrat mais par des règles juridiques impératives entrées en vigueur après la passation du contrat dans le pays où l'installation doit être construite (voir plus haut, par. 5).

10. La question de savoir à qui il incombera de prendre en charge le coût des essais qui doivent être répétés ou ajournés pourra être tranchée en fonction du motif de la répétition ou de l'ajournement. Si les essais doivent être répétés parce que les essais initiaux n'ont pas été concluants, le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur prendra à sa charge la totalité des dépenses raisonnablement engagées par l'acquéreur du fait de cette répétition. S'il n'a pas été possible de réaliser les essais en raison d'un défaut d'exécution de l'acquéreur et qu'ils doivent être ajournés, il pourra être stipulé que l'acquéreur prendra à sa charge la totalité des dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur du fait de cet ajournement. S'ils doivent être ajournés parce que l'acquéreur est empêché d'y assister pour des raisons de force majeure, il pourra être stipulé que les parties prendront en charge le coût des essais ajournés dans les mêmes conditions qu'elles l'auraient fait sans cet ajournement.

11. Si, pour des raisons de force majeure, certaines formalités (par exemple, la participation d'un organe d'inspection) ne peuvent pas être respectées pendant les essais d'achèvement alors que le contrat l'exige, l'entrepreneur pourra être autorisé par le contrat à procéder aux essais sans respecter lesdites formalités. Dans certains cas, la loi applicable peut exiger qu'un organe d'inspection participe aux essais. Si cet organe exige que des modifications soient apportées à l'installation, l'entrepreneur pourra être obligé d'apporter ces modifications sur la base des procédures prévues dans le contrat pour la modification de la construction (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 12 à 19).

12. Le contrat pourra exiger qu'il soit rendu compte des résultats des essais d'achèvement dans un procès-verbal signé par les deux parties. Ce procès-verbal pourra préciser les dates où les essais ont été commencés et achevés et

indiquer si ceux-ci ont été concluants ou non. S'ils n'ont pas été concluants, le procès-verbal pourra indiquer en quoi la construction n'est pas achevée. S'ils ont été concluants, le procès-verbal pourra indiquer les vices qu'ils ont permis de déceler dans l'installation et préciser un délai à l'intérieur duquel l'entrepreneur est tenu d'y remédier. Les recours dont l'acquéreur dispose à l'égard de tels vices sont examinés dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphes 38 à 42. Dans les cas où l'entrepreneur aura été autorisé à réaliser les essais en l'absence de l'acquéreur (voir plus haut, par. 8), le procès-verbal pourra être signé uniquement par l'entrepreneur. Le contrat pourra exiger que ce dernier adresse rapidement le procès-verbal à l'acquéreur.

2. *Date d'achèvement de la construction*

13. Le contrat pourra stipuler que si les résultats des essais d'achèvement sont concluants, la construction sera considérée comme ayant été achevée à la date fixée par les deux parties pour le commencement des essais (voir plus haut, par. 6) ou bien à la date où ces essais ont été achevés. Lorsque les essais d'achèvement ont été reportés à la demande de l'acquéreur (voir plus haut, par. 8) et se sont ensuite révélés probants, la construction pourra être considérée au regard du contrat comme ayant été achevée à la date à laquelle les essais devaient avoir lieu avant qu'il ne soit décidé de les reporter.

C. Ordre dans lequel se succèdent la prise en charge, les essais de bon fonctionnement et la réception : période d'essai

14. L'ordre prévu dans le contrat pour la prise en charge, la réalisation des essais de bon fonctionnement et la réception pourra dépendre de la formule contractuelle retenue par l'acquéreur (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle") et en particulier de la question de savoir si une période d'essai a été prévue dans le contrat par les parties.

15. Le contrat pourra stipuler qu'après l'achèvement de la construction, l'installation sera mise en service pour une période d'essai qui permettra de la roder, de lui faire atteindre un régime de fonctionnement normal et de la préparer pour les essais de bon fonctionnement. Il pourra stipuler que pendant cette période, l'entrepreneur devra former le personnel de l'acquéreur, assurer la supervision technique de l'exploitation et de l'entretien de l'installation et remédier le plus vite possible à tout vice décelé dans l'installation.

16. Lorsque l'entrepreneur est matériellement en possession de l'installation pendant la construction (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 20 et 21) et que l'acquéreur doit faire fonctionner cette dernière pendant la période d'essai sous la supervision de l'entrepreneur, la prise en charge de l'installation par l'acquéreur aux fins de cette période d'essai pourra se produire après l'achèvement de la construction. Le contrat pourra prévoir que les essais de bon fonctionnement seront réalisés à l'expiration de la période d'essai et que l'installation sera réceptionnée par l'acquéreur si les essais de bon fonctionnement sont concluants (voir plus loin, sect. E, 1).

17. Lorsque c'est l'entrepreneur qui doit faire fonctionner l'installation pendant la période d'essai (par exemple, dans le cadre d'un contrat produit en main — voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 7), il pourra

rester matériellement en possession de l'installation pendant cette période. En pareil cas, les essais de bon fonctionnement pourront être réalisés à la fin de la période d'essai et, s'ils sont concluants, l'installation pourra être d'abord receptionnée puis prise en charge. Le contrat pourra aussi prévoir que la réception et la prise en charge se produiront simultanément.

18. Lorsqu'une période d'essai n'est pas prévue par les parties, le contrat pourra stipuler que des essais de bon fonctionnement seront réalisés après l'achèvement de la construction et que, si ces essais sont concluants, l'installation sera réceptionnée puis prise en charge. Le contrat pourra aussi disposer que ces deux dernières opérations se produiront simultanément.

19. L'installation ne sera pas prise en charge par l'acquéreur si celui-ci en avait déjà matériellement la possession pendant la construction (par exemple, lorsque plusieurs entrepreneurs travaillent simultanément à la construction de l'installation). En pareil cas, l'achèvement de la construction pourra être suivi de la réalisation des essais de bon fonctionnement et, si ces essais sont concluants, de la réception.

20. Il est souhaitable de désigner dans le contrat la partie à laquelle il incombera de fournir le personnel, l'énergie, les matières premières et les autres articles nécessaires pour faire fonctionner l'installation pendant la période d'essai et d'en répartir le coût entre les parties. Dans le cas d'un contrat produit en main, le coût de la formation du personnel de l'acquéreur pendant cette période pourra être imputé à l'entrepreneur. Il pourra être stipulé que la production de l'installation sera la propriété de l'acquéreur. Le contrat pourra spécifier la durée de la période d'essai et les circonstances dans lesquelles elle pourra être prorogée.

D. Prise en charge de l'installation

1. *Obligation de prendre en charge l'installation*

21. Si la prise en charge de l'installation par l'acquéreur doit précéder la réception (voir plus haut, par. 16), le contrat pourra obliger l'acquéreur à effectuer cette prise en charge dans un délai spécifié à compter de la date d'achèvement de la construction (voir plus haut, par. 13). Si la réception de l'installation doit précéder sa prise en charge (voir plus haut, par. 18), le contrat pourra obliger l'acquéreur à effectuer cette prise en charge dans un délai spécifié à compter de la date de réception (voir plus loin, sect. E, 2).

2. *Procès-verbal de prise en charge et date de la prise en charge*

22. Il est souhaitable que le contrat oblige les deux parties à dresser, en vue de le signer, un procès-verbal de prise en charge décrivant l'état de l'installation au moment de la prise en charge. Le contrat pourra stipuler que si elle n'est pas précisée dans le procès-verbal, la date de prise en charge sera celle à laquelle le procès-verbal aura été signé par les deux parties. Un tel procès-verbal pourra ne pas être nécessaire si la prise en charge doit avoir lieu soit immédiatement après la réalisation des essais d'achèvement, soit en même temps ou immédiatement après la réception de l'installation. En pareil cas, il pourra être fait état de la prise en charge dans le procès-verbal des essais d'achèvement (voir plus haut, par. 12) ou dans le procès-verbal de réception (voir plus loin, sect. E, 2).

3. *Effets juridiques de la prise en charge*

23. Il est souhaitable que les effets juridiques de la prise en charge soient précisés dans le contrat. Ce dernier pourra stipuler qu'à compter de la date de la prise en charge, le risque de perte ou d'endommagement de l'installation passe de l'entrepreneur à l'acquéreur (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 20), que l'acquéreur est tenu de payer une fraction du prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 75) et que la période de garantie de la qualité commence à courir (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 29). Le contrat pourra aussi stipuler que tous ces effets ou seulement certains d'entre eux se produiront lors de la réception et non lors de la prise en charge (voir plus loin, par. 34). L'acquéreur pourra être tenu par le contrat de permettre à l'entrepreneur d'accéder au chantier après la prise en charge et de protéger l'installation (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 32).

E. Réception de la construction

1. *Essais de bon fonctionnement*[1]

24. Les essais de bon fonctionnement ont pour objet de prouver que l'installation présente les caractéristiques techniques spécifiées dans le contrat. Par caractéristiques techniques, on pourra entendre non seulement le volume de la production et sa qualité, mais également un certain nombre d'autres paramètres comme la consommation d'énergie et de matières premières de l'installation (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 8). Ces essais peuvent aussi avoir pour objet de montrer comment l'installation fonctionne dans différentes situations. Le contrat pourra stipuler que les essais de bon fonctionnement seront considérés comme concluants s'ils ne révèlent pas l'existence de vices graves dans l'installation (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 27).

25. Il pourra être stipulé dans le contrat que la réception ne peut intervenir qu'après la réalisation des essais de bon fonctionnement. Toutefois, s'agissant de certains éléments de la construction (travaux de bâtiment et de génie civil, par exemple), il se peut que ces essais ne soient pas le bon moyen de déterminer si les caractéristiques techniques requises ont été respectées et le contrat pourra n'exiger que des essais d'achèvement pour ces éléments.

26. Le contrat pourra obliger l'entrepreneur à réaliser les essais de bon fonctionnement dans un délai spécifié à compter de la fin de la période d'essai ou, si une telle période n'est pas prévue dans le contrat, à compter du moment où la construction aura été achevée (voir plus haut, par. 18). Les parties pourront être tenues de fixer une date comprise dans ce délai, pour le commencement des essais. Le contrat pourra stipuler que si les parties ne parviennent pas à fixer une telle date, l'entrepreneur sera tenu de commencer les essais le dernier jour du délai spécifié. Il pourra stipuler que si les essais ne sont pas concluants, l'entrepreneur sera tenu de les répéter. Il pourra aussi limiter le nombre de fois que l'entrepreneur sera autorisé à les répéter et préciser le délai dans lequel ils devront l'être. Les recours que l'acquéreur pourra exercer si les derniers essais que l'entrepreneur est autorisé à réaliser en

vertu du contrat ne sont pas concluants sont examinés dans le chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphes 35 à 37. Le contrat pourra disposer que si les derniers essais qu'il autorise l'entrepreneur à réaliser ne sont pas concluants, l'acquéreur aura le droit d'exiger de nouveaux essais.

27. Il est souhaitable que les essais à réaliser soient décrits dans le contrat. Cette description pourra préciser la durée des essais, les normes d'efficacité à respecter, les méthodes de mesure et d'analyse à employer pour la réalisation des essais et les écarts tolérés. Lorsqu'une modification est apportée à la construction (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 1), les essais de bon fonctionnement pourront également être modifiés en conséquence. Les questions comme la responsabilité de l'entrepreneur pour ce qui est du déroulement des essais et l'assistance que l'acquéreur doit fournir à cet effet, la répartition des coûts correspondants entre les parties, le report des essais, le déroulement des essais complémentaires exigés par des règles juridiques impératives et le respect des formalités prescrites pendant le déroulement des essais pourront être réglées à peu près de la même manière que dans le cas des essais d'achèvement (voir plus haut, par. 8 à 11).

28. Le contrat pourra exiger que, dans un délai fixé, les résultats des essais de bon fonctionnement soient consignés dans un procès-verbal signé par les deux parties. Ce procès-verbal pourra indiquer les dates auxquelles les essais ont été commencés et achevés, les procédures d'essai suivies et les relevés effectués. En outre, on pourra y donner une évaluation des relevés et des résultats et y indiquer si les essais ont été jugés concluants ou non. Si les essais ne sont pas concluants, le procès-verbal pourra indiquer une date à laquelle ils devront être répétés. Il pourra être stipulé au contrat que toute divergence de vues entre les parties en ce qui concerne les relevés effectués et les résultats obtenus ou leur évaluation devra être consignée dans le procès-verbal. Si l'entrepreneur a été autorisé à effectuer les essais en l'absence de l'acquéreur, le procès-verbal ne devrait être signé que par l'entrepreneur. Si la loi applicable le permet, le contrat pourra exiger que le procès-verbal soit également signé par un expert indépendant. Le contrat pourra obliger l'entrepreneur à adresser rapidement le procès-verbal à l'acquéreur. Lorsque les essais de bon fonctionnement sont concluants et que leurs résultats peuvent être enregistrés sans difficulté, les parties souhaiteront peut-être, au lieu de dresser un procès-verbal des essais, faire figurer ces résultats dans le procès-verbal de réception.

2. *Procès-verbal de réception et date de la réception*

29. Le contrat pourra obliger l'acquéreur à réceptionner l'installation dans un délai spécifié à compter du moment où des essais de bon fonctionnement concluants auront été effectués. Il pourra aussi obliger les deux parties à dresser et à signer un procès-verbal de réception attestant que l'installation a été réceptionnée par l'acquéreur à une date donnée[2]. Un tel procès-verbal permet de réduire les risques de voir apparaître des litiges en ce qui concerne la date de réception de l'installation ainsi que la question de savoir si l'installation a été réceptionnée malgré les vices graves qui y ont été décelés (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 38).

30. Les vices décelés dans l'installation pendant les essais de bon fonctionnement pourront être énumérés dans le procès-verbal de réception. En outre, celui-ci pourra indiquer un calendrier pour la réfection, à moins que

l'acquéreur n'ait opté pour d'autres recours (par exemple, une réduction du prix : voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 39, 41 et 42). Si les parties ne sont pas d'accord sur certains points, comme le calendrier de réfection des vices, il pourra être rendu compte des vues des deux parties dans le procès-verbal. Ce dernier pourra également indiquer les mesures qui devront être prises par les parties comme suite à la réception (transfert des droits résultant d'une police d'assurance, par exemple).

31. Il pourra être stipulé dans le contrat qu'en l'absence d'indication dans le procès-verbal, la date de réception sera celle à laquelle le procès-verbal aura été signé par les deux parties. Si le procès-verbal de réception n'a pas été signé par les deux parties (par exemple, parce que l'acquéreur n'a pas assisté aux essais de bon fonctionnement ou parce qu'un litige est survenu entre les parties en ce qui concerne la question de savoir si ces essais ont été concluants), la date à laquelle les essais de bon fonctionnement se seront révélés concluants pourra être considérée comme la date de réception. Lorsque le contrat n'exige pas des essais de bon fonctionnement (voir plus haut, par. 25) et que le procès-verbal de réception n'est pas signé par les deux parties, le contrat pourra stipuler que la date à laquelle les essais de bon fonctionnement se seront révélés concluants sera considérée comme la date de réception.

32. Il se peut que l'entrepreneur soit empêché d'effectuer les essais de bon fonctionnement pendant le délai spécifié à cet effet dans le contrat parce que l'acquéreur ne s'est pas acquitté d'une obligation qui lui incombait (par exemple, parce qu'il ne lui a pas fourni l'assistance nécessaire pour le déroulement des essais : voir plus haut, par. 27). Le contrat pourra stipuler qu'en pareil cas, l'installation sera réputée avoir été réceptionnée à la date à laquelle l'entrepreneur aura remis à l'acquéreur un avis indiquant que la réception a eu lieu. Le contrat pourra stipuler en outre que si les essais de bon fonctionnement ne peuvent pas être effectués dans un délai donné pour des raisons indépendantes de la volonté des deux parties (par exemple, parce qu'un organe d'inspection n'a pas assisté aux essais alors que sa présence était exigée par le contrat), l'installation doit être mise en service. Si l'installation fonctionne bien et qu'aucun vice grave n'y est décelé pendant un délai équivalant au laps de temps qui aurait été nécessaire à la réalisation des essais de bon fonctionnement, on pourra considérer que la réception a lieu à l'expiration de ce délai.

33. Lorsqu'il est fait appel à plusieurs entrepreneurs pour construire l'installation (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25), que chacun d'entre eux achève à un moment différent la partie de l'installation qu'il était chargé de construire et qu'il est possible de soumettre séparément chacune de ces parties à des essais de bon fonctionnement, la possibilité de les réceptionner séparément pourra être prévue dans le contrat. Même lorsqu'un seul entrepreneur est chargé de construire l'installation, certaines parties de celle-ci pourront dans certains cas être soumises à des essais de bon fonctionnement distincts et le contrat pourra alors stipuler que ces parties pourront être réceptionnées séparément. En pareil cas, les problèmes qui se posent après la réception d'une partie de l'installation pourront être réglés de la même façon qu'ils l'auraient été si l'ensemble de l'installation avait été réceptionnée. S'il n'est pas possible de soumettre une partie de l'installation à des essais de bon fonctionnement distincts parce que cette partie ne peut pas être mise en service séparément, le contrat pourra stipuler que la réception de cette partie n'aura lieu qu'après l'achèvement de l'ensemble de l'installation.

3. *Effets juridiques de la réception*

34. Outre les effets indiqués plus haut, au paragraphe 23, la réception de l'installation peut réduire les possibilités de recours de l'acquéreur en cas de vice de l'installation : par exemple, la réception peut mettre fin au droit de résilier le contrat (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 47 et 48).

4. *Réception provisoire*

35. Dans la pratique, les parties stipulent parfois que l'acquéreur peut réceptionner provisoirement l'installation, en particulier dans les cas où le contrat ne fait pas mention de la prise en charge et ne différencie pas cette notion de la réception. La réception provisoire a pour objet de permettre à l'acquéreur de prendre matériellement possession de l'installation sans que cela entraîne pour autant certains effets de la réception (par exemple, la perte de certains recours en cas de vices dans l'installation). Lorsqu'il réceptionne provisoirement l'installation, l'acquéreur en prend matériellement possession, sous réserve que l'entrepreneur satisfasse à certaines conditions, par exemple, qu'il remédie aux vices décelés dans l'installation au cours des essais de bon fonctionnement. On peut toutefois parvenir au même résultat en stipulant dans le contrat que l'acquéreur a le droit de prendre en charge l'installation même si les essais de bon fonctionnement ne sont pas concluants, mais qu'il n'est tenu d'en prendre réception qu'une fois que les essais effectués par l'entrepreneur auront donné des résultats satisfaisants.

36. Si les parties préfèrent opter pour la réception provisoire, il est souhaitable d'en préciser les effets. En particulier, il est souhaitable d'exposer clairement les circonstances dans lesquelles l'acquéreur peut prendre provisoirement réception de l'installation et de préciser si les effets juridiques de la réception (voir plus haut, par. 34) commencent à se produire à partir du moment où les conditions auxquelles est subordonnée la réception sont satisfaites ou si au moins certains de ces effets commencent à se produire à partir de la date de la réception provisoire.

Notes du chapitre XIII

[1]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. L'entrepreneur doit procéder aux essais de bon fonctionnement dans les . . . (indication d'un délai) suivant [la fin de la période d'essai] [l'achèvement de la construction]. Si les parties ne parviennent pas à fixer une date comprise dans ce délai pour le commencement des essais, l'entrepreneur doit commencer les essais le dernier jour de ce délai.

"2. Les essais de bon fonctionnement doivent être réalisés en présence des deux parties. Si l'acquéreur est empêché d'assister aux essais pour des raisons de force majeure, il a le droit de demander à ce qu'ils soient reportés à la date la plus proche à laquelle il peut y assister dans un délai de . . . (indication d'un délai plus long que celui qui est indiqué au paragraphe 1). L'acquéreur ne peut pas exiger que les essais reportés aient lieu après l'expiration de ce délai. Si l'acquéreur n'assiste pas aux essais alors qu'il n'a pas demandé leur report ou l'a demandé à tort, l'entrepreneur a le droit de réaliser les essais en son absence.

"3. Les essais de bon fonctionnement qui devront être réalisés sont décrits dans l'annexe . . . au présent contrat.

"4. Si les essais de bon fonctionnement ne sont pas concluants, l'entrepreneur est obligé de les répéter dans les . . . (indication d'un délai) suivant la date à laquelle les essais non concluants ont été effectués. L'entrepreneur n'est pas autorisé à répéter les essais plus de . . . fois, ou après l'expiration d'un délai de . . . (indication d'un délai) à compter de [la fin de la période d'essai] [l'achèvement de la construction]. Toutefois, l'acquéreur peut exiger que l'entrepreneur répète les essais qui n'ont pas été concluants même après que ceux-ci auront été répétés . . . fois (nombre de fois identique à celui qui est indiqué plus haut) ou après l'expiration d'un délai de . . . (délai identique à celui qui est indiqué plus haut) à compter de [la fin de la période d'essai] [l'achèvement de la construction].

"5. L'entrepreneur doit prendre à sa charge le coût des essais de bon fonctionnement. Toutefois, l'acquéreur doit fournir à ses frais les apports suivants nécessaires à la réalisation des essais : . . . (indication des apports).

"6. Si les essais de fonctionnement doivent être répétés parce que les essais initiaux n'ont pas été concluants, l'entrepreneur doit prendre à sa charge la totalité des dépenses raisonnablement engagées par l'acquéreur du fait de cette répétition. Si les essais ne peuvent pas être réalisés en raison de l'inexécution d'une obligation incombant à l'acquéreur et sont reportés, l'acquéreur doit prendre en charge la totalité des dépenses raisonnablement engagées par l'entrepreneur du fait de ce report.

"7. Dans les . . . (indication d'un délai) suivant la réalisation des essais de bon fonctionnement, les parties doivent dresser un procès-verbal des résultats des essais qu'elles signeront toutes les deux. Ce procès-verbal doit préciser si les essais ont été concluants ou non. Il doit aussi contenir les renseignements suivants : . . . (indication des renseignements à fournir)."

[2]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. L'acquéreur doit réceptionner l'installation dans les . . . (indication du délai) à compter du moment où ont été effectués des essais de bon fonctionnement concluants.

"2. Dans les . . . (indication du délai) à compter du moment où les essais de bon fonctionnement concluants ont été effectués, les parties doivent dresser un procès-verbal de réception. Le procès-verbal de réception doit renfermer les renseignements suivants : . . . (indication des renseignements demandés).

"3. La réception se produit à la date de réception mentionnée dans le procès-verbal dressé en application du paragraphe 2 du présent article. Si le procès-verbal de réception ne mentionne pas de date, la réception se produit à la date à laquelle le procès-verbal est signé par les deux parties. Si le procès-verbal de réception n'est pas signé par les deux parties, la réception se produit à la date à laquelle ont été achevés les essais de bon fonctionnement concluants.

"4. Si les essais de bon fonctionnement n'ont pas pu être effectués pendant le délai spécifié à l'article . . . du présent contrat parce que l'acquéreur ne s'est pas acquitté d'une obligation qui lui incombait, l'entrepreneur peut lui remettre un avis indiquant que la réception s'est produite et la réception se produit alors à la date de remise de cet avis.

"5. Si les essais de bon fonctionnement ne peuvent pas être effectués pendant le délai spécifié dans l'article . . . du présent contrat pour des raisons indépendantes de la volonté des deux parties, celles-ci doivent mettre l'installation en service. L'installation doit être maintenue en service pendant . . . (indication du délai). Si aucun vice grave n'a été décelé dans l'installation pendant ce délai, la réception a lieu à l'expiration dudit délai."

Chapitre XIV. Transfert des risques

RÉSUMÉ

Les équipements et matériaux devant être incorporés dans l'installation — avant ou après l'achèvement — ainsi que les outils et engins de construction utilisés par l'entrepreneur pour la construction de l'installation peuvent subir des pertes ou des dommages. Le présent chapitre traite des pertes ou dommages qui peuvent être causés par des événements fortuits ou les actes de tiers pour lesquels aucune des parties n'est responsable, ainsi que de la répartition du risque de perte ou d'endommagement entre les parties (par. 1 à 4).

Pour déterminer comment le risque de perte ou d'endommagement sera réparti entre les parties, il faut examiner plusieurs facteurs et les pondérer (par. 5). Les parties souhaiteront parfois exclure certains faits précis des risques incombant à l'entrepreneur et attribuer à l'acquéreur le risque de perte ou d'endommagement causé par de tels faits (par. 6).

Les règles impératives de nombreux systèmes juridiques stipulent qu'après que les équipements et matériaux ont été incorporés dans l'installation, ils perdent leur identité propre et que la partie supportant le risque relatif à l'installation doit également supporter le risque relatif aux équipements et matériaux incorporés. Le moment auquel ces équipements et matériaux sont considérés comme incorporés dans l'installation sera déterminé par des critères spécifiés dans la loi applicable (par. 7 et 8).

Les parties pourront souhaiter déterminer la répartition du risque pour les équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur et le moment où le risque doit être transféré d'une partie à l'autre. Pour cela, il peut être nécessaire de déterminer quelle partie est matériellement en possession des équipements et matériaux et s'attacher à éviter une multiplication des transferts de risques (par. 9 à 15).

Des équipements fournis par l'entrepreneur ne sont parfois pas destinés à être incorporés à l'installation. Si la loi applicable le permet, les parties pourront souhaiter, pour répartir le risque relatif à ces équipements, se fonder sur le critère suivant : quelle partie était matériellement en possession de ces équipements avant la prise en charge de l'installation ? (par. 16 et 17).

Pour ce qui est des équipements et matériaux fournis par l'acquéreur en vue de leur incorporation dans l'installation, les parties pourront souhaiter, pour ce qui est de la répartition du risque, se fonder sur des critères similaires à ceux qui sont applicables à la répartition des risques relatifs aux équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur (par. 18 et 19).

Pour ce qui est de l'installation durant la construction et de l'installation achevée, lorsqu'un entrepreneur unique est chargé de construire toute l'installation, il est bon de stipuler que cet entrepreneur supportera le risque jusqu'à la prise en charge ou la réception par l'acquéreur (par. 20

et 21). Lorsque plusieurs entrepreneurs participent l'un après l'autre à la construction, le contrat peut stipuler que le risque est transféré à chacun d'entre eux au moment où il prend en charge l'installation inachevée et échoit à l'acquéreur au moment où il prend l'installation en charge (par. 22).

Lorsque l'entrepreneur supporte le risque de perte ou d'endommagement, le contrat peut stipuler qu'il doit remédier, avec la diligence voulue et à ses propres frais, à toute perte ou endommagement. Lorsque l'acquéreur supporte le risque relatif aux équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur, le contrat peut l'obliger à payer intégralement les équipements et matériaux perdus ou endommagés (par. 23).

Il est souhaitable que l'entrepreneur supporte le risque relatif à ses propres outils et engins de construction acheminés sur le chantier pour la construction (par. 30).

A. Remarques générales

1. Les équipements ou matériaux à incorporer dans l'installation — durant la construction ou une fois l'installation achevée — ainsi que les outils et engins de construction utilisés par l'entrepreneur pour la construction peuvent subir des pertes ou des dommages. L'obligation de verser des dommages-intérêts lorsque ces pertes ou dommages sont causés par une partie au contrat de construction, ou par un tiers, pour les actes duquel une partie est responsable, est traitée au chapitre XX, "Dommages-intérêts". Le présent chapitre traite des pertes ou dommages qui peuvent être causés par des événements fortuits ou par les actes de tiers pour lesquels aucune partie n'est responsable. Ces pertes ou dommages ne sont pas rares durant la construction d'une installation industrielle. Aussi est-il souhaitable que le contrat en répartisse le risque entre les parties.

2. La partie supportant un risque de perte ou de dommage devra prendre à sa charge les conséquences pécuniaires de la perte ou des dommages, sans pouvoir obtenir de compensation de l'autre partie. Par exemple, si des équipements, des matériaux ou l'installation subissent des pertes ou des dommages et que l'entrepreneur en supporte les risques, il devra y remédier à ses frais en remplaçant les articles perdus ou en réparant les dommages. Si c'est l'acquéreur qui supporte le risque, il devra payer le prix des articles perdus ou endommagés, nonobstant la perte ou le dommage. La partie supportant ces risques souhaitera sans doute contracter une assurance à cette fin ou pourra même y être obligée en vertu du contrat de construction (voir chap. XVI, "Assurances", par. 17 à 26). Toutefois, l'une ou l'autre des parties sera tenue de supporter les conséquences des risques non assurés.

3. Il est parfois difficile de déterminer si la perte ou le dommage ont été causés par un événement fortuit ou par un tiers pour les actes duquel aucune partie n'est responsable (par exemple, lorsqu'il apparaît, après le transport, que des marchandises sont endommagées et que ce dommage est tel qu'il peut avoir été causé soit par un événement fortuit, soit par un tiers). Il est donc souhaitable de stipuler que le risque de perte ou de dommage qui sera à la charge d'une partie englobe les pertes ou dommages causés par des événements fortuits et ceux qui sont causés par un tiers pour les actes duquel aucune partie n'est responsable.

4. L'événement fortuit ou les actes d'un tiers à l'origine des pertes ou des dommages subis par l'installation peuvent également empêcher une partie de s'acquitter de ses obligations contractuelles. Par exemple, si l'installation est endommagée par une tempête alors que le risque de dommage accidentel est supporté par l'entrepreneur, celui-ci pourra être empêché d'achever la construction à temps. La question de savoir si la partie ne s'étant pas acquittée de ses obligations contractuelles est tenue de verser des dommages-intérêts à l'autre partie pour réparer le préjudice pécuniaire découlant du défaut d'exécution doit être distinguée de la question de savoir qui doit supporter le risque de perte ou de dommage causé par l'événement fortuit ou les actes du tiers. Même si la personne supportant le risque est tenue de remédier à la perte ou au dommage y relatif, elle peut ne pas avoir à verser des dommages-intérêts du fait du défaut d'exécution imputable à la perte ou au dommage si l'événement fortuit ou les actes du tiers constituent un empêchement exonératoire (voir chap. XX, "Dommages-intérêts", par. 3, et chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 9 à 26). Dans l'exemple donné ci-dessus, l'entrepreneur peut être tenu de remédier aux dommages subis par l'installation du fait de la tempête, mais il ne devra pas verser de dommages-intérêts à l'acquéreur pour réparer le préjudice pécuniaire imputable au défaut d'exécution si la tempête constitue un empêchement exonératoire en vertu de la clause d'exonération du contrat.

5. Pour déterminer comment le risque de perte ou d'endommagement sera réparti entre les parties, il faut tenir compte de facteurs tels que ceux qui sont indiqués ci-après et les pondérer :

a) En premier lieu et avant tout, quelle partie est à même d'assurer les marchandises au moindre coût, ou, en vertu du contrat de construction, doit fournir une assurance contre les risques de perte ou d'endommagement, ou est le mieux à même de se retourner contre l'assureur ?

b) Quelle partie est le mieux à même de prévenir les faits pouvant entraîner des pertes ou des dommages ? C'est en général la partie qui est matériellement en possession des équipements et des matériaux ou de l'installation. Si le risque est supporté par cette partie, elle sera sans doute incitée à prendre soin des marchandises et à faire preuve de diligence. En outre, en faisant supporter le risque à la partie matériellement en possession des biens, on évitera sans doute des litiges sur la question de savoir si la perte ou les dommages sont dus à un manque de soin, ou à un événement fortuit ou à un acte d'un tiers qui n'aurait pas pu être prévenu. Les parties voudront peut-être donner un poids considérable à ce facteur lorsqu'elles répartiront les risques;

c) Il n'est pas souhaitable de multiplier les transferts de risque entre les parties (par exemple, de l'entrepreneur à l'acquéreur, puis de l'acquéreur à l'entrepreneur). Les parties voudront peut-être aussi attacher une importance considérable à ce facteur;

d) Quelle partie est le mieux à même de réparer et d'écouler les biens endommagés ?

6. Les parties pourront parfois souhaiter exclure des risques supportés par l'entrepreneur, le risque de perte ou d'endommagement causé par des événements spécifiés tels que la guerre, d'autres actions militaires, les émeutes (à moins qu'elles n'aient été causées par des employés de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants), les tremblements de terre ou les inondations (appelés "risques exclus")[1]. Puisque, du fait de cette exclusion, ces risques seront

supportés par l'acquéreur, il est bon que le contrat stipule les cas où l'acquéreur doit les supporter. Les parties voudront peut-être préciser que l'acquéreur ne supporte ces risques que lorsque la perte ou les dommages sont causés par les faits spécifiés dans le pays où l'installation doit être construite. Si, toutefois, les parties souhaitent stipuler que l'acquéreur supportera les risques même en cas de perte ou de dommage causé hors de ce pays, il est bon que le contrat spécifie à partir de quel moment l'acquéreur assume ces risques (par exemple, le moment où les équipements et matériaux sont remis au premier transporteur en vue de leur expédition sur le chantier).

B. Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur

1. *Equipements et matériaux incorporés dans l'installation*

a) *Conséquences de l'incorportation en vertu de la loi applicable*

7. Les règles impératives de nombreux systèmes juridiques stipulent que les équipements et les matériaux perdent leur identité propre après leur incorporation dans l'installation. Par suite, la partie supportant le risque relatif à l'installation supportera également le risque relatif aux équipements et matériaux incorporés. Le moment auquel les équipements et matériaux sont considérés comme incorporés dans l'installation est déterminé par des critères spécifiés dans la loi applicable. Les parties pourront juger bon de s'assurer du moment où l'incorporation a lieu en vertu de ces critères.

8. Dans la plupart des systèmes juridiques, les matériaux sont considérés comme incorporés dans l'installation après qu'ils ont été utilisés pour la construction, car cette utilisation entraîne souvent une modification de leurs caractéristiques physiques. Pour ce qui est des équipements, les solutions varient selon les systèmes juridiques. Dans certains, les équipements ne sont considérés comme incorporés qu'après qu'ils ont été placés dans l'installation d'une manière telle qu'ils ne peuvent plus en être retirés sans dommage. Dans d'autres, même s'ils sont installés de manière moins permanente, les équipements sont considérés comme incorporés dans l'installation. Si les dispositions de la loi applicable régissant le moment de l'incorporation ne sont pas impératives et ne règlent pas la question de manière appropriée, les parties pourront vouloir déterminer dans le contrat le moment où les équipements et matériaux sont considérés comme incorporés dans l'installation (par exemple, le moment où les équipements sont placés dans l'installation, qu'ils puissent ou non par la suite en être retirés sans être endommagés).

b) *Règles relatives au transfert du risque adoptées dans le contrat*

9. Les parties pourront souhaiter déterminer dans le contrat quelle partie supportera le risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur en vue de leur incorporation dans l'installation durant la période précédant cette incorporation. Si ces équipements et matériaux doivent rester matériellement en possession de l'entrepreneur jusqu'à ce qu'il les incorpore dans l'installation, il est bon de stipuler que le risque sera supporté par l'entrepreneur jusqu'à ladite incorporation (voir note 1 à la fin du présent chapitre).

10. Parfois l'acquéreur doit prendre en charge en vue de leur entreposage des équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 21 à 26). Dans ce cas, quelle que soit la méthode retenue pour la répartition des risques, elle présentera l'un des deux inconvénients suivants : les transferts de risque seront multipliés ou une partie sera en possession matérielle des équipements et matériaux alors que l'autre supportera pendant la même période les risques y relatifs. Aussi le contrat pourrait-il stipuler que l'acquéreur supportera le risque relatif à l'installation durant la construction et le risque relatif aux équipements et matériaux jusqu'à leur incorporation dans l'installation, ce qui éviterait une multiplication des transferts de risque. Toutefois, cette méthode présente un inconvénient : lorsque l'entrepreneur retire les équipements et matériaux entreposés afin de les incorporer dans l'installation, ils seront matériellement en sa possession jusqu'à leur incorporation, alors que le risque de perte ou d'endommagement sera supporté durant cette période par l'acquéreur. En revanche, si le contrat stipule que le risque est supporté par la partie en possession des équipements et matériaux, on évitera cet inconvénient.

11. Lorsque le risque de perte ou de dommage que peut subir l'installation inachevée doit être supporté par l'acquéreur et que les équipements ou matériaux doivent être pris en charge par l'acquéreur en vue de leur entreposage et ne doivent être remis à l'entrepreneur que juste avant leur incorporation dans l'installation, les parties pourront vouloir stipuler que le risque relatif aux équipements et matériaux sera transféré à l'acquéreur et ce, jusqu'à l'incorporation dans l'installation. Lorsque le risque de perte ou de dommage que peut subir l'installation inachevée doit être supporté par l'entrepreneur ou — que le risque relatif à l'installation inachevée incombe à l'acquéreur ou à l'entrepreneur — lorsque les équipements ou matériaux après entreposage doivent être pris en charge par l'entrepreneur et rester matériellement en sa possession pendant une période considérable avant d'être incorporés dans l'installation, les parties pourront souhaiter convenir que le risque sera transféré de nouveau à l'entrepreneur et restera à sa charge.

12. Dans tous les cas où les équipements et matériaux doivent être pris en charge par l'acquéreur aux fins d'entreposage ou de montage par l'acquéreur ou par une autre entreprise engagée par l'acquéreur (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 27 à 30), le contrat devrait déterminer à quel moment le risque de perte ou d'endommagement lui est transféré. Les parties pourront souhaiter retenir un des moments suivants à cette fin :

a) Le moment où les équipements et matériaux sont remis au premier transporteur en vue de leur expédition à l'acquéreur, ou le moment où ils passent effectivement la lisse du navire au port d'embarquement convenu;

b) Le moment où les équipements et matériaux sont pris en charge par l'acquéreur ou, s'il tarde à les prendre en charge, le moment où ils sont mis à sa disposition[2].

13. A ce sujet, les parties pourront souhaiter choisir un moment où l'acquéreur a la possibilité de vérifier l'état des équipements et matériaux. Si aucune vérification n'est faite au moment du transfert du risque et qu'il apparaît par la suite que les équipements et matériaux sont perdus ou endommagés, il peut être difficile de déterminer quand la perte ou l'endommagement se sont produits et qui en supportera les conséquences.

14. La méthode décrite dans les paragraphes précédents peut être appliquée, que l'entrepreneur fournisse les équipements ou matériaux sur ses propres stocks ou qu'il charge un sous-traitant ou un fournisseur de les livrer directement au lieu spécifié dans le contrat (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 5). Dans ce dernier cas, la fourniture des équipements ou matériaux par un sous-traitant ou fournisseur peut être considérée comme l'exécution par l'entrepreneur de son obligation de fournir en vertu du contrat de construction (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 27 et 28). Le contrat de construction permettra donc de répartir entre l'entrepreneur et l'acquéreur le risque de perte ou d'endommagement des articles fournis, mais il ne permettra pas de le faire entre le sous-traitant ou fournisseur et l'entrepreneur. Cette dernière répartition sera déterminée par le contrat conclu entre ces parties. Dans la mesure du possible, l'entrepreneur souhaitera sans doute se protéger en veillant à ce que le risque ne lui soit pas transféré en vertu du contrat qu'il aura conclu avec le sous-traitant ou le fournisseur avant le moment où le risque est transféré de lui à l'acquéreur en vertu du contrat de construction.

15. Lorsque les équipements et matériaux sont fournis par l'entrepreneur à l'acquéreur conformément à un terme commercial pertinent des Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS) (par exemple, f.o.b., c. et f.), ce terme commercial peut déterminer le moment du transfert du risque à l'acquéreur. Cette méthode peut être recommandée dans les cas où le terme commercial, tel qu'il est interprété dans les INCOTERMS, détermine le transfert du risque d'une manière appropriée à un contrat de construction (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 3).

2. *Equipements qui ne doivent pas être incorporés dans l'installation*

16. Il se peut que des équipements fournis par l'entrepreneur ne soient pas destinés à être incorporés dans l'installation (par exemple, des équipements mobiles pour le déchargement des produits de l'installation). Dans certains systèmes juridiques, ils sont considérés comme des "dépendances" de l'installation et le risque relatif à ces équipements est supposé passer de l'entrepreneur à l'acquéreur au même moment que le risque relatif à l'installation. Toutefois, les parties sont souvent libres de convenir entre elles que le risque sera transféré à un autre moment. Cela peut être souhaitable lorsque la réglementation applicable ne répartit pas le risque relatif à ces équipements d'une manière qui convienne au contrat de construction. Il peut également être bon que le contrat détermine le moment du transfert du risque relatif à ces équipements dans les cas où la loi applicable ne considère pas ces équipements comme des dépendances de l'installation.

17. Les parties pourront souhaiter, pour répartir le risque, se demander quelle partie est matériellement en possession des équipements avant la prise en charge de l'installation. Si c'est l'entrepreneur, le risque pourra être supporté par lui et passer à l'acquéreur en même temps que le risque relatif à l'installation. Si l'acquéreur doit prendre en charge les équipements avant l'installation (par exemple, à des fins d'entreposage), le risque pourra lui être transféré à un moment déterminé par les parties (voir plus haut, par. 12 à 15).

C. Equipements et matériaux fournis par l'acquéreur

18. Dans certains contrats de construction, l'acquéreur peut être tenu de fournir des équipements et matériaux qui seront utilisés par l'entrepreneur en vue d'être incorporés dans l'installation. Les parties pourront vouloir stipuler que si l'entrepreneur supporte le risque relatif à l'installation durant la construction, le risque relatif aux équipements et matériaux fournis par l'acquéreur sera transféré de l'acquéreur à l'entrepreneur au moment où ce dernier les prendra en charge ou, s'il tarde à le faire, au moment où ils seront mis à sa disposition. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur est tenu d'inspecter les équipements et matériaux au moment de la prise en charge (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 29). Cette méthode a pour avantage de réduire les risques de litige entre les parties pour ce qui est de savoir laquelle d'entre elles doit supporter les conséquences d'une perte ou d'un endommagement des équipements et matériaux.

19. L'avantage que présente cette méthode est moindre lorsque c'est l'acquéreur qui supporte le risque relatif à l'installation durant la construction. Dans ce cas, elle entraîne un double transfert du risque (de l'acquéreur à l'entrepreneur et de l'entrepreneur à l'acquéreur lorsque les équipements et matériaux sont incorporés dans l'installation). En outre, elle ne réduira sans doute pas substantiellement les risques de litige quant à la cause d'une défaillance de l'installation, car l'acquéreur supportera le risque relatif aux équipements et matériaux après leur incorporation dans l'installation. Les parties pourront vouloir stipuler que lorsque les équipements et matériaux doivent être entreposés sur le chantier par l'acquéreur et n'être pris en charge par l'entrepreneur qu'immédiatement avant leur incorporation dans l'installation, le risque est supporté par l'acquéreur jusqu'à ladite incorporation.

D. Installation en construction et installation achevée

20. Lorsqu'un entrepreneur unique est engagé pour construire toute l'installation (notamment dans le cas des contrats clefs en main), il est bon de stipuler dans le contrat qu'il doit supporter le risque de perte ou d'endommagement que peut subir l'installation durant la construction et l'installation achevée jusqu'à la réception de l'installation, ou bien jusqu'à sa prise en charge par l'acquéreur (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 23).

21. Le fait de stipuler dans le contrat que le risque relatif à l'installation est transféré de l'entrepreneur à l'acquéreur au moment de la prise en charge de l'installation par l'acquéreur présente un avantage : à compter de ce moment, l'installation est matériellement en possession de l'acquéreur et celui-ci est donc à même de prévenir les faits pouvant entraîner des pertes ou dommages. Toutefois, lorsque l'installation doit être exploitée sous la supervision de l'entrepreneur pendant une période d'essai commençant à compter de la prise en charge de l'installation par l'acquéreur (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 16), les parties pourront préférer que le risque ne soit pas transféré avant que l'installation ne soit réceptionnée par l'acquéreur. La question du moment de la prise en charge et de la réception est traitée au chapitre XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", paragraphes 22, 25, 29, 31 et 32. Le contrat peut stipuler que, si l'acquéreur ne prend pas en charge

ou ne réceptionne pas l'installation lorsqu'il y est tenu, l'entrepreneur est habilité à lui enjoindre de le faire et que, si l'acquéreur ne s'exécute pas dans un délai donné, le risque lui est transféré à la date à laquelle l'entrepreneur l'avise que le risque lui a été transféré (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 60 et 61). Dans le cas exceptionnel où l'installation doit être la propriété de l'entrepreneur durant la construction (voir chap. XV, "Transfert de la propriété des biens", par. 8), les parties pourront préférer stipuler que le risque est transféré de l'entrepreneur à l'acquéreur au moment du transfert de la propriété des biens à l'acquéreur.

22. Lorsque plusieurs entrepreneurs participent successivement à la construction et que chacun d'entre eux doit être matériellement en possession de l'installation durant la période où il la construit, le contrat peut stipuler que le risque sera transféré à chaque entrepreneur au moment où il prendra en charge l'installation inachevée et passera à l'acquéreur au moment où celui-ci prendra en charge l'installation. Chacun des entrepreneurs peut être tenu d'effectuer des essais après l'achèvement de la partie de la construction lui incombant. Ces essais comprendront une inspection par les parties au contrat des parties de l'installation qui auront été achevées (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 4). Toute perte ou tout endommagement dont le risque incombe à l'entrepreneur pourront être découverts durant l'inspection. L'entrepreneur suivant pourra participer à l'inspection et les pertes ou endommagements découverts pourront être mentionnés dans une déclaration de prise en charge (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 22).

E. Quelques conséquences de la prise en charge du risque

23. Lorsque l'entrepreneur assume le risque de perte ou d'endommagement pour les équipements ou matériaux fournis par lui, pour l'installation durant la construction ou pour l'installation achevée jusqu'à la prise en charge ou à la réception, il devra remédier à toute perte ou à tout endommagement couverts par le risque, à ses frais et avec la diligence voulue. Le contrat peut stipuler que, ce faisant, l'entrepreneur peut, soit remplacer, soit réparer les biens endommagés. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'acquéreur est tenu de payer intégralement les biens fournis par l'entrepreneur lorsque la perte ou l'endommagement de ces biens sont couverts par le risque à la charge de l'acquéreur. Si la loi applicable ne stipule pas que la prise en charge du risque par l'acquéreur aura ces conséquences, il est bon que le contrat le fasse. Lorsque les équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur subissent des pertes ou dommages couverts par le risque supporté par l'acquéreur et que ce dernier doit donc remédier à la perte ou au dommage à ses frais, il ne pourra pas dans bien des cas le faire lui-même. Il peut être bon que le contrat précise comment cette question sera tranchée (voir chap. XVIII, "Retard, vices et autres cas d'inexécution", par. 49).

F. Outils et engins de construction de l'entrepreneur utilisés pour effectuer la construction

24. L'entrepreneur apporte en général sur le chantier les outils et engins nécessaires à la construction. Le risque de perte ou d'endommagement de ces biens, qui peut être imputable à des événements fortuits ou aux actes de tiers

pour lesquels aucune partie n'est responsable, est, dans de nombreux systèmes juridiques, supporté par l'entrepreneur et n'est pas transféré à l'acquéreur. Le contrat peut stipuler que les outils et engins peuvent, dans certains cas, être utilisés par l'acquéreur ou par un tiers engagé par lui aux fins de la construction. Même dans ces cas, toutefois, il peut être bon de stipuler que le risque sera supporté par l'entrepreneur si les outils et engins sont utilisés pour la construction telle qu'elle est prévue dans le contrat.

Notes du chapitre XIV

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, l'entrepreneur supporte le risque de toute perte ou endommagement imputable à quelque cause que ce soit des équipements et matériaux fournis par lui jusqu'à leur incorporation dans l'installation.

"2. Le risque supporté par l'entrepreneur n'englobe pas toutefois les pertes ou dommages causés par l'acquéreur ou toute personne engagée par lui [ou causés par . . . (spécifier ici les risques exclus; voir le paragraphe 8 ci-dessus) dans le pays où l'installation est construite]."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, le risque de perte ou d'endommagement pour quelque cause que ce soit des équipements et matériaux devant être fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation est transféré de l'entrepreneur à l'acquéreur au moment où [ces équipements et matériaux sont remis conformément au présent contrat au premier transporteur en vue de leur expédition à l'acquéreur] [ces équipements et matériaux passent effectivement la lisse du navire au port d'embarquement convenu] [ces équipements et matériaux sont pris en charge par l'acquéreur ou, s'il tarde à le faire, celui où ils sont mis à sa disposition].

"2. (Identique au paragraphe 2 de la disposition donnée à titre d'exemple qui figure dans la note de bas de page 1)."

Chapitre XV. Transfert de la propriété des biens

RÉSUMÉ

La question de savoir si divers types de biens entrant dans la construction d'une installation industrielle sont la propriété de l'entrepreneur ou de l'acquéreur peut être importante pour ce qui est des problèmes d'assurance, d'imposition et de responsabilité envers les tiers que posent ces biens ou leur utilisation. Cette question est importante aussi parce que ces biens peuvent être saisis par les créanciers de leur propriétaire et entrent dans la masse de sa faillite (par. 1). Le *Guide* traite séparément de la question du transfert de la propriété des biens et de celle du transfert du risque de perte ou d'endommagement de ces biens (par. 2).

Le transfert de la propriété, des équipements et des matériaux qui doivent être incorporés dans l'installation est souvent régi par des règles impératives du système juridique en vigueur là où les biens sont situés (par. 3). Nombre de systèmes juridiques comportent une règle impérative disposant que tout ce qui est attaché au sol appartient au propriétaire foncier (par. 4). Même si la loi applicable autorise les parties à adopter des dispositions contractuelles régissant le transfert de la propriété des biens entre elles, elles peuvent n'avoir à prévoir de telles dispositions que si ce transfert n'est pas régi de façon satisfaisante par la loi applicable (par. 5).

L'effet des dispositions contractuelles attribuant la propriété des équipements et des matériaux à la partie qui ne possède pas l'installation peut cesser lors de leur incorporation à l'installation (par. 6).

Pour ce qui est des équipements et des matériaux fournis par l'entrepreneur, il peut être souhaitable que ceux-ci ne restent pas sa propriété une fois que l'acquéreur a payé une partie substantielle de leur prix. Quant à ceux qui sont fournis par l'acquéreur, il peut être souhaitable de ne pas en transférer la propriété à l'entrepreneur, sauf si ce dernier les paie auparavant (par. 7).

Dans certaines circonstances, il peut être souhaitable que la propriété de l'installation en cours de construction soit attribuée à l'acquéreur, par exemple lorsque celui-ci acquitte une partie importante du prix sous la forme de versements échelonnés pendant la construction. Dans d'autres cas, il peut être souhaitable d'en attribuer la propriété à l'entrepreneur, par exemple s'il accorde un crédit de paiement à l'acquéreur (par. 8).

A. Remarques générales

1. La question de savoir si différents types de biens entrant dans la construction d'une installation industrielle sont la propriété de l'entrepreneur ou de l'acquéreur peut être importante pour ce qui est des problèmes d'assurance, d'imposition et de responsabilité envers les tiers que posent ces biens ou leur utilisation. Cette question est importante aussi parce que ces biens peuvent être saisis par les créanciers de leur propriétaire et entrent dans la masse de sa faillite.

2. Le *Guide* traite séparément de la question du transfert de la propriété de biens liés à l'exécution d'un contrat de construction et de celle du transfert du risque de perte ou d'endommagement de ces biens (voir chap. XIV, "Transfert des risques"). Bien que dans certains systèmes juridiques, ce risque soit transféré en même temps que la propriété, cela n'est pas le cas dans d'autres. Par exemple, dans certains, la question de savoir qui supporte le risque de perte ou d'endommagement des biens peut dépendre de la possession. En outre, même dans des systèmes juridiques où le risque est transféré en même temps que la propriété, les parties peuvent être libres de convenir d'autres dispositions.

3. Le transfert de la propriété des équipements et des matériaux qui doivent être incorporés à l'installation est souvent régi par des règles impératives du système juridique en vigueur là où les biens sont situés, ce qui ne laisse aux parties que peu de latitude pour spécifier dans le contrat le moment du transfert. Dans la plupart des systèmes juridiques, cette propriété ne peut pas être transférée tant qu'il n'est pas établi que ces équipements et matériaux sont ceux qui doivent être fournis en exécution du contrat. Certains systèmes juridiques exigent en outre que les équipements et les matériaux soient remis à la partie qui doit en devenir propriétaire.

4. Nombre de systèmes juridiques comportent une règle impérative disposant que tout ce qui est attaché au sol appartient au propriétaire foncier. S'il existe une telle règle juridique dans le pays où le chantier est situé, l'installation pendant et après sa construction appartient au propriétaire du fonds, qui est normalement l'acquéreur. D'autres systèmes juridiques comportent des règles non impératives qui déterminent la propriété des objets attachés au sol, bien que dans nombre de ces systèmes, ces objets appartiennent au propriétaire foncier, à moins que les parties n'en disposent autrement. Cela étant, il se peut qu'en application des dispositions contractuelles ou de la loi applicable, la propriété des équipements et des matériaux qui doivent faire partie intégrante de l'installation soit transférée à l'acquéreur avant même leur incorporation à l'installation (voir plus loin, sect. B).

5. Même si la loi applicable autorise les parties à adopter des dispositions contractuelles régissant le transfert de la propriété des biens entre elles, elles peuvent n'avoir à prévoir de telles dispositions que si ce transfert n'est pas régi de façon satisfaisante par la loi applicable. Dans les sections B et C du présent chapitre, on fait un certain nombre de suggestions visant à réglementer de façon appropriée l'attribution de la propriété dans certaines circonstances si cette attribution n'est pas assurée de façon satisfaisante par les règles non impératives de la loi applicable. Lors de l'élaboration des dispositions régissant le transfert de propriété, il est en général souhaitable que les parties évitent dans toute la mesure possible les transferts et retransferts multiples de propriété.

B. Transfert de la propriété des équipements et des matériaux destinés à être incorporés dans l'installation

6. Les parties souhaiteront peut-être noter que l'effet des dispositions contractuelles attribuant la propriété des équipements et des matériaux à la partie qui ne possède pas l'installation peut cesser lors de leur incorporation à l'installation. En application des règles impératives en vigueur dans de nombreux systèmes juridiques, les équipements et les matériaux incorporés à l'installation

en deviennent partie intégrante par cette incorporation. Cessant dès lors d'appartenir à un autre maître, ils deviennent propriété de la partie propriétaire de l'installation.

7. Pour ce qui est du transfert de la propriété des équipements et des matériaux fournis par l'entrepreneur, il peut être souhaitable que ceux-ci ne restent pas sa propriété une fois que l'acquéreur a payé une partie substantielle de leur prix. Sinon, ce dernier peut subir un grave préjudice si les biens de l'entrepreneur sont saisis par les créanciers ou si l'entrepreneur est déclaré en faillite. Quant aux équipements et aux matériaux fournis par l'acquéreur, il peut être souhaitable de ne pas en transférer la propriété à l'entrepreneur avant leur incorporation à l'installation, que celle-ci soit en cours de construction, la propriété de l'acquéreur ou, ce qui n'arrive qu'exceptionnellement, de l'entrepreneur. Toutefois, si l'installation doit rester la propriété de l'entrepreneur pendant la construction et que celui-ci paie les équipements et les matériaux avant leur incorporation, on peut stipuler que la propriété lui en est transférée au moment du paiement.

C. Propriété de l'installation en cours de construction et de l'installation achevée

8. Dans certaines circonstances, il peut être souhaitable (voir plus haut, par. 4) que les parties attribuent la propriété de l'installation en cours de construction à l'acquéreur, par exemple, lorsque ce dernier acquitte une partie importante du prix sous la forme de versements échelonnés pendant la construction. Il peut aussi être souhaitable de lui en attribuer la propriété lorsque l'attribution de cette propriété à l'entrepreneur peut soulever des difficultés. Par exemple, lorsque plusieurs entrepreneurs participent à la construction, il n'est pas pratique que chacun d'entre eux soit propriétaire de la partie de l'installation qu'il a construite. Cela étant, il peut être souhaitable dans d'autres cas d'attribuer la propriété à l'entrepreneur. Par exemple, s'il accorde à l'acquéreur un crédit de paiement dont une partie importante du prix ne devant alors être payée qu'après l'expiration de la période de garantie, l'entrepreneur peut être protégé par une telle attribution de propriété jusqu'à ce qu'un pourcentage spécifié du prix soit payé. Une telle formule peut toutefois s'apparenter à un accord de rétention de propriété et la loi applicable sur les lieux du chantier peut exiger que certaines formalités complémentaires soient accomplies pour que l'attribution de propriété soit validée. En outre, cette loi peut exiger que des formalités complémentaires soient accomplies pour valider le transfert de propriété de l'installation à l'acquéreur une fois que celui-ci a acquitté le pourcentage spécifié du prix.

Chapitre XVI. Assurances

RÉSUMÉ

Les parties, en particulier l'acquéreur, ont intérêt à solliciter les conseils de spécialistes en matière d'assurance de projets de construction d'installations industrielles. Le contrat de construction ne doit normalement traiter que des types d'assurance auxquels il est souhaitable qu'une partie soit expressément tenue de souscrire (par. 1 à 4).

Il est bon que le contrat exige une assurance sur les biens et une assurance responsabilité et précise les risques à assurer, la partie qui est tenue de souscrire l'assurance, les parties et autres entités devant être désignées comme assurées, le montant minimum de l'assurance, la franchise applicable et la période de validité de l'assurance (par. 5 à 15).

Il est souhaitable que le contrat prévoie une assurance sur les biens contre toute perte ou endommagement de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée, des structures temporaires et des structures auxiliaires à l'installation (par. 16 à 23), ainsi que des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation (par. 24 à 26).

Lorsque le risque de perte ou d'endommagement de toute l'installation pendant la construction et après achèvement doit être assumé par l'entrepreneur, le contrat pourrait utilement obliger celui-ci à souscrire une assurance sur les biens couvrant toute l'installation et à maintenir cette assurance en vigueur. Lorsque plusieurs entrepreneurs sont engagés pour construire les installations et qu'aucun entrepreneur n'assume seul le risque de perte ou d'endommagement de l'ensemble de l'installation, les parties souhaiteront peut-être s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait à exiger de chaque entrepreneur qu'il souscrive une assurance couvrant la partie des installations et des structures dont la construction lui incombe (par. 18). Il est généralement souhaitable que l'entrepreneur et l'acquéreur soient tous deux désignés comme assurés (par. 19).

Différentes méthodes peuvent être adoptées pour les risques qui, aux termes du contrat, doivent être couverts par l'assurance sur les biens (par. 20 et 21). Les parties devraient se pencher sur la nature des pertes à indemniser et sur le montant requis de l'assurance (par. 22 et 23).

En ce qui concerne l'assurance couvrant les équipements et les matériaux à incorporer dans les installations, le contrat pourrait stipuler que ces articles seront couverts par une assurance sur marchandises de l'expédition à la livraison sur le chantier et, après livraison, par une assurance sur les biens, comme on l'a vu précédemment. Dans certains cas toutefois, il peut être préférable qu'une police d'assurance unique couvre ces articles pendant toute la période allant de l'expédition à l'incorporation dans l'installation (par. 24 à 26).

Dans certains cas, l'entrepreneur pourrait utilement être tenu de souscrire une assurance couvrant les engins et les outils qu'il utilise pour la construction (y compris les engins et outils de location) (par. 27).

Il est bon que le contrat oblige l'entrepreneur à souscrire une assurance de responsabilité non contractuelle en cas de perte, de dommage ou de préjudice corporel liés à l'exécution par lui du contrat, y compris les actes ou omissions de ses employés, sous-traitants et fournisseurs, ainsi que pour les indemnités dont il assume la charge aux termes du contrat (par. 28 à 37).

Il peut être souhaitable qu'aux termes du contrat, l'entrepreneur soit également tenu de souscrire diverses catégories d'assurance responsabilité, telles l'assurance responsabilité civile produits (par. 29), l'assurance responsabilité civile professionnelle (par. 30), l'assurance responsabilité automobile (par. 31) et une assurance visant à dédommager les employés en cas de préjudice corporel subi dans le cadre professionnel (par. 32 à 35). Le contrat pourrait stipuler que l'assurance responsabilité commencera à jouer avant que l'entrepreneur ou un sous-traitant n'entame la construction sur le chantier et pourrait couvrir la perte, le dommage ou le préjudice corporel se produisant durant la phase de construction et durant la période de garantie (par. 36).

Il est souhaitable que le contrat oblige l'entrepreneur à prouver par des moyens indiqués au contrat que l'assurance qu'il est tenu de souscrire est valide ou de donner instruction à son assureur de fournir cette preuve directement à l'acquéreur. Des obligations similaires pourraient être imposées à l'acquéreur en ce qui concerne l'assurance qu'il est tenu de souscrire (par. 38). Les parties peuvent, si elles le souhaitent, envisager des dispositions permettant de faire face à la situation qui se présente lorsque la partie qui y est tenue ne souscrit pas l'assurance qu'elle doit contracter ou ne la maintient pas en vigueur (par. 39 à 41).

A. Remarques générales

1. La construction d'une grande installation industrielle implique des risques de pertes, de dommages et de préjudice corporel pouvant résulter d'une multitude d'accidents et de faits. L'une des fonctions du contrat de construction consiste à répartir ces risques entre l'entrepreneur et l'acquéreur. Pour ce faire, on utilise diverses clauses en vertu desquelles une partie assume un risque donné ou en vertu desquelles le risque est partagé entre les deux parties, par exemple des clauses relatives aux transferts des risques (voir chap. XIV, "Transfert des risques"), aux exonérations (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération") et à l'imprévision (voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat"). Les risques qui ne sont pas répartis par le contrat incombent à l'une ou l'autre des parties conformément à la loi. Une partie peut souhaiter transférer en totalité ou en partie à des tiers, tels les assureurs, certains des risques qui lui incombent.

2. Il est généralement souhaitable que le contrat de construction contienne des dispositions relatives à l'assurance couvrant certains risques. On peut envisager des cas dans lesquels l'acquéreur souhaite que l'entrepreneur soit tenu de souscrire une assurance couvrant certains risques incombant à ce dernier. Ce peut être le cas de risques qui, s'ils se concrétisaient, auraient des incidences pécuniaires allant au-delà de ce que peut assumer l'entrepreneur et de nature à compromettre ou à empêcher l'exécution du contrat par l'entrepreneur ou de nature à porter préjudice d'une autre manière à l'acquéreur, au cas où l'entrepreneur ne les prendrait pas en charge. Pour des raisons similaires, les établissements prêteurs finançant la construction d'une installation exigent

souvent qu'une assurance couvre certains risques incombant à l'entrepreneur. Dans certains cas, les parties peuvent convenir que l'entrepreneur souscrira et paiera une assurance couvrant certains risques incombant à l'acquéreur (voir, par exemple, plus loin, par. 21). Dans certains cas exceptionnels, l'acquéreur pourra s'obliger contractuellement à souscrire et à payer une assurance couvrant certains des risques de l'entrepreneur (voir plus loin, par. 6 et 14).

3. On notera que le contrat ne doit, d'une manière générale, traiter que des types d'assurance auxquels il est souhaitable qu'une partie soit expressément tenue de souscrire; la plupart du temps, il n'est pas nécessaire qu'il traite des autres types d'assurance auxquels une partie devrait souscrire par prudence ou qui sont requis par la loi. Le présent chapitre ne porte que sur les types d'assurance dont les parties peuvent souhaiter qu'ils soient expressément requis dans le contrat de construction.

4. L'assurance des projets de construction d'installations industrielles est un domaine hautement spécialisé. Il existe toute une gamme d'assurances couvrant divers risques, la plupart d'entre elles étant sujettes à de multiples et complexes exclusions et restrictions. Lorsque le plan général d'assurance d'un projet se compose de plusieurs polices couvrant différents risques — certaines polices souscrites par l'entrepreneur et d'autres par l'acquéreur — toutes ces polices doivent être coordonnées pour que la couverture totale soit bien assurée et pour éviter les "trous" et les chevauchements de garantie. Aussi les parties ont-elles intérêt à solliciter l'avis de spécialistes de l'assurance des projets internationaux de construction d'installations industrielles. L'acquéreur, en particulier, voudra peut-être disposer d'une analyse en profondeur des risques auxquels il s'expose en s'engageant dans un projet et être conseillé sur la couverture de ces risques. Il aurait intérêt à le faire même au stade précontractuel car des conseils en matière de gestion du risque et d'assurance seront utiles à la rédaction des dispositions sur la répartition du risque et sur l'assurance du projet de contrat qui sera présenté aux entrepreneurs éventuels. Les organismes internationaux de prêt exigent parfois des acquéreurs qu'ils sollicitent l'avis de spécialistes de la gestion du risque dans le cas des projets qu'ils financent.

5. Les contrats de construction peuvent contenir des dispositions relatives aux types d'assurance suivants :

a) *Assurance sur les biens*, contre la perte ou l'endommagement de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée, des structures temporaires et des structures auxiliaires à l'installation, des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation et des engins et outils utilisés par l'entrepreneur pour la construction (y compris les engins et outils de location). Cette assurance couvre les biens appartenant à l'assuré ou ceux dans lesquels il a un intérêt assurable (par exemple, les biens pour lesquels il assume le risque de perte ou de dommage);

b) *Assurance responsabilité*, couvrant la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte, dommages ou préjudice corporel liés à l'exécution par lui du contrat, ainsi que sa responsabilité en ce qui concerne les indemnités qu'il peut être tenu de verser aux termes du contrat.

6. La question de savoir s'il est bon que tel ou tel type d'assurance soit souscrit par l'entrepreneur ou par l'acquéreur dépend d'un certain nombre de facteurs dont beaucoup sont examinés dans le présent chapitre. Dans nombre de cas, il peut être souhaitable que l'assurance soit souscrite par la partie à qui

incombe le risque couvert par l'assurance. Dans certains cas, toutefois, il peut être préférable qu'une partie souscrive et paie l'assurance couvrant des risques incombant à l'autre partie. Cela peut être le cas, par exemple, si la partie à qui le risque n'incombe pas a la possibilité de souscrire une assurance à de meilleures conditions que l'autre partie, ou si l'assurance en question doit être coordonnée avec une autre assurance (voir plus loin, par. 13). Aussi l'acquéreur souhaitera-t-il peut-être se pencher sur la question de savoir s'il serait préférable qu'il souscrive certains types d'assurance couvrant ses risques propres ou ceux de l'entrepreneur plutôt que d'exiger de l'entrepreneur qu'il le fasse. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'assurance requise par le contrat doit être souscrite auprès d'un assureur agréé par les deux parties au contrat de construction (voir toutefois plus loin, par. 15).

7. Il est bon que le contrat stipule que le fait qu'une partie a souscrit une assurance couvrant certains risques ne doit pas constituer une limitation ou une décharge des responsabilités qui incombent à ladite partie pour ces risques en vertu du contrat, même si le contrat l'oblige à s'assurer contre ces risques.

8. Il est souhaitable que les dispositions contractuelles relatives à l'assurance précisent les risques devant être couverts, la partie tenue de souscrire l'assurance, les parties et autres entités devant être désignées comme assurées, le montant minimum de l'assurance, la franchise, le cas échéant, applicable à chaque risque (c'est-à-dire le montant de la perte pécuniaire à la charge de l'assuré, l'assurance ne l'indemnisant que dans la mesure où la perte est supérieure à ce montant) et la période de couverture. Du fait du caractère complexe et souvent unique des projets de construction d'installations industrielles, la couverture devra généralement être faite sur mesure afin de correspondre aux conditions propres à chaque projet.

9. Les parties doivent avoir présent à l'esprit que le type ou le montant de l'assurance est fonction de l'offre sur le marché de l'assurance. Telle couverture qu'une partie pourra juger souhaitable risque d'être impossible à obtenir. Telle autre ne pourra l'être qu'à un coût ne se justifiant pas dans un projet donné. Aussi, lors de la rédaction des dispositions relatives aux assurances, les parties devraient-elles rechercher s'il est possible d'obtenir l'assurance envisagée à un prix raisonnable. On notera qu'en raison de l'évolution du marché, certains types d'assurance examinés dans le présent chapitre risquent de ne plus être offerts à l'avenir.

10. Le montant de l'assurance requise par le contrat et les risques couverts ne devraient pas dépasser ce qui est nécessaire ou prudent eu égard aux données du projet. Les acquéreurs devraient être conscients du fait que même si c'est l'entrepreneur qui souscrit l'assurance, le coût de cette assurance est généralement en dernière analyse à la charge de l'acquéreur. En exigeant une assurance excessive, l'acquéreur augmente inutilement le prix qu'il doit payer. En outre, dans un contrat au forfait, le fait d'imposer une assurance trop coûteuse à un entrepreneur risque d'inciter celui-ci à réduire d'autres dépenses afin que son offre ou sa marge bénéficiaire restent intéressantes, ce qui risque d'avoir des conséquences néfastes sur la qualité de l'installation fournie à l'acquéreur.

11. Les parties voudront peut-être prévoir dans le contrat des mécanismes d'ajustement des montants de l'assurance requise afin de tenir compte de l'inflation. L'ajustement pourrait se faire automatiquement, selon le mouvement d'un indice approprié, ou bien le contrat pourrait prévoir une révision des

montants assurés à la demande de l'une ou l'autre des parties. Le contrat pourrait aussi indiquer quelle partie devra prendre à sa charge les augmentations du coût de l'assurance résultant de relèvements des montants assurés et ce pourrait être la partie tenue de souscrire l'assurance. Dans la mesure où la loi le permet (voir plus loin, par. 15), les parties voudront peut-être exiger que les sommes dues au titre de l'assurance soient payées en devises librement convertibles.

12. L'acquéreur voudra peut-être aussi se pencher sur la question du montant des franchises (voir plus haut, par. 8) auxquelles les diverses catégories d'assurance requises par le contrat seront assujetties. Dans la plupart des cas, l'assureur exigera une franchise minime, mais une franchise plus élevée peut être requise dans le contrat de construction. Une franchise plus élevée pourrait diminuer le coût de l'assurance; toutefois, si le risque assuré se concrétise, la perte jusqu'à concurrence du montant de la franchise sera à la charge de la partie qui assume le risque; si c'est l'entrepreneur, il peut être tenté de réévaluer son prix afin de tenir compte de cette éventualité.

13. Il faut veiller à ce que le plan d'assurance pour l'installation pendant la construction et après achèvement soit coordonné dans toute la mesure possible. Si l'on souscrit un grand nombre de polices séparées, couvrant des risques différents et protégeant des parties différentes, fournies par des assureurs différents, peut-être dans des pays différents, on s'expose à des chevauchements et à des trous de garantie. Il est souvent souhaitable de ne souscrire qu'une seule police couvrant autant de risques et de parties que possible. S'il est nécessaire de contracter des polices différentes, il sera peut-être bon de le faire auprès du même assureur (voir plus loin, par. 25 et 37).

14. Il existe une forme relativement nouvelle d'assurance dans laquelle une police unique souscrite par l'acquéreur fournit une couverture complète pour toute une gamme de risques. Cette assurance, parfois appelée "police globale construction" peut présenter certains avantages par rapport à la solution habituelle qui consiste à avoir plusieurs polices séparées couvrant des risques différents et souscrites par plusieurs entrepreneurs, sous-traitants, fournisseurs, ingénieurs et autres participants au projet. Par exemple, dans certains cas, une telle police peut être moins coûteuse que des polices séparées et permet une couverture coordonnée, évitant les chevauchements et trous de garantie qui risquent de se produire avec des polices séparées. Toutefois, on notera qu'au moment où le *Guide* a été rédigé, cette forme d'assurance faisait l'objet de controverses; aussi est-il conseillé à l'acquéreur de consulter un spécialiste de la gestion du risque ou de l'assurance pour savoir si ce type de couverture convient à ses besoins. Si l'acquéreur décide de souscrire une assurance globale construction, il doit veiller à ne pas prendre à sa charge directement ou indirectement le coût des assurances souscrites par les entrepreneurs, les sous-traitants et les autres participants à la construction pour des risques qui sont aussi couverts par l'assurance globale construction.

15. Les parties devraient être au fait des éventuelles règles juridiques impératives concernant les assurances dans le cas de la construction d'installations industrielles. Par exemple, dans de nombreux systèmes juridiques, l'assuré doit avoir un intérêt légal sur le bien assuré, ou supporter le risque faisant l'objet de l'assurance. En outre, dans certains pays, la loi exige que l'assurance couvrant les pertes, dommages ou préjudices corporels se produisant dans le cadre de la construction de l'installation soit souscrite auprès d'un assureur du

pays. Cela pourrait avoir une incidence sur l'étendue de la garantie offerte sur le marché local et rendre nécessaire une assurance couvrant les risques qui ne peuvent pas être assurés localement. En outre, le contrôle des changes peut imposer aux assureurs locaux de régler les sinistres en monnaie locale. Les parties voudront peut-être tenir compte de cet état de choses, en particulier en ce qui concerne l'assurance couvrant les équipements ou les matériaux à incorporer dans l'installation qui ne peuvent être remplacés que par un fournisseur extérieur au pays.

B. Assurance sur les biens

16. Sauf dans une mesure limitée, l'assurance sur les biens (voir plus loin, par. 5) n'indemnise pas les frais de réparation ou de remplacement des équipements ou des matériaux défectueux fournis par l'entrepreneur, ou des parties de l'installation mal construites par lui. En outre, l'assurance ne couvre en général pas la perte ou l'endommagement de l'installation résultant d'une conception ou d'une construction défectueuse. En revanche, l'assurance sur les biens est généralement applicable aux cas où la conception ou la construction défectueuse d'une partie quelconque de l'installation entraîne la perte ou l'endommagement d'autres parties de l'installation. La perte ou l'endommagement résultant d'une conception défectueuse peut être couverte par l'assurance responsabilité civile professionnelle (voir plus loin, par. 30). On notera cependant que cette assurance ne couvre en général que les pertes ou dommages dus à une conception fautive. Aussi la perte ou le dommage résultant de défauts de conception non imputables à une faute ne seront-ils pas le plus souvent couverts par l'assurance sur les biens ou par l'assurance responsabilité civile professionnelle. Toutefois, pour les équipements manufacturés à incorporer dans l'installation, il est possible de souscrire une assurance couvrant les matériaux défectueux, la malfaçon et la conception défectueuse, que les vices soient ou non imputables à une faute du constructeur.

1. *Assurance de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée, des structures temporaires et des structures annexes à l'installation*

17. Il est bon que le contrat exige une assurance contre la perte ou l'endommagement de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée et des structures temporaires et des structures auxiliaires à l'installation jusqu'à la réception de celles-ci par l'acquéreur. Après réception, l'installation devrait normalement être couverte par une assurance souscrite par l'acquéreur; toutefois, il n'est pas indispensable que le contrat en dispose ainsi. Les parties voudront peut-être rechercher si le contrat doit aussi exiger une assurance pendant la période de garantie afin de couvrir toute construction additionnelle non incluse dans l'installation acceptée par l'acquéreur, ainsi que toutes structures temporaires et structures auxiliaires à l'installation existant ou demeurant pendant cette période.

18. Dans un contrat clefs en main comme dans les autres types de contrats dans lesquels l'entrepreneur prend à sa charge le risque de perte ou d'endommagement de toute l'installation pendant la construction et de

l'installation achevée avant la prise en charge ou la réception, il peut être bon que le contrat oblige l'entrepreneur à souscrire une assurance couvrant toute l'installation et à la maintenir en vigueur (voir toutefois plus haut, par. 6). Si elles adoptent une formule où plusieurs entrepreneurs participent à la construction de l'installation (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25) et où aucun entrepreneur n'assume à lui seul le risque de perte ou d'endommagement de toute l'installation, les parties se poseront peut-être la question de savoir s'il est souhaitable que chaque entrepreneur souscrive une assurance couvrant la partie de l'installation et des structures construites par lui. Cette solution peut entraîner des chevauchements de garantie et des coûts inutiles et présenter des problèmes en cas de sinistre mettant en jeu deux entrepreneurs ou plus. Dans de tels cas, l'acquéreur devrait plutôt souscrire une assurance pour les risques de perte ou d'endommagement de l'installation tout entière et des structures temporaires et des structures auxiliaires à l'installation. Toutefois, lorsqu'un entrepreneur a des relations bien établies avec un assureur donné et que son bilan en matière de sinistres est positif, il est mieux armé que l'acquéreur pour obtenir des conditions intéressantes. Lorsqu'un entrepreneur doit, en plus de fournir des équipements ou de s'acquitter de tâches de construction, coordonner la construction effectuée par d'autres entrepreneurs, les parties souhaiteront peut-être se demander si cet entrepreneur ne devrait pas être tenu de fournir et de maintenir en vigueur l'assurance pour l'installation tout entière et toutes les structures.

19. *Le contrat devrait indiquer qui doit être désigné comme assuré dans la* police d'assurance. D'une manière générale, il est souhaitable que l'entrepreneur et l'acquéreur soient tous deux désignés, quel que soit celui qui assume le risque de perte des articles assurés. Au cas où les deux parties ne seraient pas désignées, l'assureur qui indemnise la partie désignée pour une perte ou un dommage causé par la partie non désignée pourrait disposer d'un droit de subrogation contre la partie non désignée. Celle-ci pourrait alors juger nécessaire de souscrire sa propre assurance couvrant cette responsabilité, d'où un chevauchement des assurances et des coûts globaux d'assurance plus élevés. En outre, le fait de désigner les deux parties donnerait à chacune d'elles des droits au titre de la police d'assurance, comme par exemple le droit de participer aux procédures judiciaires engagées au titre de la police et de recevoir notification de toute modification des conditions d'assurance.

20. Différentes méthodes peuvent être adoptées pour ce qui est du choix des risques qui, aux termes du contrat, doivent être couverts par l'assurance. On peut, par exemple, stipuler dans le contrat que l'assurance doit couvrir toute perte ou tout dommage quelle qu'en soit la cause. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait qu'une telle assurance sera sans doute difficile à trouver. Certains assureurs proposent une police d'assurance, parfois appelée assurance tous risques, qui garantit contre les pertes ou dommages de toute origine, à l'exception de certaines causes spécifiquement exclues (telles que l'usure normale et les ondes de choc causées par les aéronefs). Les pertes ou dommages attribuables à certaines causes exclues peuvent être couverts par des avenants ou par une police distincte, moyennant des frais supplémentaires. Si le contrat exige une police d'assurance de cette nature, les parties devraient attentivement rechercher si la police exclut des causes de risques contre lesquels il faudrait s'assurer étant donné la nature de l'installation à construire aux termes du contrat. Dans quelques cas, il peut être préférable que le contrat exige une police de cette nature ainsi qu'une assurance complémentaire couvrant les

risques dus à des causes exclues par la police principale, au lieu d'essayer d'énumérer dans le contrat toutes les causes de risques qui doivent être couvertes par l'assurance.

21. Aux termes du contrat, les risques dus à certaines causes (ce qu'on appelle les "risques exclus") peuvent ne pas être à la charge de l'entrepreneur (voir chap. XIV, "Transfert des risques", par. 6). Si le contrat retient une telle méthode, il serait souhaitable, si possible, que l'assurance que l'entrepreneur est tenu de souscrire couvre même les risques dus à de telles causes. (Toutefois, il se peut que certains de ces risques, par exemple les risques de guerre et les risques nucléaires, ne puissent être assurés.) Sinon, l'acquéreur devra contracter une assurance séparée à ce titre, ce qui pourrait être cause de trous de garantie ou de chevauchements et entraîner une augmentation des coûts de l'assurance. En outre, en cas de perte ou de dommage, ce n'est parfois qu'après un conflit prolongé et onéreux que l'on peut déterminer si les pertes ou les dommages sont couverts par l'assurance de l'entrepreneur ou par celle de l'acquéreur.

22. L'assurance de l'installation pendant la construction, de l'installation achevée et des structures temporaires et auxiliaires indemnise normalement en cas de perte ou d'endommagement des biens. Elle ne dédommage en général pas pour d'autres types de pertes — par exemple le manque à gagner ou l'augmentation du coût des emprunts — dus au fait que l'installation n'a pu être achevée à temps en raison des pertes ou dommages subis. Ces pertes peuvent toutefois être couvertes par un avenant ou une police séparée. Si les parties décident que ces pertes doivent être couvertes, il faudrait le spécifier dans le contrat.

23. Il serait souhaitable que le contrat précise que l'assurance sur les biens doit dédommager du coût de la réparation ou du remplacement des parties perdues ou endommagées de l'installation. Il devrait également stipuler que l'assurance doit dédommager des coûts liés à la réparation ou au remplacement, tels que les honoraires d'architecte, de géomètre, d'avocat et d'ingénieur, ainsi que des coûts du démontage et de l'enlèvement des parties endommagées. Le montant de l'assurance requise devrait être suffisant pour couvrir tous les différents types de dédommagement envisagés par l'assurance (voir plus haut, par. 9 à 12). On pourra tenir compte dans le contrat des effets de l'inflation pour déterminer ce montant.

2. *Assurance des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation*

24. Il est souhaitable que le contrat exige une assurance contre la perte ou l'endommagement des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation. Le contrat pourrait stipuler que les équipements et les matériaux seront couverts par une assurance sur marchandises de l'expédition à la livraison sur le chantier. Après livraison, ils pourront être couverts par l'assurance sur les biens examinée dans la sous-section précédente. Afin d'éviter les problèmes résultant de la difficulté qu'il y a à prouver que la perte ou l'endommagement d'un article s'est produit alors qu'il était couvert par l'assurance sur marchandises ou par l'assurance sur les biens, le contrat pourrait exiger que les deux polices contiennent une clause stipulant que, dans les cas où il serait impossible de prouver que la perte ou le dommage s'est produit pendant une période couverte par une police ou par l'autre, chaque assureur paiera 50 % de la perte

ou de dommage. On notera qu'avec l'assurance sur marchandises, la couverture s'étend souvent aux risques de guerre alors qu'ils sont souvent exclus de l'assurance sur les biens examinée dans la sous-section précédente.

25. Inversement, il peut être souhaitable dans certains cas de ne contracter qu'une seule police d'assurance pour couvrir les équipements et les matériaux pendant la période allant de l'expédition à l'incorporation dans l'installation. Si les équipements et les matériaux sont assurés au moyen de polices séparées, portant chacune sur une étape différente (par exemple, le transit, le stockage hors chantier et le stockage sur chantier), il peut apparaître des trous de garantie ou des chevauchements. En outre, la couverture par une police unique éviterait que ne se posent des questions quant au moment où la perte ou le dommage s'est produit. Certaines des polices d'assurance décrites au paragraphe 20 ci-dessus permettent d'assurer les équipements et les matériaux durant toute la période visée. Au cas où il ne serait pas possible d'obtenir une police unique pour toute cette période, le contrat pourrait exiger que les polices séparées, portant sur les différentes étapes, soient souscrites, si possible, auprès du même assureur.

26. Les explications données plus haut, dans les paragraphes 19 à 23, en ce qui concerne les assurés, les risques à couvrir et le montant de l'assurance valent également pour l'assurance des équipements et des matériaux à incorporer dans l'installation.

3. *Assurance des engins et outils utilisés par l'entrepreneur pour la construction*

27. Dans certains cas, l'acquéreur peut avoir intérêt à ce que les engins et outils utilisés par l'entrepreneur pour la construction (y compris les engins et outils de location) soient assurés contre les pertes ou dommages de sorte qu'ils puissent être remplacés ou réparés rapidement et que l'interruption de la construction soit réduite au strict minimum. Cette assurance est généralement souscrite et payée par l'entrepreneur dans le cadre normal de ses activités. L'acquéreur souhaitera peut-être consulter un entrepreneur éventuel afin de déterminer si l'assurance est suffisante. Dans certains projets, il peut être bon que le contrat oblige l'entrepreneur à souscrire et à maintenir en vigueur une assurance, d'un montant approprié à préciser au contrat, contre la perte ou l'endommagement des engins et outils pendant l'expédition vers le chantier, lorsqu'ils sont stockés hors chantier et lorsqu'ils sont sur le chantier, et que le contrat stipule que le coût de l'assurance est à la charge de l'entrepreneur. Une telle couverture pourrait aussi être incluse dans une police globale assurant l'installation (voir plus haut, par. 14). Les parties devraient avoir conscience des difficultés qui pourraient surgir si l'entrepreneur était tenu de souscrire l'assurance auprès d'un assureur du pays où l'installation doit être construite (voir plus haut, par. 15).

C. Assurance responsabilité

28. Il est souhaitable que le contrat oblige l'entrepreneur à s'assurer pour sa responsabilité non contractuelle en cas de perte ou d'endommagement des biens de l'acquéreur ou d'un tiers et pour tout préjudice corporel imputable à

l'exécution par l'entrepreneur, y compris les actes ou omissions de ses employés, sous-traitants et fournisseurs. En outre, l'entrepreneur pourrait être tenu de contracter une assurance couvrant toutes les indemnités à sa charge aux termes du contrat (par exemple, lorsqu'il s'oblige à indemniser l'acquéreur au cas où la responsabilité de ce dernier serait engagée envers des tiers). L'entrepreneur dispose souvent d'une assurance globale couvrant certaines de ces responsabilités dans le cadre normal de ses activités. Il n'est donc pas utile de souscrire une nouvelle assurance qui ferait alors double emploi; l'acquéreur souhaitera plutôt consulter l'entrepreneur pressenti à propos de la couverture existante et exiger de lui dans le contrat qu'il souscrive et maintienne en vigueur une assurance complémentaire couvrant intégralement les risques et les conditions énoncés dans le contrat et dont le montant sera fixé par l'acquéreur.

29. L'assurance responsabilité ne couvre en général pas la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard de l'acquéreur pour l'exécution défectueuse par l'entrepreneur de ses obligations contractuelles. Toutefois, certaines polices d'assurance responsabilité peuvent couvrir la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte ou d'endommagement de parties de l'installation ne faisant pas l'objet de travaux qui résultent d'actes ou d'omissions de l'entrepreneur durant la construction. En outre, le contrat peut exiger de l'entrepreneur qu'il souscrive une assurance responsabilité couvrant le risque de perte ou d'endommagement d'autres biens de l'acquéreur ou de biens d'un tiers ou de préjudice corporel imputables à un vice de l'installation construite par lui. Si l'assurance responsabilité couvre en général de tels risques, l'entrepreneur devra peut-être contracter une police distincte couvrant sa responsabilité civile produits.

30. Si l'entrepreneur doit fournir la conception ou des services spécialisés similaires, il serait souhaitable que le contrat l'oblige à souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle. Il s'agit d'une assurance responsabilité du fournisseur de tels services spécialisés qui couvre les pertes ou dommages occasionnés à l'acheteur ou à des tiers ou à leurs biens du fait de fautes dans la fourniture de tels services. Cependant, l'entrepreneur qui à la fois conçoit et construit l'installation pourrait avoir des difficultés à souscrire ce type d'assurance.

31. Il est parfois souhaitable de souscrire une assurance responsabilité distincte pour les risques de perte ou d'endommagement de biens ainsi que de préjudice corporel imputables à l'utilisation de véhicules à moteur appartenant à l'entrepreneur et à ses sous-traitants ou utilisés par eux. Il peut être bon que le contrat exige expressément une telle assurance, d'ailleurs obligatoire dans de nombreux pays. Cela vaut aussi pour la responsabilité liée à l'utilisation d'aéronefs et de bateaux si l'on a recours à ces moyens de transport dans la construction de l'installation.

32. Nombre de systèmes juridiques comportent des dispositions réglementaires relatives à la réparation du préjudice corporel subi par un ouvrier sur le chantier et par d'autres employés des parties et des sous-traitants. Certaines de ces dispositions stipulent que les employeurs doivent souscrire une assurance permettant d'indemniser les employés en cas de préjudice corporel lié au travail. Dans d'autres systèmes juridiques, les employés ne peuvent disposer que des recours prévus par les principes généraux du droit en matière de préjudice corporel et de dommages-intérêts. Il serait souhaitable que le contrat oblige l'entrepreneur à souscrire l'assurance requise par la législation de l'Etat où l'installation doit être construite et les autres réglementations applicables.

Au cas où l'assurance ne serait pas requise par la loi, l'acquéreur souhaitera peut-être que le contrat oblige l'entrepreneur à contracter une assurance responsabilité pour tout préjudice corporel subi par ses employés et ceux de ses sous-traitants, en particulier en ce qui concerne les employés du pays où l'installation doit être construite. En outre, si, aux termes de la législation applicable, l'assurance visant à indemniser les employés en cas de préjudice corporel doit s'élever à un montant donné, mais qu'un employé peut obtenir une indemnisation supérieure à ce montant, il faudrait, outre l'assurance requise par la loi, souscrire une assurance pour ce risque supplémentaire.

33. Au lieu des dispositions réglementaires mentionnées ci-dessus, certains pays ont un régime national de sécurité sociale dans le cadre duquel les employés ayant subi un préjudice corporel peuvent être indemnisés par l'Etat. Néanmoins, l'entrepreneur ou le sous-traitant responsable du préjudice corporel peut être responsable en totalité ou en partie du dommage résultant du préjudice corporel, et les parties souhaiteront peut-être veiller à ce que cette responsabilité soit couverte par une assurance.

34. Dans certains systèmes juridiques, l'employé d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant ayant subi un préjudice corporel peut obtenir une indemnisation de l'acquéreur. Aussi le contrat pourrait-il obliger l'entrepreneur à désigner l'acquéreur et lui-même en tant qu'assurés de l'assurance décrite dans les paragraphes qui précèdent (voir aussi plus loin, par. 37).

35. Les employés d'un entrepreneur ou d'un sous-traitant d'un pays autre que celui où l'installation doit être construite peuvent avoir des droits en application d'un mécanisme d'indemnisation des employés ou du régime de sécurité sociale de leur pays. Les parties souhaiteront peut-être s'assurer que les responsabilités de l'entrepreneur, du sous-traitant et de l'acquéreur envers leurs employés sont elles aussi couvertes par une assurance.

36. Il se peut que le contrat exige de l'entrepreneur qu'il contracte l'assurance examinée dans la présente sous-section avant le moment où lui-même ou tout sous-traitant commence la construction sur le chantier. L'assurance ainsi requise pourrait couvrir la perte, le dommage ou le préjudice corporel se produisant durant la phase de construction et la période de garantie. Le maintien en vigueur de l'assurance responsabilité pour les risques susceptibles d'intervenir après ces périodes (par exemple, responsabilité pour perte ou endommagement des biens ou pour préjudice corporel imputables à des équipements ou des matériaux défectueux ou à une construction défectueuse) pourrait être requis jusqu'à l'expiration du délai légal de prescription applicable. Dans quelques pays, la loi rend l'entrepreneur responsable des vices de structure pendant les 10 premières années de fonctionnement de l'installation et oblige à souscrire une assurance contre ces risques.

37. Etant donné qu'un seul incident entraînant pour un tiers un préjudice matériel, des dommages ou un préjudice corporel peut faire l'objet d'une action contre plusieurs participants à la construction ou la totalité d'entre eux (par exemple, l'acquéreur, l'entrepreneur et les sous-traitants), il est en général prudent que chacun de ces participants contracte une assurance responsabilité pour ce préjudice matériel, ces dommages ou ce préjudice corporel. Le mieux à cette fin est que tous les participants soient désignés comme assurés dans une seule police d'assurance, si possible. S'ils sont assurés par des polices différentes et si le préjudice matériel, les dommages ou le préjudice corporel subis par un

tiers peuvent avoir été causés par plus d'un participant, les divers participants et leur compagnie d'assurance risquent d'être entraînés dans une procédure longue et coûteuse visant à déterminer quel participant doit en dernière analyse supporter le préjudice et dans quelle mesure les participants doivent contribuer à l'indemnisation du requérant. S'il se révèle impossible d'assurer tous les participants au moyen d'une seule et même police, il serait bon que toutes les polices couvrant les divers participants soient souscrites auprès du même assureur. Cependant, cela peut aussi se révéler difficile dans la pratique, en particulier lorsqu'il y a plusieurs entrepreneurs et sous-traitants de pays différents, ayant chacun leur assureur.

D. Preuve de l'assurance

38. Afin que l'acquéreur puisse constater que l'entrepreneur s'est acquitté de son obligation de souscrire une assurance et de la maintenir en vigueur, il serait bon que le contrat oblige l'entrepreneur à fournir à l'acquéreur, dans un délai déterminé, sur demande de l'acquéreur, des duplicata des polices d'assurance ou des certificats d'assurance indiquant toutes les conditions pertinentes des polices, ainsi que des quittances de paiement des primes. En outre, le contrat pourrait exiger de l'entrepreneur qu'il donne instruction à son assureur de communiquer directement à l'acquéreur la preuve de l'assurance et de lui notifier tout retard dans le versement de la prime. De la même manière, le contrat pourrait exiger de l'acquéreur qu'il fournisse à l'entrepreneur la preuve de l'assurance qui doit être souscrite par lui. Si les deux parties sont désignées en tant qu'assurés dans la police d'assurance, chaque partie jouira *ipso facto* de ces droits dans la plupart des cas.

E. Défaut de souscription de l'assurance par les parties

39. Les parties souhaiteront peut-être se pencher sur les mesures à prendre au cas où l'entrepreneur ne souscrirait pas ou ne maintiendrait pas en vigueur l'assurance qu'il est tenu de contracter. L'une des solutions susceptibles d'être envisagées consisterait à stipuler dans le contrat que l'acquéreur peut notifier à l'entrepreneur l'obligation qu'a ce dernier de contracter ou de maintenir en vigueur l'assurance, et que si l'entrepreneur ne s'exécutait pas dans un délai déterminé, l'acquéreur pourrait alors souscrire lui-même l'assurance. Si l'acquéreur souscrit lui-même l'assurance, il serait bon qu'il soit tenu d'en notifier l'entrepreneur de sorte que ce dernier ne contracte pas une autre assurance, qui ferait alors double emploi. Dans un contrat au forfait, l'acquéreur devrait pouvoir déduire les montants raisonnables qu'il aura ainsi payés des sommes dues à l'entrepreneur ou bien en obtenir le remboursement auprès de l'entrepreneur. Dans un contrat en régie, l'acquéreur devrait pouvoir déduire des sommes dues à l'entrepreneur ou récupérer auprès de l'entrepreneur l'excédent qu'il aura dû payer par rapport à ce qu'aurait coûté l'assurance si l'entrepreneur s'était acquitté de son obligation en la matière.

40. Dans les cas exceptionnels où l'acquéreur n'est pas en mesure de souscrire lui-même l'assurance, on pourrait aussi permettre à l'acquéreur de résilier le contrat si l'entrepreneur n'a pas souscrit ou maintenu en vigueur l'assurance dans un délai donné à compter du moment où il en a été requis par l'acquéreur.

En outre, le contrat pourrait stipuler que l'entrepreneur est responsable envers l'acquéreur pour tout préjudice subi par ce dernier du fait de cette défaillance de l'entrepreneur. En ce qui concerne l'assurance responsabilité, les parties souhaiteront peut-être stipuler dans le contrat que si l'entrepreneur ne souscrit pas une telle assurance ou ne la maintient pas en vigueur, l'acquéreur peut suspendre tous les paiements dus à l'entrepreneur en exécution du contrat jusqu'à ce que l'entrepreneur souscrive dûment ladite assurance ou la maintienne dûment en vigueur.

41. Lorsque le contrat oblige l'acquéreur à souscrire une assurance et à la maintenir en vigueur et que l'acquéreur ne s'acquitte pas de cette obligation, le contrat peut autoriser l'entrepreneur à adresser à l'acquéreur une notification le mettant en demeure de souscrire une assurance ou de la maintenir en vigueur et, si l'acquéreur n'obtempère pas dans un délai donné, autoriser l'entrepreneur à souscrire l'assurance lui-même. Si l'entrepreneur souscrit l'assurance lui-même, il serait souhaitable de l'obliger à en aviser l'acquéreur, de sorte que l'acquéreur ne contracte pas une autre assurance, qui ferait alors double emploi. Le contrat pourrait permettre à l'entrepreneur de réclamer à l'acquéreur le remboursement des dépenses raisonnables qu'il a faites pour souscrire l'assurance.

Chapitre XVII. Garantie de bonne exécution

RÉSUMÉ

Chacune des parties à un contrat de construction peut chercher à se garantir contre la défaillance du cocontractant. Pour l'acquéreur, cela peut prendre la forme d'une garantie et pour l'entrepreneur celle d'une garantie ou d'une lettre de crédit irrévocable à son ordre (par. 1). Les sûretés réelles ne sont pas une forme de garantie d'exécution très répandue dans les contrats de construction (par. 2).

Il est souhaitable que le contrat de construction énonce les types de sûreté que devra fournir chaque partie et les conséquences d'une défaillance en la matière (par. 4). La loi applicable aux sûretés peut contenir des dispositions impératives en régissant certains aspects (par exemple, forme et durée de validité) (par. 6).

La garantie de bonne exécution par l'entrepreneur peut stipuler qu'en cas de défaut d'exécution précis imputable à ce dernier, un tiers en répondra dans les conditions prévues dans la garantie (par. 7). Les garanties de ce type ont pour objectifs d'assurer qu'un entrepreneur qui a soumis une offre ne la retirera pas avant la date d'adjudication prévue dans l'appel d'offres (garanties de soumission, par. 9), de garantir la bonne exécution conformément au contrat (garanties de bonne exécution, par. 9 à 12) et de garantir que l'avance versée à l'entrepreneur par l'acquéreur sera remboursée à ce dernier (garanties de remboursement, par. 9 et 13). Les garanties de bonne exécution peuvent prendre la forme de garanties financières de bonne exécution ou de cautionnement de bonne fin (par. 11).

L'acquéreur souhaitera peut-être étudier la possibilité de spécifier dans l'appel d'offres le nom des garants qu'il serait disposé à accepter. Il souhaitera peut-être aussi se demander s'il convient de préciser que les garants devront être des organismes de son pays. Ces deux options ont leurs avantages et leurs inconvénients (par. 14 à 16).

La demande formulée en vertu de la garantie peut, selon les conditions de la garantie, être indépendante ou accessoire (par. 17 à 19). Les garanties indépendantes et les garanties accessoires ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients (par. 20 à 23). Les parties souhaiteront peut-être stipuler que lorsqu'une garantie financière de bonne exécution doit être fournie, elle ne sera ni totalement une garantie accessoire, ni une garantie à première demande pure (par. 24).

La garantie peut être fournie au moment où le contrat est conclu ou dans un délai déterminé après sa conclusion (par. 25). L'étendue de la responsabilité couverte par la garantie se limite généralement à un montant déterminé (par. 26 à 28).

Les parties souhaiteront peut-être étudier les effets qu'aurait sur les obligations du garant une modification de l'étendue des obligations nées du contrat de construction ou les effets de la résiliation du contrat, et

traiter la question comme il convient (par. 30 à 34). Elles souhaiteront peut-être aussi se pencher sur la question de la durée possible de la garantie et des difficultés qui pourraient surgir au cas où la garantie aurait une date d'expiration fixe (par. 35 à 39).

Afin de s'assurer que le prix sera bien payé, on pourrait exiger de l'acquéreur qu'il apporte une garantie (par. 40). Ou bien l'acquéreur pourrait être tenu de faire émettre par une banque une lettre de crédit à l'ordre de l'entrepreneur, la banque s'engageant à la payer à concurrence d'un montant donné dans un délai déterminé sur présentation par l'acquéreur de pièces stipulées dans le contrat (par. 41). L'entrepreneur souhaitera peut-être fixer dans le contrat quelle est la banque qui émettra la lettre de crédit (par. 42). Il importe que les conditions de paiement de la lettre de crédit et celles du contrat de construction soient harmonisées (par. 43). Il est souhaitable que les parties conviennent des documents sur présentation desquels la banque devra effectuer le paiement (par. 44). Il est également souhaitable que les parties se penchent sur la durée de validité de la lettre de crédit (par. 45).

A. Remarques générales

1. Lorsqu'une partie à un contrat de construction ne s'acquitte pas de ses obligations contractuelles, elle peut causer un préjudice considérable à l'autre partie. En vertu du contrat de construction, la partie lésée dispose de recours contractuels contre la partie qui n'a pas exécuté le contrat, mais elle peut aussi souhaiter se constituer une sûreté qu'elle pourra utiliser en lieu et place ou en plus de ses recours contractuels. Cette sûreté peut revêtir différentes formes. Pour l'acquéreur, cela pourra être une garantie (voir plus loin, par. 7 et 9) et pour l'entrepreneur, une garantie ou une lettre de crédit irrévocable établie à son ordre pour le paiement du prix (voir plus loin, par. 39 et 40).

2. Les sûretés réelles établies sur les biens d'une partie au bénéfice de l'autre partie peuvent aussi constituer une forme de garantie de bonne exécution. Ces sûretés peuvent être créées indépendamment de l'accord des parties en vertu de l'application de la loi (par exemple, l'entrepreneur qui fournit la main-d'œuvre et les matériaux pour la construction peut, dans certains systèmes juridiques, avoir une sûreté réelle sur l'installation construite en gage des paiements qui lui sont dus). Elles peuvent aussi être créées par convention des parties (par exemple, une sûreté réelle sur le matériel de construction de l'entrepreneur peut être créée au bénéfice de l'acquéreur afin de garantir l'exécution par l'entrepreneur). Toutefois, les sûretés réelles ne sont pas une forme de garantie d'exécution très répandue dans les contrats de construction.

3. On notera qu'une partie peut se prémunir contre la défaillance de son cocontractant par des moyens autres que les sûretés. L'acquéreur peut, par exemple, se prémunir contre une défaillance de l'entrepreneur en formulant de la manière qui convient les conditions de paiement (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 75 et 76), tandis que l'entrepreneur peut, par exemple, se prémunir contre le non-paiement par l'acquéreur grâce à une clause de suspension l'autorisant à suspendre la construction le cas échéant (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 5 à 7).

4. Il est souhaitable que l'appel d'offres (le cas échéant) et le contrat de construction énoncent les formes de sûreté que chacune des parties devra fournir et définissent les effets de tout manquement en la matière. La

constitution d'une sûreté étant source de frais pour la partie qui la fournit, les parties souhaiteront peut-être déterminer le degré de protection qu'elles peuvent raisonnablement exiger afin d'éviter une protection superflue. Elles auront en outre intérêt à comparer le coût des différentes formes de sûreté afin de s'assurer la protection nécessaire au meilleur coût.

5. Le contrat de construction peut obliger une partie à prendre des dispositions pour qu'une sûreté soit fournie par des tiers et aussi fixer le type de sûreté qui devra être fournie (voir plus loin, sect. B et C). Cependant, les arrangements pris par la partie en question avec le tiers en vue de fournir la sûreté requise par le contrat de construction créera entre eux une relation contractuelle qui sera indépendante du contrat de construction. Une fois la sécurité fournie, un troisième rapport juridique naîtra entre le tiers et la partie au contrat de construction en faveur de laquelle la sûreté aura été constituée.

6. La loi applicable aux sûretés, qui n'est pas nécessairement celle qui s'applique au contrat, peut contenir des dispositions impératives régissant certains aspects de la sûreté, tels que sa forme et la durée de sa validité. Lorsqu'il s'agit d'une sûreté personnelle, la loi applicable peut contenir des dispositions impératives relatives notamment à la personne qui fournit la garantie (stipulant, par exemple, que le garant ne peut être qu'un organisme financier du pays de l'acquéreur ou que la garantie ne peut être donnée que par un organisme financier habilité à émettre des garanties faisant intervenir un paiement en devises), ou relatives aux droits créés par la rétention par l'acquéreur du document attestant la sûreté après sa date d'expiration. La loi peut également régir le rapport entre la sûreté et le contrat de construction. Les parties devraient donc en tenir compte lorsqu'elles déterminent le type de sûreté à fournir et les conditions contractuelles la régissant. En outre, il peut être nécessaire de tenir compte de la loi du pays de la personne fournissant la sûreté où peuvent figurer des dispositions impératives en régissant la constitution ou imposant des plafonds aux montants pouvant être garantis.

B. Garantie d'exécution par l'entrepreneur : sûretés ou garanties personnelles

7. Les garanties du type de celles qui sont traitées dans le présent chapitre prévoient que si l'entrepreneur manque de façon précise à son obligation d'exécution, un tiers (le garant) en répondra dans les conditions fixées par la garantie. Le mot "garantie" n'est pas le seul qui soit employé pour décrire ce type de convention et il est souvent remplacé par "cautionnement", "engagement de caution" ou "cautionnement à titre de compensation". Dans certains pays, il est interdit aux banques d'émettre des garanties. Elles peuvent néanmoins ouvrir des lettres de crédit "stand-by" qui jouent le même rôle qu'une garantie. Dans un contrat de construction, une lettre de crédit "stand-by" peut être émise par une banque sur instructions de l'entrepreneur à l'ordre de l'acquéreur (le bénéficiaire) afin de protéger l'acquéreur en cas de défaillance de l'entrepreneur. L'acquéreur est habilité à demander à la banque le paiement d'une certaine somme dans les circonstances spécifiées dans la lettre de crédit "stand-by" (par exemple, sur présentation de documents stipulés par le contrat). L'examen des garanties de bonne exécution fournies par l'entrepreneur qui figure dans la section B s'applique donc aussi aux lettres de crédit "stand-by"[1].

8. Il faut distinguer entre les garanties qui sont traitées dans le présent chapitre et la garantie de qualité. Il s'agit pour cette dernière d'un engagement contractuel d'une des parties assurant la qualité de l'exécution du contrat, garantissant, par exemple, que les équipements ou les matériaux qui devront être fournis par elle seront d'une qualité déterminée. Ce type de garantie est traité au chapitre V, "Description de l'installation et garantie de qualité", paragraphes 26 à 31.

9. Les garanties en tant que sûretés constituées au bénéfice de l'acquéreur sont fréquemment employées aux fins suivantes :

a) Assurer qu'un entrepreneur qui a soumis une offre ne la retirera pas avant la date d'adjudication prévue dans l'appel d'offres et garantir, si le marché lui est adjugé, qu'il conclura le contrat et fournira toute garantie de bonne exécution (voir plus loin) spécifiée dans l'appel d'offres. Ces garanties, dites garanties de soumission, sont traitées au chapitre III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", paragraphes 28 à 30;

b) Protéger l'acquéreur contre un préjudice éventuel au cas où l'entrepreneur qui a conclu le contrat n'en respecterait pas les conditions. Ces garanties sont dites garanties de bonne exécution;

c) Garantir le remboursement à l'acquéreur de l'avance versée à l'entrepreneur au cas où le contrat exigerait une telle avance. On parle alors de garanties de remboursement.

1. *Garantie de bonne exécution : rôle*

10. L'acquéreur qui veut conclure un contrat de construction cherchera un entrepreneur possédant l'assise financière et les moyens techniques et opérationnels nécessaires pour mener à bien l'ouvrage. Or il est fréquent que l'acquéreur ne dispose pas de renseignements complets sur la situation financière de l'entrepreneur étranger pressenti, sur l'importance de ses autres marchés (qui peuvent avoir une incidence sur l'exécution), sur ses références professionnelles ou sur d'autres facteurs influant sur l'aptitude de l'entrepreneur à mener à bien le projet. En outre, des éléments imprévus survenant après la conclusion du contrat peuvent entamer la capacité de l'entrepreneur à l'exécuter. C'est pourquoi les appels d'offres et les contrats de construction obligent parfois l'entrepreneur à fournir des garanties de bonne exécution pour qu'en cas de défaillance de ce dernier, l'acquéreur dispose de recours pour obliger l'entrepreneur à s'acquitter de ses obligations. L'exigence d'une garantie de bonne exécution peut aussi présenter cet avantage supplémentaire qu'elle dissuade les entrepreneurs qui sont peu fiables ou financièrement fragiles de soumissionner. Les organismes de cautionnement font généralement des enquêtes minutieuses sur les entrepreneurs qui sollicitent leur garantie et, généralement, ils ne l'accordent que s'ils ont de bonnes raisons de croire qu'un entrepreneur pourra exécuter son contrat de manière satisfaisante.

11. Les garanties de bonne exécution sont généralement de deux types. Dans celle qui est appelée ci-après "garantie financière de bonne exécution", le garant s'oblige seulement à payer à l'acquéreur une somme à concurrence d'un certain montant pour faire face aux obligations de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution de celui-ci. Les garanties financières de bonne exécution, qui peuvent revêtir la forme d'une lettre de crédit "stand-by", sont souvent fournies

par les banques. Dans l'autre type de garantie, ci-après dénommée "cautionnement de bonne fin", le garant s'engage, à sa discrétion, soit à remédier personnellement au vice de construction imputable à l'entrepreneur, soit à achever lui-même l'ouvrage, soit à recourir à un autre entrepreneur pour le faire et, en outre, à indemniser l'acquéreur des autres préjudices imputables au défaut d'exécution. La valeur de ces engagements est limitée à un montant déterminé. Dans le cautionnement de bonne fin, le garant se réserve aussi souvent la possibilité de s'acquitter de son obligation par le simple versement à l'acquéreur d'une somme d'un montant donné. Cette forme de garantie est généralement offerte par des organismes spécialisés comme les compagnies de cautionnement et d'assurance. L'acquéreur souhaitera peut-être indiquer dans l'appel d'offres lequel des deux types de garantie devra être fourni par l'entrepreneur soumissionnaire. Ou bien, il pourra laisser ce choix à l'entrepreneur soumissionnaire, ce dernier étant susceptible d'avoir des relations d'affaires avec un organisme de cautionnement disposé à lui fournir l'une ou l'autre à un taux avantageux. Du point de vue de l'acquéreur, chacun de ces types de garantie présente des avantages et des inconvénients (voir plus loin, par. 20 à 23). Sur le point de savoir si l'assurance responsabilité est pertinente en la matière, voir le chapitre XVI, "Assurances", paragraphe 29.

12. Dans la plupart des contrats de construction, l'entrepreneur s'engage non seulement à achever la construction, mais aussi à remédier aux vices qui lui sont notifiés par l'acquéreur avant l'expiration de la période de garantie de qualité (voir plus haut, par. 8). L'accomplissement des obligations de l'entrepreneur pendant cette période de garantie peut être assuré soit par la garantie de bonne exécution couvrant l'exécution jusqu'à la réception de l'installation, soit par une garantie de bonne exécution distincte, parfois appelée garantie d'entretien. Les considérations ci-après relatives à la garantie de bonne exécution s'appliquent également à la garantie d'entretien distincte.

2. *Garantie de remboursement : rôle*

13. Pour aider l'entrepreneur à mobiliser le capital qui lui permettra de commencer la construction (notamment pour l'achat de matériel et de matériaux de construction), il est fréquent que l'acquéreur lui verse une avance sur le prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 67). Afin de protéger l'acquéreur en cas de non-remboursement par l'entrepreneur, le contrat peut prévoir que ce dernier devra fournir une garantie financière de bonne exécution pour le remboursement de l'avance versée par l'acquéreur au cas où l'entrepreneur se déroberait à cette obligation.

3. *Choix du garant*

14. L'acquéreur pourra se demander s'il est souhaitable de mentionner dans l'appel d'offres les garants qu'il est disposé à accepter. Il pourra aussi s'interroger sur la nécessité de stipuler que les garants doivent être des organismes de son pays. Indiquer les garants dans le contrat permet de choisir des garants ayant une surface financière suffisante par rapport aux obligations de la garantie et dont la réputation est bonne en matière de règlement des demandes. L'avantage qu'il y a à stipuler que les garants doivent être des

organismes du pays de l'acquéreur est que ce dernier pourra plus facilement s'assurer que les garanties fournies par ces organismes seront bien honorées. Dans certains pays, la loi en vigueur stipule que seules les garanties fournies par des organismes locaux peuvent être acceptées par les acquéreurs.

15. En revanche, le fait pour l'acquéreur de spécifier des garants peut avoir pour inconvénient d'exclure de l'appel d'offres certains entrepreneurs éventuels n'ayant pas accès aux garants souhaités par l'acquéreur, ou d'empêcher d'autres entrepreneurs de s'adresser aux garants avec lesquels ils sont en relations étroites et qui sont disposés à leur consentir des taux avantageux. Le fait pour l'acquéreur de stipuler que les garants doivent être des organismes de son pays présente cet inconvénient que ces organismes risquent de faire payer plus cher les garanties qu'ils fournissent (notamment s'ils doivent obtenir des contre-garanties d'organismes étrangers afin de s'assurer qu'ils disposeront d'une somme suffisante en monnaie convertible pour s'acquitter d'éventuelles obligations de paiement). Ils risquent aussi de ne pas être disposés à fournir certaines formes de garantie, telles que les cautionnements de bonne fin. En outre, un organisme financier réputé d'un pays qui n'est ni celui de l'acquéreur ni celui de l'entrepreneur peut très bien être aussi fiable qu'un organisme du pays de l'acquéreur, à ceci près toutefois que la garantie apportée par un tel organisme risque d'être plus difficile à faire exécuter que celle donnée par l'organisme du pays de l'acquéreur.

16. L'une des solutions possibles consiste à stipuler dans l'appel d'offres et dans le contrat que les entrepreneurs soumissionnaires devront dans un premier temps présenter des garants de leur choix. Si ces garants ne convenaient pas à l'acquéreur, les entrepreneurs seraient priés de présenter dans un délai déterminé d'autres garants convenant à l'acquéreur, ou de prendre des dispositions pour que les garanties soient fournies par des garants confirmés par un organisme financier du pays de l'acquéreur. Toutefois, une garantie nécessitant une confirmation peut coûter plus cher que celle qui ne met en jeu qu'un seul organisme financier.

4. *Nature de l'obligation du garant*

17. Les conditions de la garantie et la loi applicable à la garantie définiront le rapport juridique qui s'instaurera entre l'acquéreur et le garant et détermineront dans quelles circonstances une demande en garantie pourra aboutir. Selon ces conditions, la garantie sera soit indépendante du contrat de construction, soit accessoire. Dans une garantie indépendante (souvent dite garantie payable sur première demande), le garant est tenu d'effectuer le paiement à la demande de l'acquéreur et ce dernier est habilité à faire jouer la garantie sur la seule foi de ses déclarations constatant la défaillance de l'entrepreneur. Le garant ne peut pas refuser le paiement au motif qu'il n'y a pas eu réellement inexécution du contrat de construction; cependant, aux termes de la loi applicable à la garantie, le droit pour l'acquéreur de se prévaloir de la garantie peut être exclu dans des circonstances exceptionnelles (par exemple, lorsque la demande de l'acquéreur est frauduleuse). Une lettre de crédit "stand-by" est indépendante lorsque la banque émettrice est tenue d'effectuer le paiement sur présentation par l'acquéreur d'un document où il est simplement déclaré que l'entrepreneur n'a pas exécuté le contrat. A l'instar de la garantie indépendante, la banque n'est pas habilitée à refuser le paiement au motif qu'il n'y a pas eu en fait

inexécution du contrat de construction; toutefois, dans certains systèmes juridiques, les banques peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, ne pas être autorisées à effectuer le paiement.

18. Il est souhaitable que le contrat de construction stipule, même lorsque la garantie est indépendante, que l'acquéreur ne sera habilité à faire jouer la garantie que s'il y a effectivement défaillance de l'entrepreneur. Si l'acquéreur fait une demande alors même qu'il n'y a pas inexécution, il devra verser des dommages-intérêts à l'entrepreneur pour le préjudice subi du fait de cette demande abusive.

19. La garantie est dite accessoire lorsque l'obligation du garant est liée à la preuve de la responsabilité de l'entrepreneur en cas d'inexécution du contrat de construction. La nature du lien peut varier selon les garanties : c'est ainsi qu'il se peut que l'acquéreur ait à établir la responsabilité de l'entrepreneur en produisant une sentence arbitrale dans ce sens. Les cautionnements de bonne fin sont généralement des garanties de nature accessoire.

20. Pour l'acquéreur, la garantie payable sur première demande présente cet avantage qu'il est assuré d'obtenir rapidement le paiement de la garantie sans avoir à prouver la défaillance de l'entrepreneur, ni l'étendue du préjudice subi. Or, souvent, l'acquéreur n'a pas les connaissances techniques nécessaires pour prouver la défaillance de l'entrepreneur. En outre, les garants fournissant des garanties financières de bonne exécution, en particulier les banques, préfèrent les garanties payables sur première demande qui fixent clairement les conditions de leurs obligations de paiement et les dispensent d'intervenir dans les litiges entre l'acquéreur et l'entrepreneur sur le point de savoir s'il y a eu ou non inexécution du contrat de construction.

21. L'inconvénient pour l'acquéreur d'une garantie payable sur première demande est que l'entrepreneur qui fournit cette garantie souhaitera peut-être s'assurer contre un recours non motivé à la garantie (en l'absence de défaut d'exécution) et qu'il sera tenté d'inclure dans le prix du contrat le coût de cette assurance. En outre, l'entrepreneur voudra peut-être inclure dans le prix les frais éventuels de toute action qu'il pourrait avoir à engager contre l'acquéreur pour obtenir le remboursement de la somme indûment réclamée en application de la garantie. De plus, étant donné que l'acquéreur peut obtenir la somme payable dans le cadre de la garantie sur simple affirmation que l'entrepreneur n'a pas exécuté le contrat (voir plus haut, par. 17), l'entrepreneur voudra peut-être que la somme ainsi payable n'excède pas un pourcentage très faible du prix du contrat, limitant ainsi le préjudice que pourrait lui faire subir le fait d'avoir à indemniser le garant au cas où l'acquéreur ferait jouer la garantie sans qu'il y ait défaut d'exécution imputable à l'entrepreneur.

22. Pour l'entrepreneur, la garantie payable sur première demande présente cet inconvénient que si l'acquéreur fait jouer la garantie sans qu'il y ait eu défaut d'exécution de l'entrepreneur, ce dernier peut subir un préjudice immédiat lorsque le garant se rembourse sur ses avoirs après paiement à l'acquéreur; l'entrepreneur risque en outre de se heurter à des difficultés et à des retards lorsqu'il s'efforcera de réparer lui-même le préjudice subi en réclamant ultérieurement à l'acquéreur le remboursement de la somme indûment perçue par celui-ci.

23. Les conditions régissant le cautionnement de bonne fin (voir plus haut, par. 11) exigent généralement de l'acquéreur qu'il prouve la défaillance de

l'entrepreneur et l'étendue du préjudice subi. En outre, le garant peut opposer à l'acquéreur tous les moyens de défense dont disposerait l'entrepreneur s'il était attaqué pour dégaut d'exécution. L'acquéreur court donc le risque de faire face à un litige prolongé lorsqu'il présente une demande dans le cadre du cautionnement. Toutefois, le plafond de la responsabilité du garant y est souvent très supérieur en valeur à celui d'une garantie payable sur première demande car le risque de paiement encouru par le garant est moindre. Le cautionnement de bonne fin peut aussi présenter un avantage au cas où l'acquéreur aurait des difficultés à remédier lui-même au défaut de construction ou à achever l'ouvrage et ne pourrait le faire qu'avec le concours d'un tiers. Par contre, si la construction nécessite l'utilisation d'une technique connue du seul entrepreneur, le recours à un tiers pour remédier au vice de construction ou achever la construction ne sera pas possible et cet avantage du cautionnement de bonne fin par rapport à la garantie financière de bonne exécution disparaîtrait.

24. La manière dont les garanties sont formulées peut être convenue entre l'acquéreur et l'entrepreneur, mais elle doit aussi recevoir l'agrément du garant. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que lorsqu'une garantie financière de bonne exécution doit être fournie, elle ne devra être ni tout à fait une garantie accessoire, ni tout à fait une garantie payable sur première demande. En fixant les conditions d'une telle garantie, elles souhaiteront peut-être envisager l'une des options suivantes :

a) Le garant ne sera tenu d'effectuer le paiement que si la demande est faite par écrit et s'accompagne d'une déclaration écrite constatant le défaut d'exécution motivant la demande. Le garant n'aurait cependant aucune obligation d'enquêter sur l'exactitude des déclarations relatives au défaut d'exécution;

b) Avant de présenter une demande en garantie, il conviendra de notifier à l'entrepreneur le défaut d'exécution motivant la demande, cette dernière ne pouvant être présentée qu'à expiration d'un certain délai à compter de la notification. Le fait de prévoir un délai entre la notification et la demande laisserait à l'acquéreur et à l'entrepreneur le temps de négocier afin de régler leur litige;

c) En cas de demande par l'acquéreur, lorsqu'un litige l'oppose à l'entrepreneur sur le point de savoir si ce dernier a ou n'a pas exécuté le contrat, le garant sera tenu de payer non pas l'acquéreur mais un tiers. Ce tiers conserverait l'argent jusqu'à ce que le litige entre l'acquéreur et l'entrepreneur ait été réglé dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges et il remettrait ensuite l'argent conformément à la sentence;

d) Le garant ne sera tenu de payer que si la demande de l'acquéreur est accompagnée d'un certificat de l'ingénieur-conseil ou d'un tiers indépendant attestant que l'entrepreneur n'a pas exécuté le contrat.

5. *Date de constitution de la garantie*

25. Les litiges entre parties quant aux conditions et à la nature des garanties à fournir peuvent être réduits au minimum si l'entrée en vigueur de la garantie et la conclusion du contrat sont concomitantes. Les parties ont aussi la possibilité de stipuler que la garantie doit être fournie dans un délai déterminé

après la conclusion du contrat, cette solution pouvant se révéler moins onéreuse. Afin que l'acquéreur soit assuré que l'entrepreneur avec qui un marché a été ou va être passé fournira bien la garantie de bonne exécution requise, on pourrait stipuler que la garantie de soumission devant être fournie n'expirera que lorsque la garantie de bonne exécution sera constituée (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat", par. 28 à 30). Les parties pourront aussi convenir des droits qu'aura l'acquéreur en vertu du contrat de construction au cas où la garantie ne serait pas fournie dans le délai indiqué en stipulant, par exemple, qu'il sera autorisé à résilier le contrat et à réclamer des dommages-intérêts. Toutefois, avant d'opter pour ce recours, l'acquéreur aura intérêt à tenir compte des difficultés éventuelles liées à l'obtention de dommages-intérêts non garantis dans un pays étranger. Une autre solution consiste à ce que l'appel d'offres exige que toute soumission soit accompagnée d'un certificat d'un organisme qualifié pour faire office de garant et attestant que si le marché est passé avec le soumissionnaire, ledit organisme sera disposé à fournir une garantie de bonne exécution du type de la garantie requise dans l'appel d'offres. Toutefois, dans nombre de systèmes juridiques, l'organisme en question ne pourrait pas être contraint par l'acquéreur de fournir cette garantie s'il s'y refusait par la suite.

6. *Etendue de l'obligation créée par la garantie*

26. L'obligation du garant est généralement limitée à un montant déterminé. Dans le cas d'une garantie de bonne exécution, ce montant peut être un pourcentage du prix du contrat et dans le cas d'une garantie de remboursement il peut s'agir d'un pourcentage de l'avance. Le pourcentage exact peut être fixé par une évaluation des risques d'inexécution encourus et du préjudice probable qui en résulterait, et en tenant compte des limites habituellement observées par les garants lorsqu'ils donnent des garanties pour la construction du type d'installation envisagé. Exiger un montant de garantie très élevé risque de dissuader les petites entreprises de soumissionner de peur de ne pas pouvoir obtenir de tels montants de garantie. Les parties souhaiteront peut-être également déterminer la monnaie dans laquelle le versement sera effectué en vertu de la garantie. Qu'il s'agisse d'une garantie de remboursement ou d'une garantie de bonne exécution, on pourra opter pour la monnaie de paiement du prix du contrat. Si le prix du contrat doit être payé dans plusieurs monnaies, on pourra choisir une monnaie déterminée.

27. Lorsque la garantie est accessoire (par exemple, dans le cas d'un cautionnement de bonne fin), la loi applicable à la garantie pourra stipuler que l'étendue de la responsabilité du garant en application de la garantie variera dans les mêmes proportions que celles de l'entrepreneur envers l'acquéreur dans le cadre du contrat de construction (par exemple, en ce qui concerne les types de préjudice susceptibles de donner lieu à réparation). Aussi, lorsqu'aux termes du contrat de construction ou de la loi applicable au contrat de construction la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acquéreur est limitée, la responsabilité du garant sera-t-elle limitée dans les mêmes proportions. Toutefois, si la loi applicable à la garantie ne contient pas de dispositions claires sur le fait de savoir si la responsabilité du garant varie dans les mêmes proportions que celles de l'entrepreneur, les parties pourront souhaiter le stipuler dans la garantie.

28. Les parties pourront en outre rechercher si le contrat de construction et la garantie doivent stipuler que le montant de la garantie sera réduit après un certain stade d'exécution du contrat. En ce qui concerne les garanties de bonne exécution, l'une des solutions possibles consisterait à écarter toute possibilité de réduction dans la mesure où un défaut d'exécution intervenant même dans la phase finale de la construction pourrait exiger une indemnisation correspondant au montant total de la garantie. En outre, les parties devraient avoir présent à l'esprit que certains défauts d'exécution, tel le retard, tendent à se produire bien après que la construction a été engagée et non pas dans la phase initiale. Une autre solution acceptable pourrait néanmoins passer par une réduction du montant garanti au stade de la réception des installations par l'acquéreur, une fois que les essais d'achèvement des travaux mécaniques et les essais de bon fonctionnement pratiqués préalablement (voir chap. XIII, "Achèvement, réception et prise en charge", par. 4 et 24) auront montré que l'exécution du contrat par l'entrepreneur est exempte de tout vice grave (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 27).

29. Pour assurer à l'acquéreur une totale sécurité, on pourrait stipuler que la garantie jouera pour toute forme de défaut d'exécution d'une obligation à laquelle elle s'applique. Ainsi, en ce qui concerne la garantie de bonne exécution, l'obligation de garantie pourrait jouer en cas d'exécution défectueuse ou de retard d'exécution.

7. *Effet des modifications ou de la résiliation du contrat*

30. Les parties souhaiteront peut-être se pencher sur les effets qu'une modification de l'étendue des obligations fixées par le contrat de construction aurait sur les obligations du garant (voir chap. XXIII, "Clauses de modification"). Toute modification intéresse le garant dans la mesure où elle peut entraîner un net accroissement des obligations de l'entrepreneur et partant du risque auquel s'expose le garant. Dans le cas d'un cautionnement de bonne fin, un tel accroissement pourrait aussi avoir une incidence sur la capacité du garant à remédier aux vices de construction ou à achever l'ouvrage (voir plus haut, par. 11). Dans certains systèmes juridiques, sauf dispositions contraires de la garantie, une modification du contrat de base peut dégager le garant de ses obligations; dans d'autres, la garantie peut être réputée ne couvrir que les obligations de l'entrepreneur existant au moment de la constitution de la garantie. Etant donné la fréquence des modifications qui sont apportées aux contrats de construction pendant leur exécution, il serait souhaitable que les parties déterminent quels seront les effets d'une modification du contrat sur la garantie.

31. Plusieurs formules peuvent être envisagées. Si la responsabilité du garant est limitée à un certain montant et que la durée de la garantie est elle aussi limitée (voir plus loin, par. 35 à 38), le garant peut être disposé à accepter les obligations ainsi limitées, même si des modifications du contrat risquent, dans une certaine mesure, d'accroître le risque d'inexécution. En pareil cas, la garantie pourrait stipuler qu'elle reste valable telle qu'elle était limitée à l'origine, nonobstant les modifications apportées au contrat. Ou bien la garantie pourrait stipuler qu'elle reste valable telle qu'elle était limitée à l'origine, nonobstant les modifications apportées au contrat, sous réserve que par l'effet cumulé de ces modifications, le prix du contrat ne soit pas augmenté

de plus d'un pourcentage déterminé. Si ce pourcentage était dépassé, l'accord du garant serait nécessaire pour que la garantie continue de s'appliquer. Selon une troisième formule, les parties pourraient convenir que la garantie ne jouera que pour les obligations contractuelles qui n'auront pas été modifiées; pour ce qui est des obligations modifiées, le maintien de la garantie serait subordonné au consentement du garant.

32. Il faut veiller à ce que les dispositions contractuelles relatives aux modifications et que les dispositions de la garantie relatives aux effets des modifications sur la garantie soient en harmonie. Ainsi, lorsque le contrat accorde à l'acquéreur le droit d'ordonner unilatéralement certains types de modification (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 12 à 18), la garantie ne devra pas disposer qu'en cas de modification, elle cessera d'être valable ou ne couvrira pas le défaut d'exécution des obligations modifiées. Toute discordance pourrait dissuader l'acquéreur d'exercer son droit de modification.

33. Les dispositions prévoyant le maintien en vigueur de la garantie même en cas de modification du contrat risquent de ne pas suffire à protéger l'acquéreur dans certaines situations. La modification du contrat peut proroger le délai d'exécution accordé à l'entrepreneur ou lui imposer des obligations plus étendues qui, de leur côté, risquent d'augmenter sa responsabilité en cas de défaillance. Les parties pourront donc souhaiter stipuler dans le contrat de construction que dans de telles hypothèses, l'entrepreneur sera tenu d'obtenir du garant des changements appropriés quant à la date d'expiration, au montant ou à toute autre condition de la garantie. Les frais afférents à ces changements pourraient être à la charge de la partie qui assume les frais liés aux modifications du contrat (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 8).

34. Les parties voudront peut-être aussi examiner les cas où le contrat est résilié avant la date d'expiration de la garantie (voir plus loin, par. 36). Les parties souhaiteront peut-être stipuler que les demandes en garantie pourront être présentées jusqu'à la date d'expiration de la garantie même après la résiliation du contrat.

8. *Durée de la garantie*

35. Il est de l'intérêt de l'acquéreur que la garantie couvre la totalité de la période pendant laquelle peut subsister une éventuelle obligation à garantir. La garantie de bonne exécution pourra ainsi couvrir non seulement la période pendant laquelle doit être effectuée la construction, mais aussi la période couverte par la garantie de qualité (voir plus haut, par. 12).

36. Les organismes qui fournissent des garanties peuvent exiger que les obligations nées de la garantie cessent à une date d'expiration fixe. Les banques commerciales, en particulier, exigent la plupart du temps qu'une date d'expiration fixe soit indiquée dans les garanties financières de bonne exécution qu'elles fournissent. L'un des procédés utilisé pour délimiter la période de garantie consiste à stipuler dans la garantie qu'aucune demande au titre de la garantie ne pourra être présentée après une date spécifiée. En pareil cas, les parties souhaiteront peut-être convenir, lors de la conclusion du contrat, de la date qui devra figurer dans la garantie, calculée sur la base d'une estimation du délai nécessaire à l'exécution intégrale des obligations à garantir. Toutefois, si

une date ferme peut satisfaire les intérêts du garant, elle risque aussi de poser des problèmes à l'acquéreur puisque, pour diverses raisons, la durée d'exécution des obligations de l'entrepreneur peut s'étendre au-delà de la date fixée, par exemple, à cause d'un retard dans l'exécution par l'entrepreneur ou de l'application de clauses exonératoires (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 8). Aussi est-il souhaitable que le contrat de construction stipule qu'au cas où l'exécution du contrat par l'entrepreneur se prolongerait au-delà de la date d'expiration de la garantie, l'entrepreneur sera tenu, sur demande de l'acquéreur, d'obtenir, dans un délai raisonnable après réception de ladite demande, que la période de garantie soit prorogée de la période nécessaire à l'exécution satisfaisante du contrat. Il est souhaitable que la demande de l'acquéreur soit formulée à temps pour permettre à l'entrepreneur de faire proroger la période de garantie avant la date à laquelle la garantie doit venir à expiration. La partie responsable de la prorogation de l'exécution des obligations de l'entrepreneur pourrait devoir prendre à sa charge les frais liés à la prorogation de la période de garantie.

37. Si le garant d'un cautionnement de bonne fin n'exige pas une date d'expiration déterminée, le cautionnement pourra continuer à couvrir les obligations garanties jusqu'à leur exécution complète. Toutefois, en raison de la nature accessoire du cautionnement, le garant sera dégagé de ses obligations lorsque l'entrepreneur se sera acquitté des siennes, même si aucune date d'expiration n'a été spécifiée dans le cautionnement. On pourrait aussi envisager d'introduire dans le cautionnement de bonne fin une clause interdisant toute demande après la date du dernier versement échelonné du prix. Ce dernier paiement ne serait effectué qu'une fois que l'acquéreur aurait constaté que l'entrepreneur s'est bien acquitté de ses obligations; il serait alors raisonnable d'exclure les demandes présentées au garant après cette date (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 76).

38. Les parties à un contrat de construction d'installation industrielle devraient ne pas oublier que dans certains systèmes juridiques une garantie peut demeurer valable au-delà de la date qui y est spécifiée si elle n'est pas retournée ou restituée par l'acquéreur. Par suite, il est souhaitable que le contrat oblige l'acquéreur à restituer la garantie dans les meilleurs délais après exécution complète de l'obligation couverte par cette garantie.

39. En ce qui concerne la garantie de remboursement, stipuler une date d'expiration fixe peut présenter les mêmes difficultés que pour la garantie de bonne exécution (voir plus haut, par. 36) et les solutions retenues pour les garanties de bonne exécution peuvent donc être adoptées pour les garanties de remboursement. Si, toutefois, le garant n'exige pas une date fixe, une solution possible consisterait à prévoir que la garantie expirera lorsque l'entrepreneur aura fourni les équipements, les matériaux et les services à concurrence de la valeur de la garantie. Cela poura être attesté soit par un certificat délivré par l'ingénieur conseil ou l'acquéreur, soit par des pièces attestant la livraison (par exemple, facture ou document de transport certifié par l'acquéreur ou reçu de chantier établi par des représentants de l'acquéreur).

C. Garantie de paiement par l'acquéreur : sûreté personnelle ou lettre de crédit

40. Les parties souhaiteront peut-être rechercher si le contrat devrait prévoir une sûreté pour l'exécution de la principale obligation de l'acquéreur, à savoir

le paiement du prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement"). L'une des solutions que les parties pourraient adopter consisterait à stipuler dans le contrat de construction que l'acquéreur est tenu de payer le prix et est en outre tenu de prendre des dispositions pour qu'une garantie soit fournie par un tiers, ce dernier s'engageant à payer le prix du contrat si l'acquéreur manquait à cette obligation. Si les parties adoptent cette solution, elles souhaiteront peut-être examiner le contenu de la section B ci-dessus lorsqu'elles devront s'entendre sur les conditions de la garantie. La garantie pourrait revêtir la forme d'une lettre de crédit "stand-by".

41. Une autre solution garantissant à l'entrepreneur le paiement du prix du contrat consiste à stipuler que ce prix doit être payé au moyen d'une lettre de crédit documentaire irrévocable émise par une banque sur ordre de l'acquéreur. Une telle lettre de crédit consiste en un engagement écrit irrévocable donné par une banque (la banque émettrice) à l'entrepreneur. La banque s'engage à payer à concurrence d'un certain montant dans un délai déterminé sur présentation par l'entrepreneur de documents spécifiés. Selon cette solution, l'entrepreneur serait habilité à exiger de la banque le paiement du prix à l'échéance.

42. L'entrepreneur pourra souhaiter fixer dans le contrat la banque qui émettra la lettre de crédit. Il serait alors possible de stipuler que la lettre de crédit devra être émise par une banque reconnue. L'entrepreneur peut, toutefois, obtenir une plus grande sécurité si le contrat stipule que la lettre de crédit sera émise par une banque de son pays ou par une banque ayant son siège hors de son pays, mais confirmée par une banque de son pays. La banque dont émane cette confirmation accepte une responsabilité équivalente à celle de la banque émettrice. La confirmation par une banque du pays de l'entrepreneur permettrait à ce dernier d'obtenir paiement au moyen d'une lettre de crédit sans s'exposer aux difficultés administratives liées au transfert des fonds ou aux difficultés résultant du contrôle des changes ou d'autres réglementations financières du pays de l'acquéreur. Toutefois, le recours à la confirmation risque d'accroître les frais d'émission de la lettre de crédit à la charge de l'acquéreur. Les parties pourront peut-être aussi convenir de la date à laquelle la lettre de crédit devra être émise. L'entrepreneur préférera peut-être que la date d'émission coïncide avec celle de la conclusion du contrat, la sureté couvrant ainsi les premiers versements échelonnés du prix. Les parties souhaiteront peut-être s'entendre sur les droits qu'aurait l'entrepreneur au titre du contrat de construction au cas où la lettre de crédit ne serait pas émise à la date convenue; l'entrepreneur pourrait, par exemple, avoir le droit de résilier le contrat et de réclamer des dommages-intérêts.

43. Les conditions de paiement de la lettre de crédit devant être fixées dans le contrat de construction peuvent être convenues en fonction des pratiques commerciales des banques en matière de lettres de crédit et du coût des diverses solutions susceptibles d'être envisagées. Il importe que les conditions de paiement de la lettre de crédit s'accordent avec les conditions de paiement prévues par le contrat (par exemple, en ce qui concerne la monnaie de paiement, le montant de chaque paiement échelonné et la date du paiement). Les parties souhaiteront peut-être s'interroger sur la manière dont le montant payable en vertu de la lettre de crédit sera calculé. Le contrat pourrait indiquer que le montant total qui peut être demandé en application de la lettre de crédit serait le montant total du prix du contrat. Les divers versements échelonnés du prix pourraient être exigés de la banque à l'échéance. Une autre solution,

probablement moins onéreuse pour l'acquéreur, consisterait à stipuler que le montant qui peut être réclamé en vertu de la lettre de crédit devra rester constant au cours de la période de validité de la lettre de crédit de sorte que lorsqu'une demande est honorée au titre de la lettre de crédit, ce montant redevienne immédiatement et automatiquement disponible. Ce montant pourrait correspondre non pas au prix total du contrat, mais à une somme suffisant au paiement de l'un quelconque des versements échelonnés du prix venu à échéance. On pourrait aussi limiter le montant total payable en vertu de la lettre de crédit au montant correspondant au prix du contrat.

44. Il est souhaitable que les parties s'entendent clairement sur les documents sur présentation desquels la banque effectuera le paiement, ainsi que sur leur libellé et leur contenu. Il pourrait s'agir des documents qui attestent habituellement la fourniture des équipements, des matériaux et des services dans le cadre du contrat de construction et dont il existe plusieurs sortes (par exemple, certificats de l'ingénieur-conseil attestant l'avancement de la construction, certificats d'un organisme d'inspection ou reçus de chantier établis par des représentants de l'acquéreur pour la livraison d'équipements).

45. L'entrepreneur a intérêt à ce que la lettre de crédit couvre la totalité de la période pendant laquelle l'acquéreur pourra rester redevable d'une quelconque obligation de paiement. La banque émettant la lettre de crédit pourra exiger une date d'expiration fixe. Le choix de cette date d'expiration pourra être source de difficultés, car si les conditions de paiement du contrat peuvent indiquer une date pour le paiement, cette date peut être reportée pour des raisons diverses (par exemple, retard dans l'exécution par l'entrepreneur ou empêchement exonératoire entravant la construction ou le paiement). L'une des solutions possibles consisterait à fixer la date d'expiration de la lettre de crédit en ajoutant à la date de paiement prévue par le contrat une période d'une durée raisonnable afin de tenir compte d'éventuels reports de cette date. Une autre possibilité serait de prévoir dans le contrat que si l'exécution des obligations de paiement de l'acquéreur se prolongeait au delà de la date d'expiration de la lettre de crédit, l'acquéreur serait tenu, sur demande de l'entrepreneur, d'obtenir que la période de validité de la lettre de crédit soit prorogée afin de garantir l'exécution complète de l'obligation de paiement. La partie responsable de la prorogation des obligations de paiement pourrait assumer les frais liés à l'extension de la période de validité de la lettre de crédit. Si l'acquéreur ne réussissait pas à obtenir cette extension, l'entrepreneur pourrait se prévaloir des mêmes recours qu'en cas de non-paiement par l'acquéreur de la fraction du prix couverte par la lettre de crédit prorogée (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 57 et 58).

Note du chapitre XVII

[1]Les lettres de crédit documentaires, y compris les lettres de crédit "stand-by", qui prévoient le paiement sur présentation d'un document, sont généralement régies par les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale. Ces Règles et usances uniformes énonçent les règles régissant l'émission et le fonctionnement des lettres de crédit. A sa dix-septième session, en 1984 (A/39/17, par. 129), la Commission a recommandé l'emploi de la dernière version révisée des Règles et usances uniformes (document n° 400 de la CCI).

Chapitre XVIII. Retards, vices et autres cas d'inexécution

RÉSUMÉ

Le présent chapitre traite de certains recours que peut exercer l'acquéreur en cas de retard ou d'exécution défectueuse imputable à l'entrepreneur. Il traite aussi des recours que peut exercer l'entrepreneur dans les cas suivants d'inexécution imputables à l'acquéreur : retard dans le paiement du prix ou dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix, retard dans la prise en charge ou la réception de l'installation et non-fourniture de la conception, d'équipements ou de matériaux pour la construction. Enfin, il traite des recours dont les deux parties peuvent se prévaloir en cas de retard dans le versement de sommes autres que celles correspondant au prix, ou en cas d'inexécution d'obligations accessoires. Il est souhaitable que le contrat indique les recours correspondant aux cas d'inexécution mentionnés ci-dessus. Lors de l'élaboration des dispositions contractuelles en la matière, il faudrait tenir compte des recours prévus par la loi applicable au contrat (par. 1, 2, 6 et 7).

Il y a retard lorsqu'une partie ne s'acquitte de ses obligations contractuelles qu'après la date prévue au contrat ou ne s'en acquitte pas du tout. Il y a exécution défectueuse lorsqu'une partie ne respecte pas les dispositions contractuelles où sont énoncées les caractéristiques techniques de la construction prévue (par. 4).

Du fait de la complexité et de la durée des obligations qu'assume l'entrepreneur dans un contrat de construction, l'acquéreur doit disposer d'un système minutieux de recours. Le système de recours présenté dans le présent chapitre se fonde sur deux éléments : d'une part, le recours initial dont l'acquéreur peut généralement se prévaloir consiste à exiger de l'entrepreneur l'achèvement de la construction en cas de retard ou la réfection en cas d'exécution défectueuse, d'autre part, la résiliation du contrat est considérée comme un ultime recours (par. 9 à 12).

Il est parfois souhaitable que l'acquéreur ait le choix entre plusieurs recours selon les cas d'inexécution imputable à l'entrepreneur. Le contrat pourra stipuler que l'acquéreur devra s'en tenir au recours qu'il a choisi, sauf si l'entrepreneur consent à un changement. Lorsque l'entrepreneur doit remédier à un vice, le contrat pourra stipuler qu'il sera libre de le faire de la manière qui lui convient (par. 14 et 15).

Etant donné la complexité du système de recours dont l'acquéreur peut se prévaloir, on trouvera dans le présent chapitre, au paragraphe 50, une récapitulation de ces recours.

Il arrive que l'acquéreur tarde à payer le prix ou ne fournisse pas à temps une garantie de paiement du prix (par. 52). Les parties voudront peut-être stipuler que des intérêts devront être versés si l'acquéreur tarde à payer le prix (par. 53 à 56). Si l'acquéreur tarde à payer un pourcentage spécifié du prix ou à fournir une garantie de paiement d'un pourcentage spécifié du

prix, l'entrepreneur pourra être autorisé par le contrat à lui accorder un délai supplémentaire pour s'exécuter. Si l'acquéreur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire, l'entrepreneur pourra être autorisé à suspendre le contrat et si l'acquéreur ne s'est toujours par exécuté à l'expiration d'un délai spécifié à compter de la suspension, l'entrepreneur pourra être autorisé à résilier le contrat. Le contrat peut aussi autoriser l'entrepreneur à résilier immédiatement le contrat si l'acquéreur ne paie pas ou ne fournit pas de garantie dans ce délai supplémentaire (par. 57 et 58).

Le contrat pourra disposer que la réception de l'installation par l'acquéreur est réputée se produire dans certaines circonstances. Dans les cas où cette solution n'est pas applicable, s'agissant de la réception et dans tous les cas s'agissant de la prise en charge, le contrat pourra disposer que lorsque l'acquéreur tarde à réceptionner ou à prendre en charge l'installation, l'entrepreneur a le droit d'exiger que celui-ci le fasse dans un délai supplémentaire. Si l'acquéreur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire, le contrat pourra disposer que les effets de la réception ou de la prise en charge se produiront à compter de la date à laquelle une notification écrite indiquant que ces effets vont se produire lui aura été remise (par. 59 à 61).

Le contrat pourra spécifier les recours dont l'entrepreneur peut se prévaloir au cas où l'acquéreur manque à son obligation de fournir une conception, des équipements ou des matériaux (par exemple, l'entrepreneur pourra exiger que l'acquéreur fournisse cette conception, ces équipements ou ces matériaux dans un délai supplémentaire et, si ce dernier ne s'exécute pas, l'entrepreneur pourra être autorisé à résilier le contrat) (par. 62 et 63).

Le contrat pourra spécifier les recours dont une partie peut se prévaloir au cas où l'autre partie tarde à payer une somme autre que le prix ou ne s'acquitte pas d'une obligation accessoire (par. 64 à 66).

A. Remarques générales

1. Le strict respect par les parties des dispositions contractuelles relatives à l'exécution des obligations est particulièrement important dans les contrats de construction, faute de quoi l'une ou l'autre partie pourrait devoir faire face à des conséquences financières graves. La question de savoir s'il y a défaut d'exécution et, dans l'affirmative, quelles en seraient les conséquences juridiques est souvent à l'origine de litiges longs et complexes. Aussi est-il souhaitable de convenir de stipulations contractuelles claires définissant les obligations à exécuter et les conséquences qu'aurait un défaut d'exécution (voir chap. IV, "La rédaction : observations générales", et chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité").

2. Le présent chapitre traite de certains des recours dont les parties peuvent se prévaloir aux termes du contrat lorsque l'une d'elles ne s'acquitte pas de ses obligations contractuelles ou des obligations qui lui sont imposées par le contrat ou par la loi applicable au contrat.

3. On notera que dans le Guide, il est prévu qu'en cas d'inexécution d'une obligation par une partie, l'autre partie aura généralement droit à des dommages-intérêts, sauf s'il y a eu empêchement exonératoire (voir chap. XX, "Dommages-intérêts", et chap. XXI, "Clauses d'exonération"). Les parties pourront aussi avoir prévu le paiement d'une somme convenue en cas

d'inexécution de certaines obligations (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales"). Les parties devraient noter que les recours qui sont abordés dans ce chapitre pourront être complétés par des dommages-intérêts ou par le paiement d'une somme convenue.

4. Dans l'acception du Guide, le terme "inexécution" couvre deux situations : le retard et l'exécution défectueuse. Il y a retard lorsqu'une partie ne s'acquitte de ses obligations contractuelles qu'après la date stipulée au contrat ou prévue par la loi applicable au contrat pour leur exécution ou ne s'en acquitte pas du tout. Le retard commence à partir de la date à laquelle une obligation aurait dû être exécutée et dure jusqu'à ce que la partie à qui elle incombe s'en acquitte ou jusqu'à la date à laquelle le contrat est résilié ou la date à laquelle l'obligation s'éteint pour d'autres raisons. Toutefois, le contrat peut stipuler qu'une partie n'est pas en droit d'exercer le recours prévu en cas de retard de l'autre partie si ce retard est imputable à un acte ou à une omission de la première partie ou d'une personne engagée par elle (voir plus loin, par. 16 et 66). Il y a exécution défectueuse lorsqu'une partie ne respecte pas les stipulations contractuelles énonçant les caractéristiques techniques des équipements, matériaux et services de construction devant être fournis, et de l'installation à construire (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 8 et 9; chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 6 et 7, et chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 2).

5. Pour des raisons d'ordre pratique, le contrat peut stipuler que la construction doit être considérée comme achevée même si les essais d'achèvement révèlent que certains articles mineurs manquent encore (par exemple, articles dont l'absence n'empêche pas d'exploiter l'installation; voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 4). En ce qui concerne les articles manquants, le contrat peut accorder à l'acquéreur les mêmes recours que ceux qu'il lui accorde pour vices de l'installation réceptionnée (voir plus loin, par. 38 à 42).

6. Il est souhaitable que les parties se penchent sur les recours dont il est possible de se prévaloir en cas de retard dans la construction imputable à l'entrepreneur (voir plus loin, sect. B, 2), en cas de construction défectueuse par l'entrepreneur (voir plus loin, sect. B, 3), en cas de retard de l'acquéreur dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix ou dans le paiement du prix (voir plus loin, sect. C, 2), en cas de retard de l'acquéreur dans la prise en charge ou la réception de l'installation (voir plus loin, sect. C, 3) et au cas où l'acquéreur ne fournirait pas la conception, les équipements ou les matériaux nécessaires à la construction (voir plus loin, sect. C, 4). En outre, il est souhaitable que les parties se penchent sur les recours disponibles en cas de retard de l'entrepreneur dans le paiement d'une somme due à l'acquéreur et en cas de retard de l'acquéreur dans le paiement d'une somme autre que le prix (voir plus loin, sect. D, 1). Les parties voudront peut-être aussi examiner les recours que pourra exercer une partie si l'autre partie ne s'acquitte pas d'une obligation accessoire (voir plus loin, sect. D, 2). Les parties souhaiteront peut-être stipuler que lorsqu'une partie engage une autre personne pour s'acquitter des obligations contractuelles qui lui incombent, cela ne diminue en rien ni n'exclut sa responsabilité en cas d'inexécution de ces obligations (voir aussi chap. XI, "Sous-traitance", par. 27).

7. Lorsqu'elles détermineront les recours qui seront prévus par le contrat en cas d'inexécution, les parties devront tenir compte des recours prévus par la loi

applicable au contrat (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 1). Certains de ces recours pourront être obligatoires, d'autres n'étant que facultatifs et pouvant être exclus ou modifiés. Lorsque les recours facultatifs prévus par la loi applicable ne conviennent pas, ils devront être clairement modifiés ou exclus par les dispositions contractuelles. Il serait en outre souhaitable que les parties examinent non seulement les recours dont chacune d'elles peut se prévaloir, mais les rapports qui existent entre ces recours (voir plus loin, sect. B).

8. Aux termes de la loi applicable au contrat, il se peut que l'acquéreur cesse d'être en droit de faire valoir les recours dont il pouvait se prévaloir à l'égard de vices qu'il était censé pouvoir déceler au moment de l'inspection ou de la prise en charge des équipements ou de la prise en charge ou réception de l'installation. Néanmoins, lorsque la loi l'autorise, il est souhaitable de stipuler dans le contrat que l'acquéreur en pareil cas ne cessera pas de pouvoir se prévaloir desdits recours (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 20; chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", par. 1 et 8, et chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 12). Le contrat peut toutefois obliger l'acquéreur à faire connaître sans délai à l'entrepreneur les vices qu'il a décelés. En pareil cas, le contrat stipule souvent que l'acquéreur peut soit renoncer aux recours dont il pourrait se prévaloir, soit prendre à sa charge, dans des limites raisonnables, toute dépense supplémentaire qui aura été faite par l'entrepreneur et qui est imputable au fait que l'acquéreur n'a pas informé l'entrepreneur.

B. Recours dont l'acquéreur peut se prévaloir

1. *Caractéristiques principales*

9. La récapitulation des recours de l'acquéreur qui est donnée ci-après, au paragraphe 50, vise à aider le lecteur à comprendre le système complexe des recours dont l'acquéreur peut se prévaloir et qui sont examinés dans le présent chapitre. La récapitulation ne traite pas des recours que l'entrepreneur peut faire valoir car leur structure et leur nature sont aisément compréhensibles. La complexité des recours de l'acquéreur résulte de certaines caractéristiques du contrat de construction. L'exécution complète par l'entrepreneur de ses obligations contractuelles s'effectue sur une période de longue durée et couvre plus d'une phase bien définie (par exemple, la période de construction, la période couvrant les essais de fonctionnement et la période de garantie). Les obligations de l'entrepreneur sont complexes et comprennent la fourniture des équipements et matériaux et la construction sur le chantier. En outre, que la construction soit retardée ou défectueuse, les cas d'inexécution peuvent prendre des formes différentes (le retard, par exemple, peut toucher soit le commencement de la construction, soit son achèvement; quant aux vices, ils peuvent être graves ou mineurs, susceptibles de remèdes ou irrémédiables). Chaque cas d'inexécution peut exiger un ensemble spécifique de recours.

10. Il est souhaitable que les recours de l'acquéreur soient énoncés dans le contrat. Ainsi les conséquences de la défaillance de l'entrepreneur seraient plus certaines que si les parties se contentaient des recours dont l'acquéreur peut se prévaloir en vertu de la loi applicable au contrat. En outre, il se peut que les recours dont il est possible de se prévaloir dans certains systèmes juridiques ne

conviennent plus à tel ou tel cas d'inexécution du contrat de construction imputable à l'entrepreneur. Toutefois, il est extrêmement difficile pour les parties d'envisager un système de recours prévoyant le bon recours pour chaque cas, en particulier lorsque l'on sait que certains recours exigent de l'entrepreneur qu'il accepte et soit à même d'agir en conséquence. Aussi, même si les recours énoncés dans le contrat ou dans la loi applicable au contrat définissent les droits de l'acquéreur lorsque l'entrepreneur n'exécute pas le contrat, l'acquéreur jugera-t-il souvent souhaitable de négocier avec l'entrepreneur sur la base de ses droits avant de recourir aux procédures en assurant l'exécution (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 10 et 11).

11. Les recours dont l'acquéreur peut se prévaloir se rattachent à trois grandes catégories d'inexécution : le retard de la construction du fait de l'entrepreneur; la construction défectueuse par l'entrepreneur et les vices dont ne répond pas l'entrepreneur. Les recours pour construction défectueuse imputable à l'entrepreneur sont répartis en quatre sous-catégories : vices décelés pendant la construction, construction réputée défectueuse parce que les essais de bon fonctionnement n'ont pas été effectués, vices décelés pendant les essais de bon fonctionnement et vices décelés après réception et notifiés pendant la période de garantie.

12. Au paragraphe 50 du présent chapitre, la récapitulation expose ces différents recours sous une forme synthétique, mais les sections du chapitre où ils sont traités en détail sont données en référence. En raison des difficultés qu'entraîne pour les deux parties la résiliation d'un contrat de construction de longue durée, le système de recours que recommande le Guide est axé sur deux éléments. En premier lieu, le recours initial dont l'acquéreur peut généralement se prévaloir consiste à exiger de l'entrepreneur qu'il achève la construction ou qu'il procède à une réfection en cas de retard ou de construction défectueuse. Toutefois, aux termes du contrat ou de la loi applicable au contrat, il se peut que l'acquéreur ne soit pas autorisé à exiger l'exécution pendant la période au cours de laquelle l'exécution se trouve entravée par un empêchement exonératoire (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 9 à 26). De plus, dans certains systèmes juridiques, une partie ne peut pas imposer l'exécution à l'autre partie dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. En second lieu, la voie de droit que constitue la résiliation est donnée comme l'ultime recours (voir aussi chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 2).

13. Dans certaines situations, l'acquéreur peut, en vertu du contrat, exiger une réduction du prix. Ce recours vise à rééquilibrer la valeur de ce que l'acquéreur reçoit et le prix qu'il doit payer. Il est particulièrement précieux pour l'acquéreur lorsque les vices de l'installation résultent de défauts d'exécution dus à des empêchements exonératoires et qu'aux termes du contrat l'entrepreneur n'a pas à verser des dommages-intérêts pour le préjudice causé par ce type d'inexécution (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 8). Lorsque l'acquéreur exige une réduction du prix et qu'il peut en outre exiger des dommages-intérêts, il ne devrait pas pouvoir exiger de dommages-intérêts pour le préjudice couvert par la réduction du prix car cela reviendrait à être dédommagé deux fois pour le même préjudice. Les parties noteront aussi que le contrat pourra autoriser l'acquéreur à demander une réduction du prix même s'il a déjà payé. En pareil cas, le montant payé en trop par l'acquéreur du fait de la réduction pourra lui être remboursé directement par l'entrepreneur ou être retenu sur des sommes payables ultérieurement à l'entrepreneur.

14. On recommande parfois dans le présent chapitre de donner à l'acquéreur le choix entre plusieurs recours pour certains cas d'inexécution imputable à l'entrepreneur. Le contrat pourra stipuler qu'une fois que l'acquéreur aura choisi l'un de ces recours, il ne pourra pas modifier son choix sans l'accord de l'entrepreneur. Toutefois, lorsque l'acquéreur a le choix entre engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur, et certains autres recours, et qu'il choisit d'engager un nouvel entrepreneur, il pourra être autorisé à choisir l'un des autres recours (réduction du prix, par exemple), si les vices se révèlent irrémédiables. Les différents recours qu'il peut exercer en cas de défaillance du nouvel entrepreneur sont indiqués plus loin, dans les paragraphes correspondants du chapitre. On notera qu'une partie peut se prévaloir concurremment de certains recours (réfection de la chose et dommages-intérêts), alors que d'autres recours peuvent être exercés successivement (il ne peut y avoir résiliation que si la réfection a été demandée et n'a pas été effectuée, par exemple).

15. On recommande généralement dans le présent chapitre que, lorsque l'exécution par l'entrepreneur est retardée ou défectueuse, le contrat exige de l'acquéreur qu'il accorde un délai supplémentaire à l'entrepreneur pour achever la construction en retard ou remédier aux vices (voir plus haut, par. 12). Il est souhaitable que le contrat écarte toute possibilité que ce délai supplémentaire soit considéré comme un prolongement du délai d'exécution, ceci afin d'éviter toute incidence sur les droits de l'acquéreur résultant du retard ou de la construction défectueuse. Lorsque la réfection est exigée, le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur sera libre de choisir la manière dont il compte y procéder (en réparant ou en remplaçant les équipements ou matériaux défectueux, par exemple). Le contrat pourra stipuler que les dépenses engagées pour la réfection seront à la charge de l'entrepreneur même si l'on a adopté la méthode du contrat en régie (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 10 à 24).

16. Le contrat pourra stipuler que l'acquéreur ne sera autorisé à exercer les recours prévus par le contrat qu'à l'expiration d'un délai donné (par exemple, une fois écoulée une période déterminée à compter de l'expiration de la garantie de qualité, voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 28 à 30). Une telle disposition contribuera à renforcer la certitude de la relation juridique entre les parties. Le contrat peut aussi stipuler que l'acquéreur ne sera pas fondé à exercer les recours auxquels il est en droit de prétendre en cas de défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur, si ce défaut d'exécution est imputable à un acte ou à une omission de l'acquéreur.

2. *Retard dans la construction du fait de l'entrepreneur*

a) *Retard dans le commencement de la construction*

17. Si l'entrepreneur ne commence pas la construction au moment indiqué dans le contrat, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à notifier par écrit à l'entrepreneur l'ordre de commencer la construction dans un délai supplémentaire d'une durée donnée ou raisonnable commençant à courir à compter de la date de remise de la notification. Si l'entrepreneur ne commence pas la construction dans ce délai supplémentaire, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à résilier le contrat. Toutefois, le contrat pourra autoriser

l'acquéreur à résilier immédiatement le contrat si l'entrepreneur l'informe qu'il ne commencera pas la construction. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, l'acquéreur pourra se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

b) *Retard dans l'achèvement d'une partie de la construction à une date repère obligatoire*

18. Si l'entrepreneur n'achève pas une partie de la construction à une date repère obligatoire indiquée dans le calendrier de la construction (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 21), le contrat pourra autoriser l'acquéreur à exiger par notification écrite adressée à l'entrepreneur qu'il achève cette partie dans un délai supplémentaire d'une durée donnée ou raisonnable commençant à courir à compter de la date de remise de la notification. Si l'entrepreneur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire, l'acquéreur pourra résilier le contrat en ce qui concerne la partie de la construction en retard ou, dans certaines situations, pour l'ensemble de la construction inachevée (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 7). Les parties voudront peut-être se demander si l'acquéreur devrait n'être autorisé à résilier le contrat que si certaines conditions supplémentaires sont remplies, par exemple uniquement si le montant spécifié d'une somme convenue (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales") est payable pour tous les retards dans la construction imputables à l'entrepreneur. Une telle restriction pourrait éviter la résiliation dans les cas où seule une petite partie de la construction n'a pas été achevée. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, l'acquéreur pourra se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

c) *Retard dans l'achèvement de la construction tout entière*

19. Si l'entrepreneur n'achève pas la construction à la date prévue par le contrat, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à notifier par écrit à l'entrepreneur l'ordre d'achever la construction dans un délai supplémentaire d'une durée donnée ou raisonnable commençant à courir à compter de la date de remise de la notification. Si l'entrepreneur n'achève pas la construction dans ce délai supplémentaire, le contrat pourra autoriser l'acquéreur soit à résilier le contrat, soit à achever la construction en engageant un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur. Ce dernier recours, qui est rarement exercé dans la pratique, entraîne d'ordinaire un accroissement du prix du fait des risques sensiblement plus importants qui seront à la charge de l'entrepreneur. Dans certains cautionnements de bonne fin, l'assentiment du garant peut être exigé pour engager un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur. En plus des recours examinés dans la présente sous-section, l'acquéreur pourra se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

i) *Résiliation du contrat*

20. Le contrat peut autoriser l'acquéreur à résilier le contrat en ce qui concerne la partie inachevée de la construction (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"). Le versement d'une somme convenue (voir chap. XIX, "Clauses

de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales") ou de dommages-intérêts (voir chap. XX, "Dommages-intérêts") peut indemniser l'acquéreur à raison de la différence entre le prix qui devait être payé à l'entrepreneur avant la résiliation du contrat et un prix raisonnable versé au nouvel entrepreneur pour achever la construction.

ii) *Engagement d'un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur*

21. Le contrat pourra stipuler que si l'acquéreur choisit d'engager un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur, le choix du nouvel entrepreneur et les conditions convenues avec lui doivent être raisonnables. Le contrat pourra obliger l'acquéreur, avant qu'il n'engage un nouvel entrepreneur, à notifier par écrit à l'entrepreneur le nom du nouvel entrepreneur qu'il compte engager et les conditions du nouveau contrat. Par notification écrite adressée à l'acquéreur, l'entrepreneur pourra faire objection au choix du nouvel entrepreneur ou aux conditions du contrat que compte passer l'acquéreur avec lui, au motif que le nouvel entrepreneur n'est pas un choix raisonnable en tant qu'entrepreneur (s'il n'a pas l'expérience voulue, par exemple), ou que les conditions du contrat offert à cet entrepreneur ne sont pas raisonnables. Le contrat pourra néanmoins autoriser l'acquéreur à engager le nouvel entrepreneur même si l'entrepreneur a fait objection au choix du nouvel entrepreneur ou aux conditions contractuelles proposées; toutefois, cela présente un risque pour l'acquéreur comme on le verra plus loin.

22. Le contrat pourra stipuler que, lorsque l'acquéreur décide d'engager un nouvel entrepreneur, il demeurera redevable du prix à l'entrepreneur, y compris le prix dû pour la partie de l'installation construite par le nouvel entrepreneur. Le contrat pourra en outre stipuler que l'entrepreneur sera tenu de payer à l'acquéreur le prix que ce dernier devra payer au nouvel entrepreneur et que l'acquéreur aura le droit de le retenir sur le prix dû à l'entrepreneur en vertu du contrat. En outre, l'entrepreneur pourra être tenu de rembourser à l'acquéreur les autres dépenses raisonnables effectuées par lui pour engager le nouvel entrepreneur. Toutefois, lorsque l'acquéreur a engagé le nouvel entrepreneur sans notifier à l'entrepreneur le nom du nouvel entrepreneur ou les conditions du contrat que l'acquéreur souhaite conclure avec le nouvel entrepreneur ou lorsque l'acquéreur a engagé le nouvel entrepreneur en dépit d'objections valables présentées par l'entrepreneur (voir plus haut, par. 21), l'acquéreur pourra n'avoir droit en vertu du contrat qu'au paiement du prix et des autres dépenses effectuées par lui pour l'engagement du nouvel entrepreneur si le choix de ce nouvel entrepreneur et les conditions du contrat passé avec lui étaient raisonnables.

23. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur sera responsable au cas où le nouvel entrepreneur n'achèverait pas la construction, au même titre que si le nouvel entrepreneur était un sous-traitant engagé par l'entrepreneur (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 27 et 28). Ou bien, le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur sera responsable de tout vice décelé dans l'installation achevée mais qu'il pourra s'exonérer de cette responsabilité s'il prouve que le vice est imputable au nouvel entrepreneur. Toutefois, si l'acquéreur a engagé un nouvel entrepreneur sans notifier à l'entrepreneur son intention d'engager un nouvel entrepreneur ou les conditions dans lesquelles ce dernier a été engagé, ou lorsque l'acquéreur a engagé un nouvel entrepreneur en dépit de l'opposition de l'entrepreneur fondée sur des motifs valables (voir plus haut, par. 21), le contrat

pourra stipuler que le risque lié à l'engagement du nouvel entrepreneur incombera à l'acquéreur. Le contrat pourra en outre stipuler que lorsque l'entrepreneur est tenu responsable par l'acquéreur de tout défaut d'exécution imputable au nouvel entrepreneur, l'acquéreur devra transférer à l'entrepreneur tous les droits qu'il peut avoir à l'égard du nouvel entrepreneur du fait de l'inexécution si un tel transfert est autorisé par la loi applicable.

24. Il pourra être souhaitable de stipuler que, si l'acquéreur choisit d'engager un nouvel entrepreneur pour achever la construction, l'entrepreneur devra arrêter la construction et quitter le chantier de sorte que le nouvel entrepreneur puisse s'y installer. L'entrepreneur pourra être tenu de s'exécuter au moment où l'acquéreur l'avisera qu'il a choisi ce recours, ou à une date ultérieure devant être indiquée dans la notification adressée par l'acquéreur. Le contrat pourra interdire à l'entrepreneur de retirer du chantier sans l'accord de l'acquéreur les engins et outils de construction appartenant à l'entrepreneur ou les équipements et matériaux devant être incorporés à l'installation, car le nouvel entrepreneur pourra en avoir besoin pour achever la construction.

25. Si l'acquéreur choisit ce recours, il serait bon qu'il ne résilie pas le contrat de construction passé avec l'entrepreneur car il est souhaitable que la responsabilité de l'entrepreneur pour la construction que devra effectuer le nouvel entrepreneur (voir plus haut, par. 23) ne se trouve pas supprimée par la résiliation du contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"). Toutefois, le contrat de construction conclu avec l'entrepreneur pourra stipuler que l'acquéreur aura le droit de le résilier et d'exercer tout recours qu'il peut faire valoir en cas de résiliation si le contrat de construction passé avec le nouvel entrepreneur est résilié. Les droits de l'acquéreur en cas de résiliation sont examinés au chapitre XXV, "Résiliation du contrat", paragraphes 30 et 31. L'acquéreur pourra en outre exercer contre le nouvel entrepreneur les recours dont il peut se prévaloir au titre du contrat de construction passé entre ce dernier et lui-même si le nouvel entrepreneur ne s'acquitte pas de ses obligations.

3. *Construction défectueuse imputable à l'entrepreneur*

26. Pour savoir si l'installation ou les équipements et les matériaux présentent des vices relevant de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur, il faudra déterminer s'ils sont conformes à la description dans le contrat des caractéristiques techniques de l'installation à construire, des équipements et des matériaux à fournir et des procédés de construction qui doivent être utilisés, eu égard aux obligations en matière de construction assumées par l'entrepreneur. La description de l'installation, les équipements et les matériaux, et les procédés de construction sont traités dans le chapitre V, "Description de l'installation et garantie de qualité", le chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", paragraphes 6 et 7, et le chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphe 2. Les obligations contractuelles qui pourront être assumées par l'entrepreneur — lesquelles dépendront en partie de la formule contractuelle choisie par l'acquéreur — sont examinées dans le chapitre II, "Choix de la formule contractuelle".

27. Les recours dont l'acquéreur pourra se prévaloir en cas de construction défectueuse pourront dépendre du degré de gravité des vices. Il est souhaitable de définir dans le contrat ce qui constitue un vice grave, compte tenu de la

nature de l'installation à construire et des paramètres fixés dans le contrat pour son fonctionnement. Pourront être considérés comme graves les vices empêchant l'installation de fonctionner dans les limites de certains paramètres spécifiés dans le contrat. Ces vices pourront, par exemple, avoir pour effet de réduire la capacité de production de l'installation, d'abaisser la qualité de ses produits ou de porter sa consommation de matières premières à un niveau dépassant des limites jugées acceptables par l'acquéreur, lesquelles seront spécifiées dans le contrat.

a) *Vices décelés durant la fabrication ou la construction*

28. L'acquéreur pourra être autorisé par le contrat à inspecter pendant leur fabrication ou lors de leur expédition sur le chantier les équipements et les matériaux qui doivent être incorporés dans l'installation (voir chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", par. 8 à 11 et 21). Si cette inspection permet de déceler des vices, l'acquéreur pourra être autorisé par le contrat à demander qu'il y soit remédié et à interdire que les équipements et les matériaux défectueux soient expédiés sur le chantier.

29. Les vices éventuels des équipements et des matériaux fournis par l'entrepreneur peuvent être décelés lors de leur arrivée sur le chantier (par exemple, lors de l'inspection effectuée à leur arrivée : voir chap. XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction", par. 23), ou à un stade ultérieur. En outre, les prestations liées à la construction qui sont fournies par l'entrepreneur pourront se révéler défectueuses à n'importe quel stade de la construction. Le contrat pourra autoriser l'acquéreur à demander par notification écrite qu'il soit remédié à ces vices, à interdire que les équipements et les matériaux défectueux soient incorporés à l'installation, à interdire la fourniture de services défectueux et à refuser d'acquitter le prix correspondant aux articles défectueux. Le contrat pourra en outre autoriser l'acquéreur à demander à l'entrepreneur de fournir des équipements, des matériaux et des services différents conformes au contrat. Le contrat pourra stipuler que s'il est remédié aux vices des équipements et des matériaux, ceux-ci seront réputés avoir été fournis au moment où il aura été remédié à ces vices. S'il n'y a pas été remédié avant une date repère obligatoire fixée pour la fourniture de ces équipements et de ces matériaux, ceux-ci pourront être considérés comme ayant été fournis en retard par l'entrepreneur (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 21). En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, l'acquéreur pourra se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

30. Des litiges pourront survenir entre les parties en ce qui concerne le bien-fondé des réclamations faites par l'acquéreur au motif que les équipements, les matériaux ou les services fournis seraient défectueux. Le contrat pourra obliger l'entrepreneur à se conformer aux instructions de l'acquéreur (voir le paragraphe précédent) même s'il estime que ces équipements, ces matériaux ou ces services ne sont pas défectueux. Si l'entrepreneur se voit interdire d'employer des équipements, des matériaux ou des services pour les besoins de la construction (voir le paragraphe précédent) et qu'il est établi ultérieurement au cours d'une procédure engagée pour régler le litige que ceux-ci n'étaient pas défectueux, l'entrepreneur pourra être autorisé à exercer contre l'acquéreur les mêmes droits qu'en cas de suspension de la construction au gré de l'acquéreur

(voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 4). Si, en outre, l'entrepreneur est obligé de fournir des équipements, des matériaux ou des services différents (voir le paragraphe précédent), il pourra être autorisé à exercer contre l'acquéreur les mêmes droits que si la construction avait été modifiée en vertu d'une demande de modification (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 8).

31. Si, dans un délai d'une durée raisonnable ou spécifiée à compter du moment où la notification mentionnée au paragraphe 29 lui a été remise, l'entrepreneur n'interrompt pas l'incorporation des équipements ou des matériaux défectueux à l'installation ou la fourniture des prestations liées à la construction qui sont défectueuses, ou s'il refuse de le faire alors que l'emploi de ces équipements et matériaux ou ces prestations risquent d'être à l'origine de vices graves, l'acquéreur pourra être autorisé à résilier le contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat").

32. Il pourra être stipulé dans le contrat que les équipements ou les matériaux défectueux qui auront été payés au moins en partie par l'acquéreur ne pourront pas être retirés du chantier sans l'accord de l'acquéreur ou sans être remplacés par de nouveaux équipements ou matériaux équivalents. Si toutefois, en raison de la nature des vices qu'ils présentent, les équipements ou les matériaux défectueux doivent être retirés du chantier pour être réparés, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à le faire à condition qu'un tiers se porte garant pour lui en s'engageant à rembourser à l'acquéreur, au cas où les équipements et les matériaux ne seraient pas restitués, le montant que ce dernier aura déjà versé à l'entrepreneur.

33. Il est souhaitable que les parties au contrat prêtent une attention particulière aux problèmes qui peuvent se poser si la conception fournie par l'entrepreneur est défectueuse. En particulier, lorsque certaines parties de l'installation doivent être construites par d'autres entrepreneurs sur la base de cette conception, la nécessité de suspendre ou de modifier les contrats conclus avec ces entrepreneurs peut entraîner un préjudice grave pour l'acquéreur. Par conséquent, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à demander par écrit à l'entrepreneur de remédier aux vices de conception dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter du moment où la demande lui aura été remise et de remédier à tout vice des équipements et des matériaux fournis par ses soins qui pourra résulter de ces vices de conception. Si l'entrepreneur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire, le contrat pourra autoriser l'acquéreur soit à engager un nouvel entrepreneur pour remédier à ces vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur, soit à résilier le contrat. En outre, l'acquéreur pourra peut-être se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

b) *Construction réputée défectueuse parce que les essais de bon fonctionnement n'ont pas été effectués*

34. Si l'entrepreneur n'effectue pas les essais de bon fonctionnement dans les délais spécifiés à cet effet dans le contrat et que cela n'est pas dû à des causes indépendantes de sa volonté (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 32), le contrat pourra stipuler que les essais seront réputés non concluants et que l'installation sera réputée présenter des vices graves. En pareil

cas, l'acquéreur aura les mêmes recours que s'il refusait de réceptionner l'installation parce que des vices graves auraient été décelés pendant les essais de bon fonctionnement (voir plus loin, par. 35 à 37).

c) *Vices décelés pendant les essais de bon fonctionnement*

i) *Refus de réceptionner l'installation*[1]

35. Si des vices graves sont décelés dans l'installation au cours de l'un quelconque des essais de bon fonctionnement prévus par le contrat (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 24 à 28), l'acquéreur pourra être autorisé par le contrat à refuser de réceptionner l'installation. Si des vices graves subsistent une fois que les derniers essais de bon fonctionnement prévus par le contrat ont été effectués, l'acquéreur pourra être autorisé à exercer tel ou tel recours selon qu'il aura été établi ou non que ces vices étaient irrémédiables au moment du refus de réception.

a. *Cas dans lesquels il n'est pas établi au moment du refus que les vices sont irrémédiables*

36. Si les vices sont graves mais qu'il n'est pas établi qu'ils sont irrémédiables au moment où l'acquéreur refuse de réceptionner l'installation, l'entrepreneur pourra être obligé d'y remédier et de prouver qu'il l'a fait en répétant les essais de bon fonctionnement dans un délai spécifié. S'il ne répète pas les essais dans ce délai, le contrat pourra stipuler qu'ils seront considérés comme non concluants. Si, après répétition des essais de bon fonctionnement, les derniers essais prévus dans le contrat ne sont pas concluants (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 26), l'acquéreur pourra être autorisé soit à résilier le contrat, soit à engager un nouvel entrepreneur qui remédiera à ces vices aux frais et aux risques de l'entrepreneur. S'il opte pour cette dernière solution, la situation juridique des parties pourra être analogue à celle dans laquelle elles se trouvent lorsque l'acquéreur décide d'engager un nouvel entrepreneur pour achever la construction aux frais et aux risques de l'entrepreneur (voir plus haut, sect. B, 2, c), ii)). En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

b. *Cas dans lesquels il est établi au moment du refus que les vices sont irrémédiables*

37. S'il est établi, au moment où l'acquéreur refuse de la réceptionner, que l'installation présente des vices graves irrémédiables, celui-ci pourra être autorisé à résilier le contrat. En outre, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

ii) *Réception de l'installation malgré la présence de vices*[2]

38. Si les vices décelés dans l'installation pendant les essais de bon fonctionnement ne sont pas graves, le contrat pourra obliger l'acquéreur à réceptionner l'installation (voir plus haut, par. 26; voir aussi chap. XIII,

"Achèvement, prise en charge et réception", par. 29). Il pourra aussi l'autoriser à la réceptionner même si les vices décelés sont graves. Dans l'un et l'autre cas, le contrat pourra autoriser l'acquéreur à exercer les recours indiqués ci-après pour vices de l'installation réceptionnée.

a. *Vices pour lesquels une réduction de prix est la seule sanction convenue*

39. Les parties voudront peut-être disposer que pour certains vices qui ne sont pas considérés comme graves (par exemple, une perte de capacité de production ne dépassant pas une marge de tolérance spécifiée), l'acquéreur n'aura droit qu'à une réduction de prix. Il est souhaitable de définir ces vices avec précision dans le contrat. En outre, les parties voudront peut-être se mettre d'accord sur la façon de calculer le montant de la réduction de prix, en employant si possible une formule mathématique.

b. *Vices pour lesquels la réduction de prix n'est pas la seule sanction convenue*

i. *Cas dans lesquels il n'est pas établi au moment de la réception que les vices sont irrémédiables*

40. Le contrat pourra disposer que l'acquéreur a le droit de demander par notification écrite à l'entrepreneur de remédier aux vices dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter du moment où la notification lui aura été remise. S'il n'est pas remédié à ces vices dans ce délai supplémentaire, l'acquéreur pourra soit avoir droit à une réduction de prix, soit être autorisé à engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

41. Si l'acquéreur opte pour la réduction du prix, le contrat pourra stipuler que le montant de cette réduction correspondra aux dépenses qu'il faudrait raisonnablement engager pour remédier aux vices. S'il n'a pas été remédié à ces vices parce qu'il a été établi au cours des travaux entrepris en vue d'y remédier (voir le paragraphe précédent) que ceux-ci étaient irrémédiables, le montant de la réduction pourra correspondre à la différence entre le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation exempte de vices et celui qui aurait été raisonnablement acquitté pour l'installation défectueuse au moment où il a été établi que les vices étaient irrémédiables. Si l'acquéreur choisit la solution consistant à engager un nouvel entrepreneur, la situation juridique des parties pourra être analogue à celle dans laquelle elles se trouvent lorsque l'acquéreur décide d'engager un nouvel entrepreneur pour achever la construction aux frais et aux risques de l'entrepreneur (voir plus haut, sect. B, 2, c), ii).

ii. *Cas dans lesquels il est établi au moment de la réception que les vices sont irrémédiables*

42. S'il est établi au moment de la réception que les vices sont irrémédiables, l'acquéreur pourra n'avoir droit qu'à une réduction de prix. Le contrat pourra stipuler qu'en pareil cas, le montant de la réduction correspondra à la différence entre le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation

exempte de vices et le prix qui aurait été raisonnablement acquitté pour l'installation défectueuse au moment où les vices sont décelés. Il n'est sans doute pas souhaitable de calculer le montant de la réduction de prix par référence aux prix en vigueur au moment de la conclusion du contrat pour des installations défectueuses et des installations exemptes de vices, car les changements de prix survenus au cours de la période écoulée entre le moment où le contrat a été conclu et le moment où les vices sont décelés ne seront alors pas pris en considération. De même, si le montant de cette réduction était calculée en comparant le prix du contrat et le prix qui serait raisonnablement payé pour l'installation au moment où les vices étaient décelés, les changements de prix pouvant avoir une incidence sur le prix du contrat ne seraient pas pris en considération. En plus de la réduction du prix à laquelle il peut prétendre, l'acquéreur pourra peut-être faire valoir les recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

d) *Vices décelés après la réception et notifiés pendant la période de garantie*

i) *Procédure régissant les réclamations*

43. La présente section ne traite que de la procédure régissant les réclamations fondées sur des vices décelés après la réception et notifiés au cours de la période de garantie. La procédure à suivre lorsque des vices sont décelés durant la construction est examinée dans le chapitre XII, "Inspections et essais durant la fabrication et la construction". La procédure à suivre lorsque des vices sont décelés pendant les essais d'achèvement et les essais de bon fonctionnement est examinée au chapitre XIII, "Achèvement, prise en charge et réception".

44. Le contrat pourra exiger que l'acquéreur notifie le plus rapidement possible par écrit à l'entrepreneur tous les vices qu'il décèle ou devrait normalement déceler. Le contrat pourra stipuler que si l'acquéreur omet de notifier aussitôt un tel vice à l'entrepreneur mais le lui notifie néanmoins avant l'expiration de la période de garantie, il conservera tous les droits et recours prévus par le contrat pour ce vice, mais devra dédommager l'entrepreneur de tout préjudice subi par ce dernier du fait que ce vice ne lui a pas été notifié en temps utile. Inversement, le contrat peut stipuler que l'acquéreur cesse de pouvoir faire valoir les recours auxquels il pouvait prétendre s'il ne notifie pas à temps à l'entrepreneur les vices décelés.

45. Le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur n'est pas responsable des vices qui lui ont été notifiés après l'expiration de la période de garantie. Toutefois, les parties voudront peut-être noter que des exceptions à ce principe peuvent figurer dans des dispositions impératives de la loi applicable au contrat (par exemple, l'entrepreneur pourra être responsable des vices décelés et notifiés par l'acquéreur après l'expiration de la période de garantie si l'entrepreneur avait connaissance de ces vices au moment de la réception et les avait dissimulés intentionnellement).

46. Le contrat pourra exiger que les vices et la date à laquelle ils ont été décelés soient spécifiés dans la notification et accorder à l'entrepreneur la faculté d'inspecter ces vices dans un délai raisonnable après leur notification. L'entrepreneur pourra être tenu de faire savoir à l'acquéreur par écrit, dans un délai spécifié ou raisonnable à compter de la date de remise de la notification, s'il accepte ou non la responsabilité des vices. Si l'entrepreneur décline toute

responsabilité alors que l'acquéreur continue de le tenir pour responsable, le contrat pourra obliger l'entrepreneur à remédier le plus rapidement possible aux vices. S'il est établi par la suite, lors d'une procédure engagée pour régler le litige, que l'entrepreneur n'est pas responsable des vices, il pourra avoir droit au versement d'une somme raisonnable pour y avoir remédié. L'entrepreneur pourra être tenu d'indiquer à l'acquéreur, si ce dernier le lui demande, le délai qu'il estime nécessaire pour remédier aux vices.

ii) *Responsabilité en cas de vices*

a. *Cas dans lesquels il n'est pas établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés*

47. S'il n'est pas établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés, l'acquéreur peut être en droit d'exiger de l'entrepreneur par notification écrite qu'il remédie aux vices dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter de la date de la remise de la notification. S'il n'est pas remédié à ces vices dans ce délai supplémentaire, l'acquéreur peut soit prétendre à une réduction de prix, soit engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur. Toutefois, dans certains cautionnements de bonne fin, l'assentiment du garant peut être exigé pour engager un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur. Le contrat peut stipuler que le montant de la réduction correspondra aux dépenses qu'il y aurait raisonnablement lieu d'engager pour remédier aux vices. Si l'acquéreur opte pour cette dernière solution et que le contrat avec le nouvel entrepreneur est résilié du fait que les vices sont irrémédiables, l'acquéreur peut prétendre à une réduction de prix. Le contrat peut stipuler que le montant de la réduction du prix correspondra à la différence entre le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation exempte de vices et le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation défectueuse au moment où le nouvel entrepreneur ne parvient pas à remédier aux vices. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

b. *Cas dans lesquels il est établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés*

48. S'il est établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés, l'acquéreur peut être en droit de prétendre à une réduction du prix. Le montant de cette réduction pourra correspondre à la différence entre le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation exempte de vices et le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation défectueuse au moment où les vices sont décelés. En outre, l'acquéreur peut être en droit de se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

4. *Vices dont l'entrepreneur n'est pas responsable*

49. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à remédier, à la demande de l'acquéreur, aux vices dont il n'est pas responsable, à condition qu'ils lui soient notifiés avant l'expiration de la période de garantie. Le contrat peut exiger que

l'entrepreneur remédie à ces vices dans un délai raisonnable à compter du moment où ils sont notifiés et lui donner droit au versement d'une somme raisonnable en contrepartie.

5. *Récapitulation des recours de l'acquéreur*

50. On peut récapituler comme suit les recours en cas de défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur que les parties peuvent envisager lorsqu'elles rédigent leur contrat, en plus des recours qui sont examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts" :

1. *Retard dans la construction du fait de l'entrepreneur* (sect. B, 2)

   a) *Retard dans le commencement de la construction* (par. 17)

      — Exiger que la construction commence;

        si l'entrepreneur ne commence pas la construction dans le délai supplémentaire,

      — résilier le contrat.

   b) *Retard dans l'achèvement d'une partie de la construction à la date repère obligatoire* (par. 18)

      — Exiger l'achèvement de ladite partie;

        si l'entrepreneur n'achève pas ladite partie dans le délai supplémentaire,

      — résilier le contrat.

   c) *Retard dans l'achèvement de la construction tout entière* (par. 19 à 25)

      — Exiger l'achèvement de la construction tout entière;

        si l'entrepreneur n'achève pas la construction tout entière dans le délai supplémentaire,

        soit

      — résilier le contrat

        soit

      — engager un nouvel entrepreneur pour achever la construction, aux frais et aux risques de l'entrepreneur;

        si le contrat avec le nouvel entrepreneur est résilié,

      — résilier le contrat passé avec l'entrepreneur.

2. *Construction défectueuse imputable à l'entrepreneur* (sect. B, 3)

   a) *Vices décelés durant la fabrication ou la construction* (par. 28 à 33)

      i) *Vices des équipements et matériaux décelés durant la fabrication ou lors de l'expédition*

         — Exiger qu'il soit remédié aux vices; et

         — interdire la fourniture d'équipements et matériaux défectueux destinés à la construction.

      ii) *Vices des équipements et des matériaux décelés à l'arrivée sur le chantier ou ultérieurement, et vices des prestations liées à la construction* (par. 29 à 33)

— Exiger qu'il soit remédié aux vices des équipements et matériaux;
— refuser de payer les équipements, matériaux ou services défectueux; et
— interdire l'incorporation d'équipements et matériaux défectueux à l'installation, ou la fourniture de prestations défectueuses;

si l'entrepreneur continue d'incorporer des équipements et matériaux défectueux à l'installation, ou de fournir des prestations défectueuses, et que cela risque d'être à l'origine de vices graves de l'installation,

— résilier le contrat.

b) *Construction réputée défectueuse parce que les essais de bon fonctionnement n'ont pas été effectués* (par. 34)

— Recours identique au recours prévu en cas de refus de l'acquéreur de réceptionner l'installation lorsque les vices sont graves (voir plus loin, c).

c) *Vices décelés pendant les essais de bon fonctionnement* (par. 35 à 42) :

L'acquéreur peut

— refuser de réceptionner l'installation si les vices sont graves, ou
— réceptionner l'installation si les vices ne sont pas graves ou la réceptionner en dépit de vices graves.

i) *Refus de réceptionner l'installation si les vices sont graves* (par. 35 à 37)

a. Cas dans lesquels il n'est pas établi, au moment du refus, que les vices sont irrémédiables,

— exiger qu'il y soit remédié;

si des vices graves sont décelés au cours des derniers essais de bon fonctionnement prévus par le contrat

soit

— résilier le contrat

soit

— engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur;

si le nouvel entrepreneur ne peut pas remédier aux vices,

— résilier le contrat avec l'entrepreneur.

b. Cas dans lesquels il est établi au moment du refus que les défauts sont irrémédiables,

— résilier le contrat.

ii) *Réception si les vices ne sont pas graves ou malgré la présence de vices graves* (par. 38 à 42)

a. Vices mineurs pour lesquels une réduction du prix est la seule sanction convenue

— demander la réduction du prix.

b. Vices pour lesquels la réduction du prix n'est pas la seule sanction convenue

i. Cas dans lesquels il n'est pas établi, au moment de la réception, que les vices sont irrémédiables,

— exiger qu'il y soit remédié;

s'il n'est pas remédié aux vices pendant le délai supplémentaire

soit

— demander la réduction du prix

soit

— engager un nouvel entrepreneur pour y remédier, aux frais et aux risques de l'entrepreneur;

si le nouvel entrepreneur ne peut pas remédier aux vices,

— demander la réduction du prix.

ii. Cas dans lesquels il est établi au moment de la réception que les vices sont irrémédiables,

— demander la réduction du prix.

d) *Vices décelés après la réception et notifiés pendant la période de garantie* (par. 43 à 48)

a. Cas dans lesquels il n'est pas établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés,

— exiger qu'il y soit remédié;

s'il n'est pas remédié aux vices pendant le délai supplémentaire,

soit

— demander la réduction du prix

soit

— engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices, aux frais et aux risques de l'entrepreneur;

si le nouvel entrepreneur ne peut pas remédier aux vices,

— demander la réduction du prix;

b. Cas dans lesquels il est établi que les vices sont irrémédiables au moment où ils sont décelés,

— demander la réduction du prix.

3. *Vices dont l'entrepreneur n'est pas responsable* (par. 49)

— Exiger qu'il soit remédié aux vices aux frais de l'acquéreur.

C. Recours dont l'entrepreneur peut se prévaloir

1. *Caractéristiques principales*

51. Au moment où elles rédigent les dispositions qui ont trait aux recours de l'entrepreneur, les parties devraient tenir compte des questions examinées plus haut, dans les paragraphes 9 à 16, étant donné que certaines de ces questions présentent aussi un intérêt pour la formulation des recours de l'entrepreneur.

2. *Retard dans le paiement du prix ou dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix*

52. Les conditions de paiement énoncées dans le contrat déterminent quand le prix ou une fraction du prix doivent être acquittés (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 63 à 79). Le contrat peut aussi exiger qu'une garantie de paiement du prix (par exemple, une lettre de crédit) soit fournie par l'acquéreur à un moment spécifié (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 40 à 45).

a) *Demande de paiement du prix et de versement d'intérêts*

53. Si l'acquéreur n'acquitte pas le prix ou une fraction du prix à l'échéance prévue, l'entrepreneur aura le droit d'exiger le paiement en vertu de la loi applicable au contrat; dans de nombreux systèmes juridiques, il pourra aussi réclamer des intérêts pour le retard de paiement. Les parties pourront aussi faire figurer dans leur contrat des dispositions régissant le versement d'intérêts. Si elles décident de le faire, elles devront prendre en considération toutes règles juridiques impératives de la loi applicable régissant cette question, telles que la limitation des taux d'intérêt. Elles pourront aussi se demander si des intérêts seront dus lorsque l'acquéreur ne paie pas en raison d'un empêchement exonératoire (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération") et si, en plus des intérêts, des dommages-intérêts devront être versés à l'entrepreneur pour le préjudice non couvert par les intérêts versés. Si la loi applicable ne permet pas de réclamer des intérêts en cas de retard dans le paiement des sommes dues, les parties voudront peut-être prévoir dans le contrat un recours approprié susceptible d'être autorisé par cette loi, ce recours pouvant, par exemple, prendre la forme du versement d'une somme convenue (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales").

54. Si les parties prévoient dans le contrat que des intérêts seront versés, elles voudront peut-être convenir de la période pendant laquelle ces intérêts seront dus. Elles voudront peut-être stipuler que des intérêts seront dus entre la date à laquelle le prix aurait dû être acquitté et la date à laquelle l'entrepreneur est effectivement payé.

55. Les parties pourront soit fixer le taux d'intérêt dans le contrat, soit décider que cette question sera réglée par la loi applicable au contrat. Toutefois, il se peut que la question ne soit pas tranchée comme il convient par les règles qui, dans certains systèmes juridiques, ont trait au paiement d'intérêts en cas de retard dans le paiement du prix. Si les parties décident de fixer le taux d'intérêt dans le contrat, il serait préférable qu'elles prévoient une formule permettant de calculer ce taux plutôt que de stipuler un taux précis, car il pourra être impossible de prévoir avec précision le taux qui conviendra pendant la période pour laquelle des intérêts seront dus. On pourrait, par exemple, fixer le taux d'intérêt sur la base d'un taux bancaire (par exemple, le Libor — taux interbancaire moyen des eurodollars à Londres) en vigueur pendant la durée du retard de paiement de l'acquéreur.

56. Il est aussi possible de stipuler que le taux d'intérêt applicable sera soit un taux d'intérêt spécifié en vigueur dans le pays de l'acquéreur, soit un taux d'intérêt spécifié en vigueur dans le pays de l'entrepreneur pendant la durée du retard de paiement de l'acquéreur. Il pourra être souhaitable de déterminer

dans le contrat quel taux devra être appliqué parmi plusieurs taux en vigueur dans le pays choisi. L'un des taux que l'on pourra retenir est le taux officiel de l'escompte. Si un taux spécifié en vigueur dans le pays de l'entrepreneur doit être appliqué, l'acquéreur pourra être tenté de retarder le paiement si le taux qu'il obtiendrait en plaçant ses fonds dans son propre pays ou le taux auquel il devrait emprunter pour financer le paiement est supérieur au taux spécifié. Si le taux en vigueur dans le pays de l'acquéreur doit être appliqué, cette tentation disparaît. Toutefois, si cette dernière solution est adoptée et que le taux en vigueur dans le pays de l'entrepreneur est supérieur au taux spécifié en vigueur dans le pays de l'acquéreur, l'entrepreneur risque de subir un préjudice car il ne pourra pas bénéficier de ce taux d'intérêt plus élevé en plaçant les fonds dans son propre pays ou sera obligé d'emprunter dans son pays le montant non acquitté et de verser des intérêts sur cet emprunt sur la base de ce taux plus élevé. Ce risque pourra être évité si l'on autorise l'entrepreneur à réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice résultant de la différence entre les taux d'intérêt.

b) *Suspension de la construction et résiliation du contrat*

57. Si après un retard d'une durée spécifiée, l'acquéreur n'a toujours pas payé un pourcentage spécifié du prix prévu par le contrat ou n'a toujours pas fourni de garantie pour le paiement d'un pourcentage spécifié du prix, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à demander par notification écrite à l'acquéreur d'effectuer le paiement ou de fournir la garantie dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter de la date de remise de la notification. Il devrait être précisé dans cette notification que l'entrepreneur suspendra la construction si l'acquéreur ne paie pas ou ne fournit pas cette garantie dans ce délai supplémentaire. Le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction si l'acquéreur ne paie pas le prix ou un pourcentage spécifié du prix ou ne fournit pas la garantie dans ce délai supplémentaire (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 6). L'entrepreneur pourra en outre être autorisé à résilier le contrat si l'acquéreur ne paie pas le prix ou ne fournit pas la garantie dans un délai spécifié à compter de la suspension.

58. Une autre solution serait d'autoriser l'entrepreneur à résilier immédiatement le contrat si l'acquéreur ne paie pas ou ne fournit pas la garantie dans le délai supplémentaire (voir le paragraphe précédent). Toutefois, on notera que la résiliation du contrat par l'entrepreneur pour défaut de paiement du prix n'est généralement pas avantageuse pour lui une fois que la construction est achevée (voir chap. XV, "Transfert de la propriété des biens", par. 4, et chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 32).

3. *Retard dans la prise en charge ou la réception de l'installation*

59. Le contrat pourra obliger l'acquéreur à prendre en charge et à réceptionner l'installation une fois celle-ci achevée (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 21 et 29). Les effets juridiques du retard dans la prise en charge ou la réception de l'installation pourront être prévus dans le contrat. Etant donné la nature des actes que doit effectuer l'acquéreur pour prendre en charge et réceptionner l'installation, il pourra se

révéler impossible ou malcommode dans de nombreux systèmes juridiques de l'obliger à accomplir ces actes en engageant une procédure arbitrale ou judiciaire. En outre, étant donné que la prise en charge et la réception ne se produisent qu'après l'achèvement de la construction, l'entrepreneur n'aura sans doute aucun intérêt à résilier le contrat en cas de défaut de prise en charge ou de réception de la part de l'acquéreur.

60. Si l'acquéreur tarde à réceptionner l'installation, le contrat pourra disposer que la réception est réputée se produire une fois que les essais de bon fonctionnement ont été concluants (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 31). Dans les cas exceptionnels où cette solution ne peut pas être envisagée (par exemple, lorsque le contrat n'exige pas qu'il soit procédé à des essais de bon fonctionnement), le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à demander par notification écrite à l'acquéreur de procéder à la réception dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter de la date de la remise de la notification et disposer que si ce dernier ne s'exécute pas, les effets juridiques de la réception (par exemple l'obligation pour l'acquéreur d'acquitter une fraction du prix ou le commencement de la période de garantie) se produiront à compter de la date à laquelle l'entrepreneur aura remis à l'acquéreur une notification écrite indiquant que ces effets vont se produire. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

61. Etant donné que telle qu'elle est envisagée dans le Guide, la prise en charge consiste pour l'acquéreur à prendre matériellement possession de l'installation (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 1), la présomption légale de prise en charge pourra difficilement être énoncée dans le contrat. Par conséquent, si l'acquéreur tarde à prendre en charge l'installation, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à lui demander par notification écrite de prendre en charge l'installation dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter de la date de remise de la notification et stipuler que, s'il ne s'exécute pas, les effets juridiques de la prise en charge (par exemple le transfert des risques ou le commencement de la période d'essai de l'installation) se produiront à compter de la date à laquelle l'entrepreneur remettra à l'acquéreur une notification écrite indiquant que ces effets vont se produire. En outre, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

4. *Non-fourniture à temps de la conception, des équipements ou des matériaux nécessaires à la construction qui soient exempts de vices*

a) *Non-fourniture à temps d'une conception exempte de vices*

62. Dans le cadre de certains contrats de construction, l'acquéreur peut être tenu de fournir la conception sur la base de laquelle l'entrepreneur doit construire l'installation (voir le chapitre II, "Choix de la formule contractuelle"). Le contrat pourra énoncer les effets juridiques résultant de l'inexécution de cette obligation par l'acquéreur. Par exemple, le contrat pourra disposer que le délai dont dispose l'entrepreneur pour achever la construction ne

commence à courir qu'à la date à laquelle l'acquéreur lui a remis une conception exempte de vices. L'entrepreneur pourra aussi être autorisé à accorder à l'acquéreur un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable pour fournir cette conception et à résilier le contrat si l'acquéreur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

b) *Non-fourniture à temps d'équipements et de matériaux exempts de vices*

63. Dans le cadre de certains contrats de construction, l'acquéreur peut être tenu de fournir certains équipements et matériaux que l'entrepreneur doit incorporer dans l'installation (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 27). Si les équipements et les matériaux fournis par l'acquéreur sont défectueux et que leur incorporation est à l'origine de vices dans l'installation, le contrat pourra exonérer l'entrepreneur de toute responsabilité pour ces vices. Si l'acquéreur ne fournit pas les équipements et les matériaux en temps utile ou fournit des équipements et des matériaux défectueux, l'entrepreneur pourra être autorisé à suspendre les travaux de construction compromis de ce fait (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 6 et 7). En outre, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à demander par notification écrite à l'acquéreur de fournir ces équipements et ces matériaux ou de fournir des équipements et des matériaux exempts de vices dans un délai supplémentaire d'une durée spécifiée ou raisonnable à compter de la date de remise de la notification et disposer que si l'acquéreur ne s'exécute pas dans ce délai supplémentaire, l'entrepreneur aura le droit de se les procurer lui-même et de se faire rembourser par l'acquéreur la totalité des dépenses qu'il aura raisonnablement engagées pour ce faire. Si ces équipements et ces matériaux ne peuvent pas être obtenus par l'entrepreneur, ce dernier pourra être autorisé à résilier le contrat pour ce qui est des parties de la construction qui ne peuvent pas être réalisées sans ces équipements et ces matériaux. En plus des recours examinés dans le présent paragraphe, il se peut que l'acquéreur puisse se prévaloir des recours examinés au chapitre XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et au chapitre XX, "Dommages-intérêts".

D. Recours dont les deux parties peuvent se prévaloir

1. *Retard dans le paiement de sommes autres que le prix*

64. Dans quelques cas, il se peut que l'acquéreur soit tenu, aux termes du contrat ou de la loi applicable au contrat, de verser à l'entrepreneur une somme d'argent autre que le prix et que l'entrepreneur soit tenu de verser à l'acquéreur une somme d'argent (par exemple, pour rembourser les primes d'assurance que l'une des parties a acquittées pour le compte de l'autre). Si ces sommes doivent être versées séparément et non pas ajoutées au prix dû ou retranchées de ce dernier, la partie à qui une telle somme est due pourra être autorisée par le contrat à en exiger le paiement et, en cas de non-paiement, à en mettre le montant en recouvrement. Si les parties souhaitent stipuler que des intérêts devront être versés en cas de retard de paiement, les questions se rapportant au

versement des intérêts pourront être réglées de la même façon que celles qui se rapportent au versement des intérêts en cas de retard dans le paiement du prix (voir plus haut, sect. C, 2, a). Il pourra être stipulé dans le contrat qu'une partie n'a pas le droit de suspendre l'exécution de ses obligations ou de résilier le contrat du fait que l'autre partie tarde à payer des sommes autres que le prix.

2. *Inexécution d'obligations accessoires*

65. Les effets de l'inexécution d'obligations accessoires (par exemple, une obligation de notification) pourront être régis par le contrat. Le contrat pourra limiter ces effets au paiement de dommages-intérêts (voir chap. XX, "Dommages-intérêts", et chap. XXI, "Clauses d'exonération"). Dans certains cas, les parties voudront peut-être prévoir le versement d'une somme convenue (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales"). D'autres conséquences peuvent être envisagées : par exemple, la partie défaillante pourra être déchue de tel ou tel droit (par exemple, du droit d'invoquer une clause d'exonération si elle n'informe pas l'autre partie de la survenance d'un empêchement exonératoire), ou il y aura présomption de tel ou tel fait (par exemple, l'acquéreur pourra être présumé avoir consenti à l'engagement d'un sous-traitant proposé par l'entrepreneur s'il ne s'oppose pas à l'engagement de ce sous-traitant dans un délai spécifié à compter du moment où ce sous-traitant a été proposé). Là encore, le contrat pourra stipuler que si une partie tarde à prendre en charge des équipements ou des matériaux qui doivent être incorporés dans l'installation, elle assumera les risques de perte ou d'endommagement de ces équipements ou de ces matériaux à compter du moment où elle aurait dû les prendre en charge. En outre, le contrat peut autoriser l'une des parties à résilier le contrat si l'autre partie ne s'acquitte pas de telle ou telle obligation; c'est ainsi que l'acquéreur peut être en droit de résilier le contrat si l'entrepreneur ne s'acquitte pas de l'obligation qui lui incombe de proroger une garantie d'exécution (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 36). Certains de ces cas sont examinés dans d'autres chapitres du *Guide*. Il pourra être bon de préciser les effets de l'inexécution de ces obligations dans les dispositions contractuelles les concernant. Les effets pouvant normalement résulter de l'inexécution de telle ou telle obligation accessoire sont indiqués dans les différents chapitres du *Guide* où il est question de ces obligations.

66. Lorsque le contrat oblige l'une des parties à prêter son concours à l'autre pour lui permettre de s'acquitter d'une obligation, le contrat peut stipuler que la première partie n'est pas en droit de se prévaloir des recours auxquels elle pourrait prétendre du fait que l'autre partie ne s'est pas acquittée de ladite obligation si ce défaut d'exécution est dû au fait que la première partie n'a pas prêté à l'autre le concours que le contrat exigeait d'elle.

Notes du chapitre XVIII

[1]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. Si des vices graves sont décelés dans l'installation au cours des essais de bon fonctionnement effectués en application de l'article . . ., l'acquéreur peut soit refuser de réceptionner l'installation, soit la réceptionner.

"2. Si l'acquéreur exerce son droit de refuser de réceptionner l'installation et qu'il n'est pas établi au moment du refus que les vices sont irrémédiables, l'entrepreneur doit y remédier puis démontrer que l'installation est exempte de vices graves en répétant les essais de bon fonctionnement dans un délai de . . . (indication d'un délai) à compter du moment où ont été réalisés les essais précédents dont les résultats n'ont pas été concluants. Si l'entrepreneur ne recommence pas les essais dans ce délai, ceux-ci seront considérés comme non concluants.

"3. Si après répétition des essais de bon fonctionnement, les derniers essais prévus à l'article . . . ne sont pas concluants, l'acquéreur a le droit soit de résilier le contrat, soit d'engager un nouvel entrepreneur pour remédier aux vices aux frais et aux risques de l'entrepreneur.

(Il faudrait faire figurer dans cet article des dispositions calquées sur celles qui figurent aux paragraphes 21 à 25 traitant de la question des droits des parties lorsque l'acquéreur décide d'engager un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur.)

"4. S'il est établi au moment où il refuse de réceptionner l'installation que les vices sont irrémédiables, l'acquéreur a le droit de résilier le contrat."

[2]*Dispositions données à titre d'exemples*

"1. Si l'acquéreur réceptionne l'installation, il a le droit d'exercer les recours ci-après pour les vices décelés au cours des essais de bon fonctionnement.

"2. Pour ce qui est des vices décrits dans le présent paragraphe, l'acquéreur n'a droit qu'à la réduction de prix indiquée ci-après :

Réduction de la capacité de production de l'installation	*Réduction de prix*
1 %	. . . % du prix

(on pourra indiquer d'autres vices ainsi que les réductions de prix correspondantes).

"3. S'il n'est pas établi que des vices autres que ceux indiqués au paragraphe 2 du présent article sont irrémédiables au moment de la réception, l'acquéreur peut remettre à l'entrepreneur une notification écrite lui demandant de remédier à ces vices dans un délai supplémentaire [de . . . jours (délai à spécifier dans le contrat)] [d'une durée raisonnable qui sera spécifiée dans la notification] et indiquant que si l'entrepreneur ne remédie pas à ces vices dans le délai supplémentaire, l'acquéreur demandera une réduction de prix ou engagera un nouvel entrepreneur pour y remédier aux frais et aux risques de l'entrepreneur.

"4. Si l'entrepreneur ne remédie pas aux vices dans le délai supplémentaire indiqué au paragraphe 3 du présent article, l'acquéreur a le droit, conformément à la notification effectuée en application dudit paragraphe, soit de demander une réduction de prix, soit d'engager un nouvel entrepreneur pour remédier à ces vices aux frais et aux risques de l'entrepreneur.

"5. Si l'acquéreur demande une réduction de prix, il a droit à une réduction d'un montant équivalant aux dépenses qu'il faudrait raisonnablement engager pour remédier aux vices.

(Il faudrait faire figurer dans cet article des dispositions calquées sur celles qui figurent dans la note 1 traitant de la question des droits des parties lorsque l'acquéreur décide d'engager un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur.)

"6. S'il est établi au moment de la réception que des vices autres que ceux qui sont mentionnés au paragraphe 2 du présent article sont irrémédiables, l'acquéreur ne pourra demander qu'une réduction de prix. L'acquéreur a droit à une réduction de prix d'un montant égal à la différence entre le prix raisonnable qui aurait été acquitté pour l'installation exempte de vices et celui qui aurait été raisonnablement acquitté pour l'installation défectueuse au moment où les vices sont décelés."

Chapitre XIX. Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales

RÉSUMÉ

Les clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie, la partie lésée a droit au versement par la partie en défaut d'une somme d'argent convenue. Dans les contrats de construction, ces clauses visent généralement le défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur (par. 1).

Ces clauses présentent certains avantages. Etant donné que la somme convenue peut être recouvrée sans qu'il y ait à prouver qu'un préjudice a été subi, les dépenses et l'incertitude liées à l'établissement de cette preuve se trouvent supprimées (par. 2). Cette somme peut également constituer la limite de responsabilité de l'entrepreneur, ce qui est un avantage pour ce dernier car il connaîtra ainsi la responsabilité maximale qu'il encourt (par. 3).

De nombreux systèmes juridiques comportent des règles, parfois impératives, régissant les clauses de dommages-intérêts spécifiés et les clauses pénales. Dans certains, seules les clauses en vertu desquelles la somme convenue sert à indemniser sont valables. Dans d'autres, les clauses prévoyant une somme convenue à titre de réparation ou pour encourager l'exécution ou pour ces deux fins à la fois sont valables (par. 5). Les parties souhaiteront peut-être stipuler que si le défaut d'exécution résulte d'un empêchement exonératoire, la somme convenue n'est pas due (par. 6).

La loi applicable au contrat régit souvent le rapport entre le recouvrement de la somme convenue et l'exécution forcée des obligations. Il régit souvent aussi le rapport entre le recouvrement de la somme convenue et l'obtention de dommages-intérêts. Cependant, la loi applicable peut laisser les parties libres de régler ces rapports dans une certaine mesure et celles-ci pourront souhaiter le faire dans la mesure permise (par. 7 et 8).

Les deux parties ont intérêt à définir clairement ce qui constitue un défaut d'exécution ouvrant droit au paiement de la somme convenue (par. 9). Lors de la fixation du montant de la somme convenue, l'acquéreur peut avoir intérêt, si la loi applicable le permet, à prévoir un montant qui lui assure un dédommagement adéquat tout en incitant assez l'entrepreneur à s'acquitter de ses obligations. Les sommes excessives sont à éviter; dans de nombreux systèmes juridiques, elles seraient annulées ou réduites (par. 10 et 11).

Le montant de la somme convenue est souvent fixé de manière graduelle avec un plafond éventuel pour les versements à ce titre. Un tel plafond peut présenter des avantages et des inconvénients pour l'acquéreur (par. 12). Les parties souhaiteront peut-être décider si ce plafond doit s'appliquer dans tous les cas (par. 13) et envisager les recours que l'acquéreur pourrait avoir une fois que le plafond est atteint (par. 14).

Pour faciliter l'obtention de la somme convenue, le contrat peut autoriser l'acquéreur à la déduire de fonds de l'entrepreneur qui lui ont été remis (par. 15). Le contrat peut également prévoir que la somme convenue doit être garantie par une institution financière (par. 16).

Lorsqu'une somme convenue est prévue pour un retard d'exécution, la date fixée pour l'exécution peut devenir caduque dans certaines circonstances, ce qui peut créer des difficultés dans l'application des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales. Les parties souhaiteront peut-être prévoir dans le contrat un mécanisme pour la fixation d'une nouvelle date d'exécution et disposer que le retard doit être calculé par rapport à cette nouvelle date (par. 17).

Les parties souhaiteront peut-être examiner dans quelles circonstances il convient de prévoir le versement d'une somme convenue en cas de retard dans l'achèvement d'une partie de l'installation par l'entrepreneur. Le montant fixé pour la somme convenue dépendra de ces circonstances (par. 18 et 19).

Lorsque le versement d'une somme convenue est prévu sous forme de paiements échelonnés avec un maximum pour la somme à recouvrer, les parties devraient déterminer les recours possibles (résiliation, dommages-intérêts et recouvrement de la somme convenue) ainsi que les rapports entre ces recours (par. 21).

A. Remarques générales

1. Les clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et les clauses pénales prévoient qu'en cas d'inexécution par une partie d'une obligation spécifiée, la partie lésée a droit au versement par la partie en défaut d'une somme d'argent convenue lors de la conclusion du contrat. Ces clauses visent le plus souvent les retards d'exécution[1]. La somme convenue peut avoir pour but soit d'inciter à l'exécution d'une obligation, soit de réparer le préjudice causé par le défaut d'exécution, soit les deux[2]. Les clauses de ce genre ne visent pas tant le défaut de paiement que l'inexécution d'obligations en matière de construction. Aussi, dans les contrats de construction, sont-elles habituellement applicables aux cas d'inexécution de la part de l'entrepreneur, bien qu'elles puissent s'appliquer également au défaut d'exécution de la part de l'acquéreur.

2. Convenir d'une somme à verser en cas de défaut d'exécution présente certains avantages dans le cas d'un contrat de construction. Tout d'abord, cette somme représente une indemnité convenue en cas de défaut d'exécution, ce qui supprime les dépenses nécessaires pour prouver le montant du préjudice subi du fait de ce défaut d'exécution. Ces dépenses peuvent être considérables, surtout si l'acquéreur doit, pour établir qu'il a subi un préjudice, poursuivre en justice à l'extérieur du pays où l'installation est construite. En outre, comme il est parfois difficile d'apporter la preuve de l'étendue du préjudice subi dans le cas d'un contrat de construction, le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés à la suite d'une action en justice peut être incertain. La somme convenue présente un caractère de certitude, ce qui peut être utile aux deux parties pour évaluer les risques que leur fait assumer le contrat.

3. En deuxième lieu, la somme convenue peut constituer la limite de responsabilité de l'entrepreneur s'il ne s'acquitte pas d'une obligation particulière (voir plus loin, sect. E). Il est utile pour celui-ci de connaître à l'avance la responsabilité maximale qu'il encourt.

4. Il faut distinguer les clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et les clauses pénales (ci-après appelées "clauses de versement d'une somme convenue") de deux autres types de clauses qui figurent parfois dans les contrats de construction, à savoir les clauses limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables et celles qui instituent des obligations alternatives. Une clause limitant le montant des dommages-intérêts recouvrables fixe un maximum pour la somme à payer si la responsabilité est établie. Le demandeur doit prouver le montant de son préjudice et n'obtient réparation que jusqu'à concurrence de ce montant, dans la limite du maximum prévu. Dans le cas des clauses de versement d'une somme convenue, on obtient généralement la somme convenue sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. Une clause prévoyant une obligation alternative en faveur d'un entrepreneur donne à celui-ci le choix entre l'exécution d'une obligation spécifiée et le paiement d'une somme convenue. En levant l'option, il s'acquitte de son obligation et peut avoir droit à la prestation qui lui a été promise par l'acquéreur en contrepartie. Dans le cas des clauses de versement d'une somme convenue, l'intention des parties n'est généralement pas que l'entrepreneur reçoive une prestation quelconque en contrepartie du paiement de la somme convenue, ni que ce paiement le libère de l'obligation d'exécution pour laquelle la somme convenue était prévue (voir aussi plus loin, par. 7).

5. De nombreux systèmes juridiques comportent des règles, parfois impératives, en ce qui concerne le versement d'une somme convenue, règles qui restreignent souvent ce que les parties peuvent obtenir grâce à de telles clauses. Dans certains systèmes juridiques, les clauses par lesquelles les parties conviennent de fixer au moment de la conclusion du contrat une somme à payer en réparation du préjudice causé par un défaut d'exécution sont valables. En revanche, les clauses fixant une somme convenue pour encourager l'exécution des obligations sont nulles et la partie en défaut n'est tenue qu'à des dommages-intérêts dans les conditions du droit commun. Dans d'autres systèmes juridiques, cependant, les clauses prévoyant le versement d'une somme convenue soit à titre de réparation, soit pour encourager l'exécution, soit pour ces deux fins à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux peuvent, dans des cas spécifiés, réduire le montant de la somme convenue, par exemple s'il est par trop excessif eu égard aux circonstances ou s'il y a eu exécution partielle. Les parties n'ont pas la faculté de s'affranchir par une convention de ce pouvoir de réduire la somme convenue. Leur choix de la loi applicable au contrat (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 1) est donc particulièrement important du point de vue des clauses de versement d'une somme convenue.

6. Dans de nombreux systèmes juridiques, la règle est que la somme convenue n'est pas due si le défaut d'exécution résulte d'un empêchement exonératoire (voir chap. XXI "Clauses d'exonération") ou d'actes ou omissions de l'autre partie. Les parties souhaiteront peut-être faire en sorte que cette règle reste applicable (Règles uniformes, art. 5).

B. Rapports entre le recouvrement de la somme convenue, d'une part, et l'exécution forcée et l'obtention de dommages-intérêts, d'autre part

7. La loi applicable au contrat régit souvent, quoique en général par des règles relatives à l'interprétation de la convention entre les parties, les rapports entre le recouvrement de la somme convenue et l'exécution forcée des obligations.

Dans certains systèmes juridiques, l'exécution forcée est généralement refusée, si bien que l'acquéreur ne peut réclamer que la somme convenue. Toutefois, lorsque l'exécution forcée est accordée, il est souhaitable que le contrat précise les rapports entre l'exécution forcée et le recouvrement de la somme convenue. Par exemple, la somme convenue payable en cas de retard d'exécution n'est normalement destinée qu'à dédommager l'acquéreur du préjudice qu'il a subi pendant ce retard. En conséquence, le contrat peut stipuler que l'acquéreur a la faculté non seulement de réclamer la somme convenue, mais aussi de demander l'exécution du contrat (Règles uniformes, art. 6)[3].

8. La loi applicable au contrat régit souvent les rapports entre le recouvrement de la somme convenue et l'obtention de dommages-intérêts. Etant donné que l'un des objectifs assignés à la somme convenue est d'éviter les difficultés que soulève l'évaluation des dommages-intérêts (voir plus haut, par. 2), quelques systèmes juridiques n'autorisent pas l'acquéreur, lorsque les dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus en vertu des règles y relatives sont supérieurs à la somme convenue, à renoncer à celle-ci et à réclamer des dommages-intérêts. L'entrepreneur n'est pas davantage fondé, lorsque le montant susceptible d'être alloué à titre de dommages-intérêts est inférieur à la somme convenue, à opposer qu'il n'est tenu qu'aux dommages-intérêts. Dans certains systèmes juridiques, lorsque le préjudice est supérieur à la somme convenue, l'acquéreur peut cependant en apporter la preuve et obtenir, en plus de cette somme, des dommages-intérêts jusqu'à concurrence de la différence, soit sans condition, soit sous certaines conditions (par exemple, l'inexécution doit résulter d'une négligence ou de l'intention de causer un préjudice, ou il faut qu'il ait été convenu expressément que des dommages-intérêts seraient versés pour couvrir cette différence). Les parties jugeront donc peut-être souhaitable de régler ces questions par le contrat dans les limites permises par la loi applicable (Règles uniformes, art. 7)[4].

C. Définition du défaut d'exécution

9. Les deux parties ont intérêt à définir clairement ce qui constitue un défaut d'exécution ouvrant droit au paiement de la somme convenue. Ainsi, lorsqu'une telle somme est due si la construction n'est pas achevée à une date fixée, il est nécessaire de définir clairement ce que l'on entend par achèvement des travaux afin de déterminer si la somme convenue est due dès cette date (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 1 et 4).

D. Fixation du montant de la somme convenue

10. Fixer un montant approprié pour la somme convenue soulève certaines difficultés. Dans un contrat à long terme, il est extrêmement difficile d'estimer, lors de la conclusion, le préjudice qui pourra être subi lorsque surviendra un défaut d'exécution et, par conséquent, il est difficile de déterminer quel devrait être le montant de la somme convenue pour que celle-ci corresponde à une réparation véritable ou stimule l'exécution. Pour l'acquéreur, la somme convenue ne devrait pas être fixée à un niveau tellement bas qu'il subisse un important préjudice dont il ne serait pas dédommagé en cas de défaut d'exécution. En outre, si cette somme est

inférieure au montant que l'entrepreneur économiserait en ne s'acquittant pas de ses obligations, il ne sera pas incité à s'en acquitter de façon appropriée en temps voulu.

11. Si la loi applicable le permet, l'acquéreur peut juger avantageux que le contrat fixe, en cas d'inexécution de la part de l'entrepreneur, une somme convenue qui lui assure un dédommagement adéquat tout en incitant raisonnablement l'entrepreneur à s'acquitter de ses obligations. Pour déterminer le montant qui serait adéquat, les parties peuvent tenir compte d'éléments tels que le préjudice que l'inexécution causerait à l'acquéreur, les incidences possibles du paiement de la somme convenue sur la situation financière de l'entrepreneur et la nécessité de fixer une somme assez élevée pour inciter ce dernier à s'acquitter de ses obligations. Les sommes excessives sont à éviter, car leur stipulation dans les appels d'offres ou au cours des négociations peut amener des entrepreneurs ayant une bonne réputation à renoncer à exécuter les travaux; en outre, elles peuvent fort bien n'avoir aucun effet dissuasif particulier si l'on peut prédire que, selon toute probabilité, elles seront annulées ou réduites à la suite d'une action en justice. En outre, en acceptant que des sommes excessives soient prévues dans le contrat, les entrepreneurs peuvent, en compensation, accroître leurs prix ou leurs marges de sécurité pour ce qui est de leurs obligations (par exemple, en fixant des dates plus lointaines pour l'achèvement des travaux ou des normes moins élevées pour les garanties d'exécution ou en poussant trop loin la conception de l'installation). Lorsqu'en vertu d'un système juridique la somme convenue ne peut servir que de réparation, les parties doivent s'efforcer d'évaluer aussi exactement que possible le préjudice que pourrait subir l'acquéreur. Il convient de conserver tous les documents sur lesquels on s'est fondé pour cette estimation et pour les calculs de manière à pouvoir prouver que la somme en question n'a pas été fixée arbitrairement. La question de la fixation du montant de la somme due en cas de retard dans l'achèvement d'une partie de l'installation est traitée plus loin, au paragraphe 18.

E. Fixation d'un plafond pour la somme convenue

12. Le montant de la somme convenue à verser est souvent fixé de manière graduelle, un montant fixe étant dû par unité de temps de retard spécifié ou par unité de mesure spécifiée lorsque les normes d'exécution ne sont pas atteintes. Très souvent, toutefois, on renforce la limite de responsabilité que constitue le versement d'une somme convenue en limitant le montant maximum que peuvent atteindre les versements à ce titre[5]. Prévoir une limite de responsabilité peut conduire à une réduction du prix indiqué par l'entrepreneur. Toutefois, l'acquéreur ne doit accepter un tel plafond qu'après mûre réflexion, car il risque de subir d'importants préjudices dont il ne sera pas dédommagé au-delà de ce plafond.

13. Les parties souhaiteront peut-être se demander si le plafond visé au paragraphe précédent doit s'appliquer en toute circonstance ou s'il doit être exclu dans certains cas. Elles souhaiteront peut-être envisager d'insérer une disposition excluant l'application de ce plafond, par exemple lorsque le préjudice est dû à un défaut d'exécution d'une partie qui a agi dans l'intention de causer ce préjudice, ou qui a fait preuve de négligence en sachant qu'il en résulterait probablement un préjudice[6].

14. Les parties souhaiteront peut-être envisager les recours que l'acquéreur pourrait avoir si le défaut d'exécution persiste une fois que le plafond est atteint. Si la loi applicable au contrat autorise l'exécution forcée, le contrat peut prévoir que l'acquéreur a la faculté de demander l'exécution (voir plus haut, par. 7). En ce qui concerne le droit à des dommages-intérêts (voir plus haut, par. 8), on peut notamment disposer qu'une fois que le plafond est atteint, l'acquéreur ne peut obtenir de versement supplémentaire au titre des dommages-intérêts spécifiés ou de la pénalité, ni des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait du défaut d'exécution après la date à laquelle le plafond a été atteint. L'autre solution consisterait à disposer que l'acquéreur ne peut pas obtenir de versement supplémentaire, mais qu'il peut obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a subi après la date à laquelle le plafond a été atteint, à condition d'apporter la preuve de ce préjudice. Quelle que soit la formule choisie, il est souhaitable de disposer que l'acquéreur a le droit de résilier le contrat une fois que le plafond est atteint (voir plus loin, par. 21 et la disposition qui y est donnée à titre d'exemple).

F. Recouvrement de la somme convenue

15. Bien que les clauses de dommages-intérêts spécifiés ou les clauses pénales donnent à l'acquéreur la possibilité d'obtenir de l'entrepreneur la somme convenue en cas de défaut d'exécution, les actions en recouvrement sont souvent longues et coûteuses. Il est possible de réduire le risque que l'acquéreur ne se voie contraint d'entamer de telles actions en l'autorisant dans le contrat à déduire la somme convenue des fonds de l'entrepreneur qui lui ont été remis (par exemple, de fonds en dépôt) ou des sommes qu'il doit à l'entrepreneur (par exemple, du prix). Il convient de noter toutefois que dans certains systèmes juridiques, il existe des règles impératives régissant les dispositions autorisant de telles déductions. En outre, une déduction peut être ultérieurement annulée en vertu de certaines règles juridiques (par exemple, la somme convenue ainsi déduite peut par la suite être jugée excessive par un tribunal et être réduite). Par conséquent, il convient de prendre en considération les dispositions pertinentes de la loi applicable au contrat lors de l'élaboration des dispositions autorisant les déductions.

16. Il est souhaitable que la clause précise que la déduction est un moyen facultatif d'obtenir la somme convenue. Lorsque le même acquéreur et le même entrepreneur ont passé plusieurs contrats l'un avec l'autre, chacun de ces contrats peut autoriser une telle déduction des sommes dues en vertu d'un autre contrat ou des autres contrats[7]. Pour être certain encore d'obtenir la somme convenue, l'acquéreur peut prévoir dans le contrat que l'entrepreneur doit faire le nécessaire auprès d'une institution financière pour fournir à l'acquéreur une garantie en ce qui concerne la somme convenue, ce qui lui donnerait la possibilité de réclamer cette somme à cette institution financière une fois qu'un défaut d'exécution par l'entrepreneur a été établi (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12).

G. Examen de quelques problèmes que soulève la somme convenue due en cas de retard

17. Dans les contrats de construction, le versement d'une somme convenue est prévu le plus souvent pour un retard d'exécution de la part de l'entrepreneur. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la date fixée pour l'exécution peut

devenir caduque du fait de circonstances apparues ultérieurement, ce qui peut entraîner des difficultés dans l'application de ces clauses. Ces circonstances peuvent correspondre à un défaut d'exécution de la part de l'acquéreur (qui peut, par exemple, tarder à mettre le chantier à la disposition de l'entrepreneur ou à lui remettre les dessins ou les spécifications nécessaires), à des actes de l'acquéreur qui ne constituent pas des défauts d'exécution (commande, par exemple, de travaux supplémentaires en vertu d'une clause de modification du contrat) ou d'événements dont aucune des parties n'est responsable (par exemple, empêchements exonératoires mettant l'entrepreneur dans l'impossibilité de s'acquitter de ses obligations). En pareil cas, ces systèmes juridiques n'obligent l'entrepreneur qu'à exécuter ses obligations dans un délai raisonnable, la clause de dommages-intérêts spécifiés et la clause de pénalité étant caduques en ce qui concerne la date d'exécution fixée initialement. Par conséquent, si les parties souhaitent que la clause de versement d'une somme convenue reste applicable malgré l'apparition ultérieure de telles ou telles circonstances, elles pourront prévoir dans le contrat un mécanisme pour la fixation d'une nouvelle date d'exécution et disposer que la somme convenue est due en cas de retard d'exécution par l'entrepreneur par rapport à cette nouvelle date (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 8, et chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 13 et 18).

18. Les parties souhaiteront peut-être examiner dans quelles circonstances il convient de prévoir le versement d'une somme convenue en cas de retard dans l'achèvement d'une partie de l'installation de la part de l'entrepreneur. L'acquéreur souhaitera peut-être obliger l'entrepreneur à achever certaines parties de l'installation à des dates spécifiées de façon que la construction progresse régulièrement, même si un retard dans l'achèvement de cette partie de l'installation ne doit pas lui causer en soi de préjudice (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 18 à 23). En pareil cas, les parties au contrat souhaiteront peut-être stipuler que la somme convenue est due dès lors que des parties de l'installation ne sont pas achevées aux dates spécifiées, mais que cette somme est remboursable à l'entrepreneur si celui-ci respecte la date fixée pour l'achèvement de l'installation tout entière (c'est-à-dire s'il accélère ultérieurement les travaux de construction). La somme convenue aura pour but d'encourager l'exécution et, si la loi applicable au contrat autorise à convenir de telles sommes, elle pourra correspondre à un pourcentage de la valeur de la partie de l'installation en retard.

19. Parfois, l'acquéreur peut aussi avoir intérêt à obliger l'entrepreneur à achever une partie déterminée de l'installation à une date spécifiée s'il peut en prendre possession et l'utiliser, même si le reste de l'installation n'est pas achevé. Imposer une telle obligation peut également être avantageux lorsque plusieurs entrepreneurs sont engagés pour construire l'installation et que l'inachèvement d'une partie de cette installation en temps voulu par un entrepreneur risque d'obliger l'acquéreur à verser des dommages-intérêts à d'autres entrepreneurs dont les travaux ne peuvent pas de ce fait commencer au moment convenu. Les parties souhaiteront peut-être prévoir en pareil cas le versement d'une somme convenue pour dédommager l'acquéreur du préjudice résultant de ce retard.

20. Les parties souhaiteront peut-être envisager les problèmes qui se posent lorsque le versement d'une somme convenue n'est prévu qu'en cas de retard dans l'achèvement de l'ensemble de l'installation et qu'à la date spécifiée pour

l'achèvement des travaux, certaines parties de l'installation sont achevées et peuvent être utilisées par l'acquéreur bien que l'installation soit toujours incomplète. En pareil cas, une solution possible consiste pour les parties à stipuler que la somme convenue sera réduite si l'entrepreneur peut prouver que le préjudice subi par l'acquéreur est inférieur à cette somme. L'entrepreneur peut, par exemple, le prouver si l'acquéreur a pris possession des parties de l'installation qui sont achevées et s'il les utilise. Selon une autre conception toutefois, aucune réduction de la somme convenue n'est prévue en pareille circonstance étant donné que la détermination de la réduction pourrait conduire à des litiges et à des problèmes de preuve que la somme convenue avait pour objet d'éviter. En outre, si cette somme doit être réduite en pareille circonstance de manière à correspondre au préjudice subi effectivement par l'acquéreur, on pourrait également estimer qu'elle devrait aussi être accrue si le préjudice subi effectivement par l'acquéreur lui était supérieur. L'incertitude qui résulterait de la possibilité d'augmenter ou de réduire la somme convenue priverait celle-ci d'une grande partie de son utilité.

H. Résiliation du contrat et clause de versement d'une somme convenue

21. Lorsqu'une somme convenue est payable sous forme de versements échelonnés avec un plafond pour la somme à recouvrer (voir plus haut, par. 12), les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'acquéreur ne peut pas résilier le contrat de construction à cause de l'inexécution couverte par la somme convenue avant que ce plafond ne soit atteint. Elles souhaiteront peut-être aussi stipuler que la résiliation du contrat après que le plafond a été atteint ne doit pas avoir d'effet sur le versement d'une somme convenue déjà due avant cette résiliation (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"). Si toutefois l'acquéreur résilie le contrat avant que ce plafond ne soit atteint (en raison, par exemple, d'un défaut d'exécution autre que celui pour lequel la somme convenue a été stipulée), les parties souhaiteront peut-être stipuler que cette résiliation n'influe pas sur le droit d'obtenir une somme convenue due à la date de la résiliation, mais qu'aucune somme ne sera due à titre de versement d'une somme convenue après la résiliation[8]. L'acquéreur peut toutefois avoir droit à des dommages-intérêts pour le préjudice subi après la résiliation (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", et chap. XX, "Dommages-intérêts").

Notes du chapitre XIX

[1]*Clause de dommages-intérêts libératoires ou clause pénale pour un retard dans l'achèvement des travaux données à titre d'exemples*

"1. Si l'entrepreneur ne termine pas les travaux à la date fixée pour leur achèvement, l'acquéreur peut prétendre à une somme de [indiquer ici le montant et la monnaie] à la charge de l'entrepreneur pour chaque jour de retard qui s'écoule entre cette date et la date d'achèvement."

[2]La nature et le fonctionnement des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales dans les contrats internationaux sont étudiés dans *l'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume X : 1979*, deuxième partie, I, A et *ibid., volume XII :*

1981, deuxième partie, I, B, 1. Les "Règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution" adoptées par la Commission sont reproduites dans le *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session* (A/38/17), Annexe I (Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, volume XIV : 1983, première partie, I, A). Par sa résolution A/RES/38/135 du 19 décembre 1983, l'Assemblée générale a recommandé aux Etats de mettre en application, le cas échéant, les Règles uniformes sous la forme d'une loi type ou d'une convention. Ces règles (appelées ci-après "Règles uniformes") peuvent aider à résoudre certaines questions qui se posent à propos des clauses de dommages-intérêts spécifiés et des clauses pénales.

[3]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"2. Sans préjudice de tout droit à obtenir la somme visée au paragraphe 1 de la présente clause, l'acquéreur a le droit d'exiger de l'entrepreneur qu'il achève l'installation."

[4]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"3. Sans préjudice de tout droit à obtenir la somme visée au paragraphe 1 de la présente clause, il ne peut être obtenu, au titre du retard d'achèvement visé dans ce paragraphe, de dommages-intérêts pour toute période ouvrant droit au paiement de ladite somme."

[5]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"4. Le montant payable en vertu du paragraphe 1 de la présente clause est de [indiquer ici le montant et la monnaie] au maximum."

[6]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"5. Le maximum spécifié au paragraphe 4 de la présente clause n'est pas applicable dans le cas d'un défaut d'exécution qui s'accompagne de l'intention de causer un préjudice ou qui s'est produit par négligence, alors que l'on savait qu'il en résulterait probablement un préjudice."

[7]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"6. Sans préjudice de tout autre recours auquel l'acquéreur peut avoir droit pour obtenir la somme visée au paragraphe 1 de la présente clause, il est autorisé à déduire cette somme, en totalité ou en partie, de toutes sommes dues à l'entrepreneur au titre du présent contrat ou de tout autre contrat conclu entre l'acquéreur et l'entrepreneur."

[8]*Disposition donnée à titre d'exemple (retard dans l'achèvement des travaux)*

"7. *a)* L'acquéreur est en droit de résilier le contrat en raison du retard dans l'achèvement des travaux spécifié au paragraphe 1 de la présente clause une fois que la somme payable en vertu de ce paragraphe a atteint le plafond spécifié au paragraphe 4.

b) Si le retard spécifié au paragraphe 1 de la présente clause se produit et si l'acquéreur résilie le contrat pour d'autres raisons que ce retard avant que la somme payable en vertu de ce paragraphe n'atteigne le plafond spécifié au paragraphe 4, la présente clause ne s'applique pas après la résiliation et l'acquéreur peut obtenir de l'entrepreneur des dommages-intérêts à raison du préjudice subi après cette résiliation du fait du retard dans l'achèvement des travaux. L'acquéreur est aussi en droit d'obtenir la somme due en vertu du paragraphe 1 au moment de la résiliation."

Chapitre XX. Dommages-intérêts

RÉSUMÉ

La loi applicable au contrat déterminera les conditions et la mesure dans lesquelles une partie qui a failli à une obligation résultant du contrat est tenue de verser des dommages-intérêts. Les règles juridiques peuvent être impératives en ce qui concerne certaines questions relatives à l'obligation de verser des dommages-intérêts, mais d'autres questions peuvent être régies par des règles juridiques dont il est loisible aux parties de s'écarter dans leur contrat. Cependant, la plupart des systèmes juridiques permettent aux parties de régler dans les dispositions du contrat les questions touchant la mesure dans laquelle il peut y avoir lieu à versement de dommages-intérêts (par. 1).

Les parties souhaiteront peut-être s'en remettre à la loi applicable pour déterminer les conditions et la mesure dans lesquelles la partie en défaut est tenue de verser des dommages-intérêts. Toutefois, si les parties adoptent cette formule, elles ne devraient inclure dans leur contrat les autres recours recommandés dans le Guide pour défaut d'exécution qu'après un examen approfondi, car ces recours pourraient être incompatibles avec les règles prévues par la loi applicable pour le versement des dommages-intérêts (par. 2).

A l'inverse, les parties pourraient stipuler dans le contrat que la partie en défaut est tenue de verser des dommages-intérêts. Elles souhaiteront peut-être aussi y inclure une clause d'exonération qui exclurait cette responsabilité dans des circonstances déterminées. Elles souhaiteront peut-être également fixer la mesure dans laquelle la partie lésée par le défaut d'exécution doit obtenir réparation (par. 3).

On peut, à certains égards, établir une distinction entre les dommages-intérêts, d'une part, et le versement d'une somme convenue et les intérêts, d'autre part (par. 4). L'acquéreur peut aussi s'assurer une garantie qui lui permette d'être dédommagé en cas de défaut d'exécution de l'entrepreneur, ou contracter une assurance afin d'obtenir une protection financière (par. 5). En outre, le contrat ou la loi applicable au contrat peuvent prévoir que l'une des parties doit dédommager l'autre même en l'absence d'inexécution de sa part (par. 6).

Diverses formules sont possibles pour déterminer les types de préjudice pour lesquels la partie lésée a droit à réparation (par. 7). En ce qui concerne le dédommagement pour manque à gagner, il existe plusieurs moyens d'en fixer le montant (par. 8).

Le contrat peut exclure la réparation en cas de préjudice que la partie en défaut ne pouvait raisonnablement prévoir. Le contrat peut spécifier si le caractère prévisible du préjudice doit être déterminé au moment de la passation du contrat ou au moment du défaut d'exécution. Il peut en outre préciser si l'aspect du préjudice qui doit être prévu est la nature du préjudice ou son montant (par. 9 et 10). Les parties souhaiteront peut-être aussi décider du mécanisme excluant réparation en cas de préjudice dont le lien de causalité avec le défaut d'exécution est trop lointain (par. 11 et 12).

Les parties peuvent stipuler que les gains ou économies qu'un défaut d'exécution pourrait entraîner pour la partie lésée seront à déduire du montant du préjudice lié à ce défaut d'exécution lors de la détermination du dédommagement à verser (par. 13). Elles souhaiteront peut-être examiner si le contrat doit limiter le montant des dommages-intérêts à verser et, dans l'affirmative, la manière dont cette limitation doit être fixée dans le contrat (par. 14).

Les parties souhaiteront peut-être stipuler que la partie lésée est tenue d'atténuer le préjudice qu'elle subit. Elles peuvent prévoir que la partie lésée qui faillirait à cette obligation pourrait ne pas avoir droit à réparation pour le préjudice qu'elle aurait pu éviter en s'en acquittant (par. 15).

Une construction défectueuse peut avoir comme conséquences pour des tiers des blessures graves ou mortelles ou des dommages à leurs biens. L'obligation de verser des dommages-intérêts à des tiers en pareil cas est souvent déterminée par des règles juridiques impératives extracontractuelles. Les parties souhaiteront peut-être toutefois prévoir une répartition des risques entre elles en ce qui concerne les dommages-intérêts à verser à des tiers (par. 16 à 18).

Les parties souhaiteront peut-être déterminer dans quelle(s) monnaie(s) doivent être versés les dommages-intérêts (par. 19).

A. Remarques générales

1. La loi applicable au contrat (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 1) déterminera les conditions et la mesure dans lesquelles une partie qui a failli à une obligation résultant du contrat est tenue de verser des dommages-intérêts. Ceux-ci servent à dédommager la partie lésée à raison du préjudice subi par suite du défaut d'exécution de l'obligation. Les conditions dans lesquelles cette carence entraîne le versement de dommages-intérêts varient selon les systèmes juridiques. En outre, les règles juridiques régissant certaines questions relatives à l'obligation de verser des dommages-intérêts peuvent être impératives, tandis que d'autres questions peuvent être régies par des règles juridiques qui ne s'imposent pas aux parties. Toutefois, la plupart des systèmes juridiques permettent aux parties de régler dans les dispositions du contrat les points traités dans le présent chapitre en ce qui concerne la mesure dans laquelle il peut y avoir lieu à versement de dommages-intérêts. Les parties devraient cependant, lorsqu'elles élaborent des dispositions touchant des points particuliers, s'assurer que la loi applicable au contrat les y autorise.

2. Les parties souhaiteront peut-être que la loi applicable au contrat détermine les conditions et la mesure dans lesquelles la partie qui a failli à une obligation est tenue de verser des dommages-intérêts. Même si les règles de la loi applicable au contrat ne sont pas impératives, les parties pourront souhaiter adopter cette formule si elle assure un règlement approprié des questions posées par le versement des dommages-intérêts pour défaut d'exécution d'un contrat de construction. Dans ce cas cependant, les parties ne devraient inclure dans leur contrat les autres recours recommandés dans le *Guide* pour défaut d'exécution qu'à l'issue d'un examen approfondi, car ces recours pourraient, dans certains cas, aboutir à des incompatibilités avec les règles prévues par la loi applicable pour le versement des dommages-intérêts.

3. Dans bien des cas, il peut être souhaitable que les parties traitent dans le contrat des questions qui peuvent se poser au sujet des dommages-intérêts. Si les parties stipulent l'obligation de verser des dommages-intérêts, elles peuvent aussi souhaiter inclure dans le contrat une clause (appelée dans le *Guide* clause d'exonération : voir le chapitre XXI, "Clauses d'exonération") qui réduirait cette obligation à néant dans certaines circonstances (par exemple, si l'exécution est rendue impossible par un empêchement de la nature spécifiée). Les parties souhaiteront peut-être aussi fixer la mesure dans laquelle la partie lésée du fait du défaut d'exécution de l'autre partie doit obtenir réparation. Cette question est examinée plus loin, dans la section C.

B. Les dommages-intérêts par opposition aux autres recours et au dédommagement

4. On peut établir entre les dommages-intérêts, d'une part, et les obligations découlant de clauses relatives au versement d'une somme convenue, d'autre part, la distinction suivante : le montant à verser à titre de dommages-intérêts est établi après un défaut d'exécution de manière à dédommager la partie lésée pour le préjudice effectivement subi, alors que les obligations découlant de clauses relatives au versement d'une somme convenue font intervenir le paiement d'une somme d'argent convenue au moment de la passation du contrat et payable par la partie en défaut, sans qu'il soit nécessaire d'établir la preuve du préjudice subi par la partie lésée. La question des intérêts — qui consistent en un montant payable par une partie dont le défaut d'exécution réside dans le non-versement d'une somme d'argent — est traitée au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", paragraphes 53 à 56.

5. En plus des droits éventuels à dommages-intérêts ou au versement d'une somme convenue que lui accorde le contrat, l'acquéreur peut s'assurer une garantie sur laquelle il peut se fonder pour obtenir réparation en cas de défaut d'exécution de l'entrepreneur. Cette question est examinée au chapitre XVII, "Garantie de bonne exécution", paragraphes 10 à 12. Une partie peut aussi contracter une assurance afin d'obtenir une protection financière contre un défaut d'exécution de la part de l'autre partie (voir chap. XVI, "Assurances", par. 28). Les autres recours possibles en cas d'inexécution sont examinés au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

6. Il se peut que le contrat ou la loi applicable au contrat prévoient que l'une des parties doit dédommager l'autre même en l'absence d'inexécution de sa part. On trouvera des exemples de cette situation dans le *Guide*. Ce peut être notamment le cas lorsque l'acquéreur doit verser réparation s'il suspend ou résilie le contrat à son gré (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 15 et 16, et chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 34 et 35).

C. Obligation de verser des dommages-intérêts

1. *Types de préjudice*

7. Les parties souhaiteront peut-être stipuler qu'une partie lésée a droit à réparation pour tout préjudice dû à un défaut d'exécution, sauf pour certains types de préjudice expressément exclus (voir plus loin, par. 9 à 12). Une autre

formule consisterait à prévoir que la partie lésée n'a droit à réparation que pour certains types de préjudice expressément visés dans le contrat. Ces deux genres de dispositions peuvent aussi jouer comme une limitation de l'obligation de verser des dommages-intérêts (voir plus loin, sous-sect. 5). Les types de préjudice que les parties pourraient souhaiter prendre en considération lorsqu'elles élaboreront des dispositions sur les dommages-intérêts sont les suivants :

a) Diminution de la valeur des avoirs de la partie lésée non fournis par l'autre partie, par exemple, dommages causés à des biens d'une partie, non fournis par l'autre, du fait de vices dans le matériel fourni ou les travaux effectués par cette autre partie;

b) Dépenses raisonnablement encourues par la partie lésée et qui ne l'auraient pas été si l'autre partie avait rempli ses obligations, par exemple, salaires versés au personnel engagé par l'entrepreneur pour commencer les travaux de construction et correspondant à une période où ces travaux ne peuvent être entrepris faute de remise du chantier par l'acquéreur;

c) Paiements que la partie lésée fait à une tierce personne en raison de l'obligation qui lui incombe d'effectuer ces paiements par suite du défaut d'exécution de l'autre partie;

d) Perte des gains qui seraient revenus à la partie lésée si le contrat avait été exécuté comme il convient.

8. Il peut être souvent difficile de déterminer le montant du manque à gagner; de plus, ce montant peut être très important. C'est pourquoi les entrepreneurs sont peu disposés à assumer une responsabilité non limitée pour les gains manqués. Il se peut en outre qu'aucune assurance ne couvre cette responsabilité illimitée. Une méthode possible consisterait à limiter la responsabilité en appliquant une clause prévoyant le versement d'une somme convenue à titre de compensation des gains manqués (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales"). On peut aussi limiter la responsabilité pour manque à gagner à certains types de retards ou de construction défectueuse. Une autre méthode peut également consister à limiter dans le contrat la compensation pour manque à gagner à un certain montant ou au manque à gagner pendant une période déterminée après l'inexécution.

2. *Préjudice imprévisible*

9. Les parties souhaiteront peut-être exclure le dédommagement de la partie lésée pour un préjudice que la partie en défaut ne pouvait raisonnablement prévoir. Le moment à retenir pour déterminer si un préjudice était prévisible peut être soit celui de la passation du contrat, soit celui de l'inexécution. La première solution pourrait se justifier par la considération qu'en passant le contrat la partie qui a failli à une obligation a assumé les risques de préjudice qu'elle avait alors raisonnablement pu prévoir comme conséquences de son inexécution. Cependant, étant donné que les contrats de construction sont de nature complexe et portent sur de longues périodes, bien des préjudices ne sont pas prévisibles au moment de la passation du contrat. Il pourrait donc aussi être approprié de retenir, pour déterminer si le préjudice était prévisible, le moment du défaut d'exécution. Une telle disposition étendrait le champ d'application de la réparation, car un type particulier de préjudice peut devenir

prévisible entre le moment où est passé le contrat et celui du défaut d'exécution. Cette solution aurait toutefois pour inconvénient qu'il pourrait parfois être difficile, dans des cas autres que le retard, de déterminer le moment où se produit le défaut d'exécution.

10. Les parties souhaiteront peut-être préciser dans le contrat quel aspect du préjudice doit être prévu pour qu'il y ait obligation de réparer. Par exemple, elles peuvent stipuler qu'il faut prévoir la nature du préjudice subi (voir plus haut, par. 7), ou bien son montant — les dommages-intérêts ne pouvant alors excéder ce montant[1].

3. *Préjudice dont le lien de causalité avec l'inexécution est lointain*

11. Il peut arriver que le préjudice subi par la partie lésée n'ait qu'un rapport lointain de cause à effet avec l'inexécution. La plupart des systèmes juridiques renferment des règles pour déterminer quand le préjudice ne donne pas lieu à réparation parce que ce rapport est trop lointain. Les parties souhaiteront peut-être à cet égard s'en remettre à la loi applicable au contrat. Il leur est de plus loisible de spécifier quels types de préjudice elles souhaitent exclure de la réparation du fait que le rapport de cause à effet est trop lointain.

12. Les parties cherchent parfois à régler cette question de l'exclusion du dédommagement pour le préjudice à causes lointaines en stipulant que le préjudice "indirect" ne donne pas lieu à réparation. Le terme "indirect" est cependant vague et peut être interprété de manières diverses. Aussi les parties jugeront-elles peut-être préférable de ne pas adopter cette solution, à moins que la loi applicable au contrat n'emploie ce terme à propos de l'exclusion de la réparation en cas de préjudice à causes lointaines.

4. *Gains résultant d'un défaut d'exécution*

13. Il peut arriver qu'un défaut d'exécution se traduise par des gains ou des économies pour la partie lésée (par exemple, en lui évitant certaines dépenses qu'aurait entraînées pour elle l'exploitation de l'usine en l'absence du défaut d'exécution). Les parties peuvent stipuler que de tels gains ou économies sont à déduire du montant du préjudice lors de la détermination du montant à verser en réparation. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'indemnisation reçue au titre d'une assurance couvrant le préjudice dû à un défaut d'exécution ne sont pas à prendre en considération car cette indemnisation n'est pas un gain résultant du défaut d'exécution. Il convient aussi de noter que lorsque la partie lésée reçoit, au titre de l'assurance, une indemnisation pour le préjudice subi, la demande de dommages-intérêts peut faire l'objet d'une subrogation par l'assureur, ou d'une cession à celui-ci, à concurrence du préjudice dédommagé. Diminuer les dommages-intérêts payables à la partie lésée d'un montant correspondant à la somme reçue par elle au titre de l'assurance pourrait porter préjudice aux droits de l'assureur envers la partie défaillante et constituer une contravention à la police d'assurance.

5. *Plafonnement du montant des dommages-intérêts*

14. Les parties souhaiteront peut-être examiner si le contrat doit prévoir un plafond global pour le montant des dommages-intérêts que l'entrepreneur doit verser en ce qui concerne tous ses défauts possibles d'exécution. Le plafond prévu pour le montant des dommages-intérêts peut être une somme fixe, ou un pourcentage du prix des travaux, ou encore le montant que toucherait la partie défaillante au titre d'une assurance couvrant le défaut d'exécution considéré, ou enfin une combinaison de ce dernier montant et d'un pourcentage du prix. Lorsque le prix exact n'est pas connu au moment de la passation du contrat (par exemple, dans le cas de travaux en régie), on peut combiner les deux méthodes, par exemple, en plafonnant les dommages-intérêts au montant le plus élevé que représente le pourcentage ou la somme prévue. Une clause concernant le versement d'une somme convenue peut aussi servir à plafonner le montant de la réparation (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", par. 3). Les parties peuvent cependant souhaiter stipuler qu'un plafonnement du montant des dommages-intérêts prévu dans le contrat est sans effets pour certains types de défaut d'exécution (par exemple, dans le cas où la partie en défaut commet un acte ou une omission dans l'intention de causer un préjudice, ou d'une manière irréfléchie et en sachant qu'il en résulterait probablement un préjudice).

6. *Atténuation du préjudice*

15. Il est fréquent que des règles impératives de la loi applicable exigent de la partie lésée qu'elle s'efforce d'atténuer le préjudice résultant du défaut d'exécution. Si la loi applicable ne contient pas de telles règles ou si les règles existantes ne conviennent pas pour un contrat de construction, les parties souhaiteront peut-être stipuler dans leur contrat l'obligation pour la partie lésée de s'efforcer d'atténuer le préjudice qu'elle subit. Le contrat peut aussi prévoir que la partie lésée qui faillirait à cette obligation n'aurait pas droit à réparation pour le préjudice qu'elle aurait pu éviter en s'en acquittant. Toutefois, le contrat peut seulement faire obligation à la partie lésée de prendre les mesures paraissant raisonnablement de nature à atténuer le préjudice et qu'il serait raisonnable pour une partie dans sa situation de prendre (par exemple, la partie lésée ne peut être tenue de prendre des mesures risquant de nuire à sa réputation commerciale ou trop onéreuses). La partie lésée qui prend des mesures raisonnables peut, sous réserve des limitations prévues dans le contrat ou imposées par la loi applicable au contrat, avoir droit à réparation pour le préjudice qu'elle a subi, y compris les dépenses qu'elle a raisonnablement encourues en prenant ces mesures et ce, même si les mesures en question n'ont pas été couronnées de succès[2].

D. Dommages aux personnes et aux biens de tiers

16. Une construction défectueuse peut avoir comme conséquences pour les employés de l'acquéreur ou des tiers des blessures graves ou mortelles ou des dommages à leurs biens. Les questions concernant les dommages-intérêts applicables dans ces cas sont complexes et il se peut qu'elles relèvent non pas des règles de la loi applicable au contrat qui ont trait à la responsabilité

contractuelle, mais des règles juridiques applicables qui régissent la responsabilité extracontractuelle, lesquelles sont souvent impératives. De plus, le contrat ne peut pas limiter l'obligation de l'entrepreneur ou de l'acquéreur d'indemniser des tiers qui ne sont pas parties au contrat. Les parties peuvent cependant souhaiter prévoir la répartition entre elles des risques en ce qui concerne les dommages-intérêts à verser à des tiers en cas de décès, de préjudices corporels ou de dommages à leurs biens, dans la mesure où cette répartition n'est pas régie par des règles juridiques impératives. Les parties souhaiteront peut-être aussi contracter une assurance contre ces risques (voir chap. XVI, "Assurances", par. 36).

17. Si une personne subit un préjudice corporel ou matériel du fait de la construction et intente une action contre l'acquéreur, l'entrepreneur peut être tenu aux termes du contrat d'indemniser l'acquéreur dans la limite des responsabilités de celui-ci. Inversement, le contrat peut prévoir l'obligation d'indemniser pour le seul cas où l'entrepreneur n'a pas utilisé les compétences requises et pris les précautions voulues lors de la construction de l'usine. La mesure dans laquelle l'entrepreneur peut être tenu d'indemniser l'acquéreur pour toute action intentée à la suite de travaux exécutés par des personnes employées par l'entrepreneur est examinée au chapitre XI, "Sous-traitance", paragraphes 27 et 28.

18. L'acquéreur à qui des dommages-intérêts sont réclamés à cause d'un préjudice corporel ou matériel subi par un tiers peut être tenu d'informer l'entrepreneur de cette demande, au moins dans le cas où il entend invoquer le droit à réparation de celui-ci (voir le paragraphe précédent). L'entrepreneur peut, s'il le désire, être admis à participer à toutes les négociations en vue du règlement de la demande ainsi qu'à toute procédure juridique, dans la mesure où le permet la loi du pays où l'action est intentée.

E. Monnaie de paiement des dommages-intérêts

19. En règle générale, le contrat peut stipuler que les dommages-intérêts doivent être versés dans la même monnaie que celle dans laquelle le prix doit être acquitté. Dans certains cas cependant, en particulier lorsque le prix doit être acquitté dans une monnaie qui n'est pas librement convertible, le contrat peut stipuler que les dommages-intérêts doivent être versés dans la monnaie dans laquelle le préjudice a été subi (par exemple, si la partie lésée est tenue, à la suite du défaut d'exécution, de verser des dédommagements à un tiers dans une monnaie librement convertible, les dommages-intérêts correspondant au paiement de cette réparation peuvent être versés à la partie lésée dans cette même monnaie).

Notes du chapitre XX

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Sous réserve des autres dispositions du contrat, il ne peut y avoir versement de dommages-intérêts [que pour un préjudice d'un certain type] [qu'à concurrence du montant du préjudice] que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment [de la passation du contrat] [de l'inexécution], eu égard aux faits dont elle avait ou aurait dû raisonnablement avoir alors connaissance comme étant une conséquence possible du défaut d'exécution."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Une partie qui subit un préjudice par suite d'un défaut d'exécution de l'autre partie doit prendre toutes les mesures qu'elle devrait raisonnablement prendre pour atténuer le préjudice. Si elle ne s'acquitte pas de cette obligation, elle ne pourra être indemnisée pour aucun préjudice que de telles mesures auraient pu empêcher. Si elle prend les mesures en question, elle pourra prétendre, sous réserve des limitations prévues à cet égard dans le présent contrat, à une indemnisation intégrale pour le préjudice qu'elle a subi, y compris les dépenses raisonnablement encourues pour prendre ces mesures, même si ces mesures n'ont pas réussi à atténuer le préjudice."

Chapitre XXI. Clauses d'exonération

RÉSUMÉ

Durant la construction, il peut se produire des faits empêchant une partie de s'acquitter de ses obligations contractuelles. Le présent chapitre traite des clauses en vertu desquelles une partie ne s'acquittant pas d'une obligation contractuelle du fait d'un empêchement est exonérée de certaines conséquences juridiques du défaut d'exécution. L'acquéreur a intérêt à ce que la clause d'exonération ait un champ d'application limité, pour ce qui est tant des faits constituant des empêchements exonératoires que des conséquences juridiques desdits empêchements. Il peut être possible d'autoriser les deux parties à invoquer une clause d'exonération (par. 1 à 4).

Dans certains systèmes juridiques, les règles permettant d'exonérer une partie des conséquences juridiques d'un défaut d'exécution peuvent conduire à des résultats incompatibles avec les conditions et exigences du commerce international. Les parties peuvent en conséquence souhaiter inclure dans le contrat une clause d'exonération définissant les empêchements exonératoires et spécifiant les conséquences juridiques de ces empêchements (par. 5 à 7).

Afin de limiter la portée de la clause d'exonération, le contrat pourra stipuler qu'une partie ne s'acquittant pas d'une obligation n'est exonérée que du paiement de dommages-intérêts ou d'une somme convenue à l'autre partie (par. 8).

Les parties peuvent aussi limiter la portée de la clause d'exonération en adoptant une définition restrictive des empêchements exonératoires. Elles peuvent, par exemple, se contenter d'une définition générale des empêchements exonératoires (par. 10 à 12). Les parties peuvent aussi rédiger une définition générale accompagnée d'une liste indicative ou exhaustive de faits qui seront considérés comme des empêchements exonératoires, ou d'une liste de faits qui seront considérés comme des empêchements exonératoires, qu'ils entrent ou non dans le cadre de la définition générale (par. 13 à 16). Une troisième solution possible serait d'établir une liste exhaustive de faits qui seront considérés comme des empêchements exonératoires, sans l'accompagner d'une définition générale (par. 17). Les parties pourront envisager quels types de faits devraient être inclus dans une liste d'empêchements exonératoires (par. 18 à 22).

La portée de la clause d'exonération peut être encore précisée par l'exclusion expresse de certains faits dont on aurait pu penser qu'ils entraient dans le cadre d'une telle clause. Les parties pourront se demander si certains actes d'un Etat ou d'une administration, par exemple le refus ou le retrait d'une licence ou d'une autorisation, doivent être considérés comme des empêchements exonératoires (par. 23 et 24).

Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans le contrat à quelles conditions un entrepreneur est exonéré lorsque son défaut d'exécution est dû à la défaillance d'un tiers qu'il a engagé (par. 25 et 26).

Il est souhaitable que le contrat stipule qu'une partie invoquant un empêchement exonératoire doit aviser par écrit l'autre partie de l'empêchement. Le contrat peut préciser qu'une partie qui manque à cette obligation perd son droit d'invoquer l'empêchement exonératoire. Une autre solution consisterait à stipuler dans le contrat que la partie demeure en droit d'invoquer l'empêchement exonératoire, mais reste tenue d'indemniser l'autre partie à raison du préjudice résultant du défaut de notification. Le contrat peut également stipuler qu'un empêchement doit être vérifié avant de pouvoir être invoqué. En outre, le contrat peut préciser que, dès notification d'un empêchement exonératoire, les parties doivent se rencontrer et étudier les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les conséquences de l'empêchement (par. 27 et 28).

A. Remarques générales

1. Durant la construction, il peut se produire des faits empêchant une partie de s'acquitter de ses obligations contractuelles. Ces empêchements peuvent être d'ordre matériel, par exemple des catastrophes naturelles, ou d'ordre juridique, par exemple une modification de la législation du pays de l'acquéreur après que le contrat a été conclu, qui interdirait l'utilisation de certains équipements spécifiés dans le contrat. Ces faits peuvent empêcher une partie de s'acquitter de ses obligations, soit définitivement, soit temporairement. Aux termes de la loi applicable au contrat, un empêchement permanent peut aboutir à la résiliation du contrat.

2. Un contrat de construction peut comporter divers types de dispositions traitant de ces empêchements. Le présent chapitre traite des clauses en vertu desquelles une partie ne s'acquittant pas d'une obligation contractuelle du fait d'un empêchement est exonérée de certaines conséquences juridiques de la défaillance. Les empêchements justifiant une telle exonération sont appelés dans le *Guide* "empêchements exonératoires". La partie qui se heurte à un tel empêchement peut aussi avoir d'autres droits en vertu du contrat. Par exemple, l'acquéreur peut être habilité à modifier la disposition contractuelle affectée par l'empêchement, en vertu d'une clause de modification (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 5 à 19); une partie peut être autorisée à résilier le contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 22); une partie peut également avoir des droits en vertu d'une clause d'adaptation (pour les rapports entre les clauses d'adaptation et les clauses d'exonération, voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat", par. 2).

3. Alors que l'acquéreur n'a en général qu'une obligation principale (payer le prix), l'entrepreneur doit normalement s'acquitter de diverses obligations importantes durant la construction. La clause d'exonération intéresse donc davantage l'entrepreneur que l'acquéreur. Toutefois, le préjudice financier subi par l'acquéreur du fait de défauts d'exécution de la part de l'entrepreneur peut être grave. Il est donc de l'intérêt de l'acquéreur que le champ de la clause soit limité, en ce qui concerne tant les faits constituant des empêchements exonératoires (voir plus loin, par. 9 à 23) que les conséquences juridiques de tels empêchements (voir plus loin, par. 8).

4. Le plus souvent, c'est l'entrepreneur, et non l'acquéreur, qui se trouve empêché, mais ce dernier peut aussi se heurter à un empêchement. Un obstacle juridique peut, par exemple, l'empêcher de payer l'entrepreneur; il peut aussi

être empêché par un obstacle matériel de s'acquitter de certaines obligations limitées en matière de construction. Les parties pourront donc souhaiter se donner à toutes deux la faculté d'invoquer la clause d'exonération.

5. Nombre de systèmes juridiques comportent des règles stipulant qu'une partie qui ne s'acquitte pas d'une obligation contractuelle est exonérée de certaines conséquences juridiques de cette défaillance. Cependant, ces règles peuvent avoir des résultats incompatibles avec les conditions et les exigences du commerce international. Aussi les parties pourront-elles souhaiter inclure dans leur contrat une clause d'exonération définissant les empêchements exonératoires et spécifiant les conséquences juridiques de ces empêchements. Lors de l'élaboration de la clause d'exonération, les parties devront étudier dans quelle mesure des règles impératives de la loi applicable au contrat limitent leur pouvoir d'agir de la sorte. Il est souhaitable que les parties notent que si elles emploient dans la clause, en ce qui concerne l'exonération, la même terminologie que celle qui est employée dans la loi applicable au contrat, cette terminologie aura souvent certaines incidences juridiques qui risquent de ne pas être conformes aux intentions des parties.

6. La question des exonérations est traitée différemment selon les systèmes juridiques, la doctrine et la terminologie utilisée n'étant pas toujours identiques. Pour ce qui est des contrats de vente, ces divergences ont été supprimées par l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[1]. La conception adoptée dans cette Convention vise à tenir compte des circonstances et exigences particulières du commerce international. Les parties jugeront peut-être que cette conception peut les aider à élaborer une clause d'exonération dans le contrat de construction. L'étude des conséquences juridiques des empêchements exonératoires et de la définition de ces empêchements (voir plus loin, sect. B et C, respectivement) se fonde sur la conception retenue dans la Convention.

7. L'exonération et ses rapports avec les recours en cas de défaut d'exécution ont des incidences sur diverses autres questions traitées dans le Guide. L'examen de ces questions est conforme à l'optique retenue dans le présent chapitre à propos des exonérations. Si les parties en adoptent une différente, l'examen de ces autres questions et les solutions proposées risquent de perdre de leur pertinence.

B. Conséquences juridiques des empêchements exonératoires

8. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que la partie qui n'exécute pas une obligation du fait d'un empêchement exonératoire est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue à l'autre partie. Si les parties souhaitent traiter différemment d'autres recours pour défaut d'exécution qu'il serait sinon possible de faire valoir aux termes du contrat ou de la loi applicable au contrat, par exemple, l'exécution de ladite obligation (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution") ou la résiliation du contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"), elles doivent le stipuler dans le contrat. Dans le *Guide*, toute mention d'empêchements exonératoires suppose que l'exonération a trait exclusivement au versement de dommages-intérêts ou d'une somme convenue et qu'elle n'a pas trait à d'autres recours pour défaut d'exécution. D'autres conséquences juridiques que le contrat peut

prévoir en cas d'empêchements exonératoires sont examinées dans d'autres chapitres du *Guide* (voir, par exemple, chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 53).

C. Définition des empêchements exonératoires

9. Les parties peuvent également limiter le champ de la clause d'exonération en adoptant une définition restreinte des empêchements exonératoires. Elles peuvent adopter l'une des méthodes suivantes pour définir ces empêchements :

a) Ne rédiger qu'une définition générale des empêchements exonératoires;

b) Combiner une définition générale et une liste d'empêchements exonératoires;

c) N'établir qu'une liste exhaustive des empêchements exonératoires.

1. *Définition générale des empêchements exonératoires*

10. Une définition générale des empêchements exonératoires permettrait aux parties de faire en sorte que tous les faits répondant aux conditions énoncées dans la définition soient considérés comme des empêchements exonératoires. Ainsi, il ne serait pas nécessaire d'établir une liste de ces empêchements et les parties ne risqueraient pas d'exclure des faits qu'elles auraient considérés comme des empêchements exonératoires. Par contre, il peut être difficile dans certains cas de déterminer si un fait donné entre ou non dans le cadre de la définition. Les parties pourront souhaiter fonder leur définition sur les éléments ci-après.

11. En premier lieu, elles pourront stipuler que l'exécution d'une obligation contractuelle doit être empêchée par un obstacle matériel ou juridique (voir plus haut, par. 1) et non, par exemple, être rendue plus difficile ou plus onéreuse. Le contrat pourra préciser que, si une partie ne peut, en raison d'un empêchement, s'acquitter d'une obligation durant une période donnée, elle n'est exonérée de ce fait que durant cette période.

12. En outre, les parties pourront stipuler que l'empêchement doit être indépendant de la volonté de la partie défaillante et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences[2].

2. *Définition générale suivie d'une liste d'empêchements exonératoires*

13. La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste indicative ou exhaustive des faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires[3]. Cette méthode combine la souplesse qu'assure une définition générale et la certitude qu'offre une liste d'empêchements exonératoires.

a) *Définition générale suivie d'une liste indicative*

14. Les exemples d'empêchements exonératoires qui figureront dans la liste indicative devraient être choisis de manière à préciser le champ de la définition

générale. Ainsi les parties et les personnes ou tribunaux chargés de régler des litiges liés au contrat seront-ils mieux à même de déterminer la portée envisagée de ladite définition. En outre, il sera ainsi certain que les faits figurant dans la liste seront considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition générale.

b) *Définition générale suivie d'une liste exhaustive*

15. La définition générale des empêchements exonératoires peut être suivie d'une liste exhaustive de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires s'ils satisfont aux critères énoncés dans la définition. Il n'est peut être pas souhaitable d'établir une telle liste, à moins que les parties ne soient certaines qu'elles peuvent prévoir et énumérer tous les faits qu'elles souhaitent voir considérer comme des empêchements exonératoires.

c) *Définition générale suivie d'une liste additionnelle d'empêchements exonératoires entrant ou non dans le champ de la définition*

16. La définition générale peut être suivie d'une liste de faits qui doivent être considérés comme des empêchements exonératoires, qu'ils entrent ou non dans le champ de la définition. Cette méthode peut être utile lorsque les parties retiennent une définition restreinte des empêchements exonératoires, mais souhaitent que certains faits, qui n'entrent pas dans le champ de la définition, soient considérés comme de tels empêchements. Puisque ces faits constitueraient des empêchements exonératoires indépendamment de la définition générale, les remarques figurant au paragraphe 17 ci-dessous, à propos des garanties dont on peut s'entourer lorsqu'on établit une liste d'empêchements exonératoires sans définition générale, valent également pour ce cas-ci.

3. *Liste exhaustive d'empêchements exonératoires sans définition générale*

17. Il est possible que la clause d'exonération ne comporte qu'une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, sans définition générale. Cette méthode présente l'inconvénient de ne pas énoncer les critères généraux auxquels doivent satisfaire les faits énumérés pour pouvoir être considérés comme des empêchements exonératoires. Si cette méthode est retenue, il serait bon que les parties énoncent pour chaque fait les critères auxquels il doit satisfaire pour être considéré comme un empêchement exonératoire. Par exemple, si les parties souhaitent que la "guerre" ou des "activités militaires" soient considérées comme un empêchement exonératoire (voir plus loin, par. 20), il serait bon de préciser, par exemple, si l'ouverture d'hostilités mettant en jeu le pays où le chantier est situé est une condition suffisante ou s'il faut que des actes d'hostilités se soient produits ou soient probables sur le chantier.

4. *Empêchements exonératoires susceptibles d'être envisagés*

18. Si les parties énoncent dans la clause d'exonération une liste de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, avec ou sans

définition générale, elles pourront envisager d'inclure par exemple les faits ci-après.

19. *Catastrophes naturelles.* Les catastrophes naturelles comme les tempêtes, les cyclones, les inondations ou les tempêtes de sable peuvent être considérées comme normales à certains moments de l'année sur le chantier. En pareil cas, le contrat pourrait interdire à une partie de s'en prévaloir en tant qu'empêchement exonératoire (voir plus haut, par. 12).

20. *Guerre (déclarée ou non) ou autres activités militaires.* Il peut être difficile de déterminer quand une guerre ou une activité militaire donnée peuvent être considérées comme un obstacle à l'exécution d'une obligation. Par exemple, des raids aériens fréquents près du chantier peuvent constituer un risque important pour la sécurité des employés de l'entrepreneur, sans toutefois les empêcher effectivement de poursuivre les travaux. En outre, en cas de blocus, par exemple, une partie peut forcer ce blocus, mais, ce faisant, courir de grands risques. Il peut donc être bon de préciser clairement à quel stade une guerre ou toute autre activité militaire sont considérées comme des obstacles à l'exécution (voir, par exemple, plus haut, par. 17).

21. *Grèves, boycotts, grèves perlées et occupation d'usines ou de locaux par les ouvriers.* Les parties pourront se demander dans quelle mesure ces faits peuvent être considérés comme des empêchements exonératoires. Ils peuvent certes véritablement empêcher l'entrepreneur de s'acquitter de ses obligations, mais les parties pourront juger qu'il n'est pas souhaitable qu'une partie soit exonérée des conséquences d'un défaut d'exécution lorsque ce défaut résulte de la conduite de ses propres employés. En outre, il peut être difficile de déterminer si, oui ou non, une grève des employés et d'autres conflits du travail peuvent être évités par une partie et quelles mesures on peut raisonnablement attendre de cette partie afin d'éviter la grève ou le conflit ou d'y mettre fin (par exemple, en satisfaisant aux exigences des grévistes). A ce propos, les parties pourront stipuler que seules les grèves non liées aux relations entre la partie et ses employés (par exemple, des grèves de solidarité) seront considérées comme des empêchements exonératoires. Si, en vertu du contrat, l'entrepreneur est tenu d'employer du personnel de l'acquéreur, une grève de ce personnel pourra, dans des cas appropriés, être considérée comme un empêchement exonératoire pour l'entrepreneur.

22. *Pénurie des matières premières nécessaires pour la construction.* Les parties pourront se demander si cela doit être considéré ou non comme un empêchement exonératoire. Elles pourront, par exemple, stipuler que l'entrepreneur est tenu d'acquérir ses matériaux à temps et donc ne pas l'autoriser à se prévaloir de cette pénurie comme d'un empêchement exonératoire. Parfois, il se peut que l'entrepreneur ne dispose pas à temps des matériaux nécessaires du fait d'un retard de livraison de son fournisseur. Dans de tels cas, cependant, il est souhaitable que l'entrepreneur s'assure que le contrat conclu avec le fournisseur lui permet de demander des dommages-intérêts en cas de retard.

5. *Exclusion de certains faits*

23. Quelle que soit la méthode suivie pour définir les empêchements exonératoires, les parties pourront souhaiter préciser encore le champ de la clause d'exonération en excluant expressément certains faits qui pourraient,

dans le cas contraire, entrer dans ce champ. Par exemple, elles pourront interdire à une partie de demander une exonération si elle ne peut s'acquitter de ses obligations du fait de sa propre situation financière. Elles pourront aussi envisager d'exclure des empêchements exonératoires les faits se produisant après la rupture du contrat par une partie, faits qui, si le contrat n'avait pas été rompu, n'auraient pas empêché cette partie de s'acquitter de ses obligations.

24. Les parties pourront se demander si certains actes d'un Etat ou d'une administration doivent être considérés comme des empêchements exonératoires. Une partie peut devoir obtenir une licence ou toute autre autorisation administrative pour pouvoir s'acquitter de certaines obligations. Le contrat peut stipuler que, si la licence ou l'autorisation sont refusées par l'administration, ou si elles sont accordées puis retirées, la partie qui devait obtenir la licence ou l'autorisation ne pourra invoquer le refus ou le retrait comme un empêchement exonératoire. Les parties pourront considérer qu'il est juste que le préjudice causé par le défaut d'exécution résultant de l'absence d'une telle licence ou autorisation soit à la charge de la partie qui devait l'obtenir puisque, lorsqu'elle a assumé ses obligations, elle savait qu'il lui faudrait obtenir cette licence ou cette autorisation et que celle-ci pourrait lui être refusée. En outre, il peut être difficile à l'autre partie de déterminer si les mesures prises pour obtenir la licence ou l'autorisation étaient raisonnables (voir plus haut, par. 12). Les parties pourront noter que, dans certains systèmes juridiques, si une licence ou une autorisation ne sont pas octroyées, le contrat est nul et les conséquences juridiques de la non-obtention par la partie d'une licence ou d'une autorisation sont alors déterminées par la loi applicable.

6. *Défaut d'exécution d'un tiers engagé par l'entrepreneur*

25. Il est courant, dans le cadre du contrat de construction, que l'entrepreneur engage des tiers (par exemple, des sous-traitants) pour s'acquitter de certaines des obligations que lui impose le contrat (voir chap. XI, "Sous-traitance"). Lorsque l'entrepreneur ne s'acquitte pas d'une obligation contractuelle du fait d'un défaut d'exécution de la part d'un tiers, on peut se demander dans quelle mesure il est exonéré du versement de dommages-intérêts à l'acquéreur de ce fait.

26. En général, les parties pourront juger bon de stipuler que l'engagement par l'entrepreneur d'un tiers chargé de s'acquitter d'une obligation contractuelle de l'entrepreneur n'atténue ni ne supprime la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acquéreur pour l'exécution de cette obligation (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 27 et 28). Dans cette optique, les parties pourront stipuler que l'entrepreneur n'a pas à verser de dommages-intérêts lorsque son défaut d'exécution est dû à un défaut d'exécution d'un tiers, mais uniquement si deux conditions sont remplies : premièrement, il faut satisfaire aux critères permettant l'exonération de l'entrepreneur en vertu de la clause d'exonération du contrat de construction (par exemple, le défaut d'exécution du tiers était inévitable et l'on ne pouvait raisonnablement attendre de l'entrepreneur qu'il prenne ce défaut en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte, ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences); deuxièmement, le tiers serait exonéré en vertu de la clause d'exonération du contrat de construction si une telle clause figurait dans le contrat conclu entre l'entrepreneur et ce tiers[4].

D. Notification des empêchements

27. Il est bon que le contrat oblige une partie invoquant un empêchement exonératoire à aviser par écrit l'autre partie de l'empêchement sans retard excessif après qu'elle en a eu connaissance ou peut raisonnablement être supposée en avoir pris connaissance. Grâce à la notification, l'autre partie serait davantage à même de prendre des mesures pour atténuer le préjudice effectif ou probable imputable au défaut d'exécution. Le contrat pourrait stipuler que la notification doit décrire en détail l'empêchement et démontrer que la partie est empêchée ou risque d'être empêchée d'exécuter son obligation et, si possible, la durée prévue de l'empêchement. La partie invoquant un empêchement exonératoire peut devoir continuer d'informer l'autre partie de toutes les circonstances qui peuvent être pertinentes pour évaluer l'empêchement et ses conséquences et aviser l'autre partie de la fin de l'empêchement. Le contrat pourrait en outre stipuler qu'une partie n'avisant pas l'autre partie de l'empêchement exonératoire perd son droit de s'en prévaloir. Une autre solution consisterait à stipuler dans le contrat qu'une partie qui n'adresse pas à temps à l'autre la notification requise demeure en droit d'invoquer la clause, mais est tenue d'indemniser l'autre partie en raison du préjudice résultant de ce défaut de notification. Le contrat pourrait aussi exiger que l'empêchement soit vérifié, par exemple, par un organisme public, un notaire, un consulat ou une chambre de commerce dans le pays où il se produit.

28. En outre, le contrat pourra stipuler qu'en cas de notification d'un empêchement exonératoire, les parties doivent se réunir et examiner les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les effets de l'empêchement et prévenir ou atténuer tout préjudice qui pourrait en résulter. Il peut s'agir, par exemple, de la modification de l'obligation contractuelle en question (voir chap. XXIII, "Clauses de modification") ou, dans certains cas, de la renégociation du contrat (voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat").

Notes du chapitre XXI

[1]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3.

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*
(Définition générale des empêchements exonératoires)

"1. Une partie est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue en cas de défaut d'exécution d'une obligation contractuelle si elle établit que l'inexécution est due à un empêchement matériel ou juridique indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte, ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

"2. Une partie n'est exemptée de verser des dommages-intérêts ou une somme convenue en application du paragraphe précédent du fait d'un défaut d'exécution que durant la période pendant laquelle l'empêchement fait obstacle à l'exécution."

[3]*Disposition donnée à titre d'exemple*
(Définition générale suivie d'une liste indicative ou exhaustive)

"1. [Voir note 2, par. 1]

"2. [*Liste indicative*] : Les faits suivants sont des exemples de faits devant être considérés comme des empêchements exonératoires, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés au paragraphe 1 ci-dessus : . . .

[*Liste exhaustive*] : Les faits suivants, à l'exclusion de tout autre, doivent être considérés comme des empêchements exonératoires conformément au paragraphe 1 ci-dessus, à condition qu'ils satisfassent aux critères énoncés dans ledit paragraphe : . . .

"3. [Voir note 2, par. 2]."

[4]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Si le défaut d'exécution d'une obligation par une partie est dû à un défaut d'exécution d'un tiers qu'elle a engagé pour s'acquitter de ladite obligation, cette partie est exonérée en application du paragraphe 1 ci-dessus aux seules conditions que :

"*a)* Pour ce qui est de la partie, les critères énoncés au paragraphe 1 soient satisfaits, et

"*b)* Le tiers soit exonéré si les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent à lui."

Chapitre XXII. Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat

RÉSUMÉ

Par "situation difficile" (*hardship*), au sens du *Guide*, on entend un changement de la situation économique, financière, juridique ou technique ayant des conséquences économiques graves pour une partie contractante et rendant plus difficile pour elle l'exécution de ses obligations contractuelles. Cette notion de situation difficile apparaît dans les clauses d'adaptation qui, généralement, définissent ce qu'est une situation difficile et prévoient la renégociation du contrat et son adaptation aux circonstances nouvelles (par. 1). Il convient de distinguer entre les clauses d'adaptation et les clauses d'exonération (par. 2).

Les clauses d'adaptation présentent en principe l'avantage que, grâce à la renégociation du contrat qu'elles autorisent, on peut éviter la défaillance de la partie victime du changement de circonstances et les difficultés qui naîtraient de l'inexécution. Ces clauses peuvent en outre faciliter la renégociation en fournissant le cadre dans lequel elle peut se dérouler (par. 3).

Les clauses d'adaptation ont toutefois plusieurs inconvénients qui risquent de l'emporter sur les avantages mentionnés ci-dessus. La faculté de renégocier le contrat rend celui-ci quelque peu instable, la définition de la situation difficile tend à être imprécise et vague et l'insertion dans le contrat d'une clause d'adaptation risque d'ouvrir la voie à des réclamations fallacieuses fondées sur l'imprévision ou la survenance d'autres événements et présentées par des parties désireuses de se soustraire à leurs obligations (par. 4). En outre, l'acquéreur, en particulier, peut être désavantagé car l'entrepreneur aura éventuellement plus d'occasions d'invoquer la clause que l'acquéreur (par. 5). Le Guide traite d'autres clauses susceptibles d'être insérées dans le contrat et de s'appliquer lorsqu'un changement de circonstances a des conséquences économiques graves pour une partie. L'acquéreur pourra se demander si l'insertion de telles clauses ne rendrait pas une clause d'adaptation superflue (par. 6).

Si, malgré les inconvénients que cela comporte, les parties souhaitent inclure dans le contrat une clause d'adaptation, il est souhaitable de la rédiger de telle sorte qu'elle réduise au minimum l'incertitude qu'elle peut engendrer quant aux obligations des parties. La clause pourrait, par exemple, définir ce qu'est une situation difficile et comporter en outre une liste des faits qui, seuls ou cumulés, permettraient à une partie d'invoquer la clause d'adaptation (par. 7 et 12). On pourrait aussi adopter une définition restrictive de la situation difficile en vertu de laquelle toutes les conditions requises doivent être réunies pour qu'il y ait effectivement situation difficile (par. 8 à 11). Les parties souhaiteront peut-être insérer d'autres restrictions limitant le recours à la clause d'adaptation afin de réduire le risque d'instabilité qu'une telle clause introduirait dans le contrat (par. 13).

Les parties pourront décider si, en cas de situation difficile, elles devront uniquement être tenues de participer à la renégociation en vue d'adapter le contrat, ou si elles seront tenues d'adapter le contrat après la renégociation (par. 14).

Les parties souhaiteront peut-être prévoir des procédures facilitant la renégociation (par. 15 à 17). Le contrat peut en outre arrêter le moment à compter duquel les parties seront réputées n'avoir pas pu s'entendre sur l'adaptation du contrat après sa renégociation (par. 18).

Les parties souhaiteront peut-être faciliter l'application de la clause d'adaptation en arrêtant des directives sur la manière d'arriver à une adaptation équitable du contrat (par. 19). Les circonstances qui, en se modifiant, ont créé une situation difficile risquent de se modifier à nouveau et de revenir à leur état antérieur, en atténuant la situation difficile. Aussi le contrat pourrait-il prévoir une réadaptation au cas où les circonstances redeviendraient ce qu'elles étaient antérieurement (par. 20).

Les parties souhaiteront peut-être fixer le statut de leurs obligations contractuelles pendant la renégociation. Lorsque les parties sont uniquement tenues de participer à la renégociation, le contrat peut stipuler que l'exécution des obligations réputées touchées par la situation difficile doit se poursuivre pendant la renégociation conformément aux conditions initiales du contrat (par. 21). Lorsque les parties sont tenues d'adapter le contrat après renégociation, le contrat peut stipuler que l'exécution des obligations se poursuivra pendant la renégociation et, si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur l'adaptation du contrat, pendant la procédure ultérieure de règlement des litiges. Ou bien, le contrat peut stipuler que la partie invoquant la clause d'adaptation sera habilitée à interrompre l'exécution des obligations (par. 22).

Lorsque le contrat oblige les parties à adapter le contrat à l'issue de la renégociation, il est souhaitable qu'il prévoie les conséquences qui se présentent lorsque les parties ne réussissent pas à s'entendre sur l'adaptation du contrat (par. 23).

A. Remarques générales

1. Par "situation difficile" (*hardship*), au sens du *Guide*, on entend un changement de la situation économique, financière, juridique ou technique ayant des conséquences économiques graves pour une partie contractante et rendant plus difficile pour elle l'exécution de ses obligations contractuelles. Les clauses correspondant à cette notion de situation difficile, dites clauses d'adaptation, ont en général deux objectifs principaux. Premièrement, elles définissent ce qu'est la situation difficile et, deuxièmement, elles prévoient la renégociation en vue d'adapter le contrat à la situation nouvelle. Les effets juridiques de ces clauses varient selon les systèmes juridiques. Elles sont reconnues dans certains systèmes juridiques et inconnues dans d'autres; dans d'autres encore, les tribunaux n'ont pas encore eu à statuer sur leur validité.

2. Il convient de distinguer entre les clauses d'exonération (voir le chapitre XXI, "Clauses d'exonération") et les clauses d'adaptation. La clause d'adaptation, dans l'acception du *Guide*, s'applique lorsqu'un changement de circonstances rend l'exécution des obligations d'une des parties plus onéreuse mais non impossible. Quant à la clause d'exonération, pour le Guide, elle ne s'applique que lorsqu'un changement de circonstances empêche l'exécution du contrat.

C'est ainsi que la clause d'adaptation s'appliquerait lorsque, après la conclusion du contrat, la réglementation en matière de protection de l'environnement applicable à la construction serait modifiée et qu'elle introduirait des normes plus strictes augmentant considérablement le coût de la construction. La clause d'exonération, elle, s'appliquerait lorsque la modification de la réglementation serait telle qu'elle interdirait la poursuite de la construction. Les conséquences juridiques de l'application de l'une ou de l'autre de ces clauses, telles qu'elles sont conçues dans le *Guide*, seraient également différentes. La clause d'adaptation stipule qu'en cas de situation difficile, le contrat sera renégocié (voir le paragraphe précédent). La clause d'exonération, elle, stipule qu'en cas d'inexécution d'une obligation résultant d'empêchements exonératoires, la partie lésée ne disposera plus contre la partie qui ne s'est pas acquittée de ses obligations de certains recours, en particulier de l'action en dommages-intérêts.

3. L'insertion dans le contrat d'une clause d'adaptation peut avoir cet avantage que si un changement de circonstances a des conséquences économiques graves pour une partie, la renégociation du contrat en application de la clause d'adaptation pourra permettre d'éviter la défaillance de la partie touchée par le changement de circonstances ainsi que les difficultés qui ne manqueraient pas d'en résulter. Bien que rien n'interdise aux parties de renégocier, même en l'absence d'une clause d'adaptation, celle-ci peut faciliter la renégociation en fixant le cadre dans lequel elle pourrait être conduite. Aussi la clause d'adaptation peut-elle contenir des dispositions visant à donner une issue équitable à la renégociation (voir plus loin, par. 19) et peut-elle régir les droits et obligations des parties pendant cette renégociation (voir plus loin, par. 15 à 17, 21 et 22).

4. Les clauses d'adaptation présentent des inconvénients majeurs susceptibles de l'emporter sur les avantages mentionnés plus haut. La possibilité de renégocier le contrat en vertu de la clause d'adaptation peut introduire une certaine instabilité dans le contrat. En outre, en raison de la nature même de la notion de situation difficile, quelquefois correspondant à l'imprévision, d'autres fois à la survenance d'événements qui paraissent ne plus relever de l'imprévision au sens propre, sa définition tend à être imprécise et vague. En outre, la renégociation peut entraîner des interruptions de l'exécution des obligations contractuelles ou ouvrir la voie à des réclamations fallacieuses fondées sur l'imprévision ou la survenance d'autres événements permettant à une partie de se soustraire à l'exécution de ses obligations. Enfin, lorsque la clause d'adaptation oblige les parties à adapter le contrat après la renégociation (voir plus loin, par. 14) et qu'elles sont dans l'impossibilité d'arriver à un accord, l'adaptation du contrat au moyen d'une procédure de règlement des litiges (voir plus loin, par. 23) risque de se heurter à des difficultés.

5. La clause d'adaptation peut présenter des inconvénients particuliers pour l'acquéreur. Celui-ci ne doit généralement exécuter qu'une obligation principale (à savoir payer le prix du contrat) alors que l'entrepreneur doit s'acquitter d'un certain nombre d'obligations pendant la contruction de l'installation. Aussi l'entrepreneur a-t-il plus d'occasions d'invoquer la clause d'adaptation que l'acquéreur. Par suite, avant d'accepter l'insertion d'une clause d'adaptation au contrat, l'acquéreur aurait intérêt à étudier soigneusement les éventuels effets négatifs que cette clause pourrait avoir.

6. Le *Guide* examine d'autres clauses susceptibles de figurer dans le contrat et de s'appliquer lorsque les circonstances changent après la conclusion du contrat

et que ce changement a des conséquences économiques graves pour une partie. Parmi ces clauses, celles dont l'objectif est le plus proche de celui des clauses d'adaptation sont les clauses d'indexation et les clauses concernant les monnaies. La clause d'indexation prévoit la révision du prix lorsque le coût des biens ou des services que doit fournir l'entrepreneur change; les clauses concernant les monnaies prévoient une révision du prix lorsqu'il y a modification du taux de change de la monnaie dans laquelle le prix doit être payé par rapport à la monnaie de référence (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 49 à 55, 58 et 59). Ces clauses portent sur des changements prévisibles susceptibles d'être clairement déterminés. Aussi peuvent-elles spécifier les modifications qui devront être apportées aux conditions contractuelles à la suite de ces changements et il n'est pas nécessaire que le contrat, au contraire des clauses d'adaptation, prévoie la renégociation, dont l'issue est incertaine. Lorsqu'à la suite d'un changement de circonstances, l'acquéreur souhaite modifier l'étendue de la construction, il peut le faire dans certaines limites en vertu de la clause de modification (voir chap. XXIII, "Clauses de modification", par. 5 à 18). Lorsque le changement de circonstances est tel que l'acquéreur a intérêt à suspendre la construction, il peut le faire en application d'une clause prévoyant la suspension à son gré (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 3 et 4). Lorsque le changement est si fondamental que le projet cesse d'être viable, l'acquéreur peut résilier le contrat à son gré en application de la clause de résiliation (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 17 et 18). Aussi l'acquéreur pourra-t-il étudier si l'insertion des clauses qui viennent d'être évoquées ne rendrait pas superflue une clause d'adaptation. L'examen des clauses d'adaptation dans le *Guide* ne doit pas être interprété comme signifiant que leur insertion dans les contrats est jugée souhaitable.

B. Rédaction de la clause d'adaptation

7. Si, malgré ces inconvénients, les parties choisissent d'insérer dans le contrat une clause d'adaptation, elles auront intérêt à la rédiger de manière à limiter l'incertitude qu'elle peut engendrer quant à leurs obligations. L'utilisation de critères non limitatifs et vagues ("changement de circonstances", "bouleversement de l'équilibre initial du contrat" et "entraînant des difficultés économiques graves", par exemple) régissant les conditions d'application de la clause doit être évitée. L'énumération non limitative de faits constituant une situation difficile débouchera aussi sur une incertitude juridique. L'une des méthodes acceptables consisterait à énoncer dans la clause une définition de ce qui constitue une situation difficile (voir ci-après, sous-sect. 1) à laquelle s'ajouterait une liste exhaustive des faits qui, seuls ou cumulés, pourraient justifier le recours à la clause d'adaptation (voir ci-après, sous-sect. 2). Dans cette méthode, la clause ne pourrait être invoquée que s'il se produisait un fait énoncé dans la liste qui engendrerait une situation difficile, telle que définie dans la clause.

1. *Définition de la situation difficile*

8. Les parties jugeront peut être souhaitable d'adopter une définition restrictive de la situation difficile dans laquelle toutes les conditions ci-après devront être réunies pour qu'il y ait situation difficile : *a)* il faut un changement

devront des circonstances contemporaines de la conclusion du contrat; *b)* ce changement doit être inévitable et d'une nature telle que l'on ne pouvait pas raisonnablement attendre de la partie invoquant la clause d'adaptation qu'elle puisse le prévoir; *c)* ce changement doit avoir des conséquences économiques graves pour ladite partie.

a) *Changement de circonstances*

9. Le champ d'application de la clause d'adaptation pourrait être défini plus clairement si, au lieu d'exiger simplement un "changement de circonstances", les parties exigeaient dudit changement qu'il se produise dans des domaines particuliers. Par exemple, les parties pourraient stipuler que le changement doit porter sur des circonstances précises d'ordre économique, financier, juridique ou technique.

b) *Nature du changement*

10. Les parties souhaiteront peut-être énoncer les conditions suivantes : le changement de circonstances doit être indépendant de la volonté de la partie se prévalant de la clause d'adaptation et on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

c) *Conséquences économiques graves*

11. Les parties souhaiteront peut être définir quelles sortes de conséquences économiques devront être considérées comme graves pour la partie invoquant la clause d'adaptation. L'objet d'une telle définition serait d'éviter qu'une partie puisse invoquer la clause d'adaptation lorsque se produisent des effets économiques négatifs dont elle a normalement assumé le risque au moment de la conclusion du contrat. L'une des méthodes possibles pourrait consister à utiliser une formule générale pour définir le degré de gravité requis, par exemple, stipuler que le changement de circonstances doit entraîner "de lourdes charges financières" ou un "préjudice excessif" pour la partie invoquant la clause. Il serait peut-être préférable toutefois de quantifier la gravité d'une manière plus précise, par exemple en stipulant que le changement de circonstances doit entraîner une augmentation du coût excédant un pourcentage donné du prix.

2. *Liste exhaustive de faits*

12. Le contrat pourra stipuler qu'une partie ne peut invoquer la clause d'adaptation que si elle apporte la preuve qu'un ou plusieurs des faits énumérés dans la liste exhaustive se sont produits et l'ont placée dans une situation difficile, telle qu'elle est définie dans la clause. Parmi les faits qui peuvent figurer dans une liste, on citera les exemples suivants : diminution considérable de la taille du marché auquel l'acquéreur destinait la production de l'installation ou augmentation du coût des matières premières utilisées par l'installation entraînant une baisse radicale de sa rentabilité. Il peut se produire d'autres faits analogues qui placent l'entrepreneur dans une situation difficile.

3. *Autres restrictions possibles*

13. Les parties souhaiteront peut-être envisager d'inclure une disposition stipulant que la clause d'adaptation ne peut pas être invoquée par une partie pour une obligation lui incombant si au moment où se produit la situation difficile, elle a déjà failli à s'en acquitter. On pourrait aussi restreindre l'application de la clause en stipulant qu'elle ne pourra pas être invoquée pendant un certain délai après la conclusion du contrat. En outre, le contrat peut limiter le nombre de fois qu'une partie est habilitée à invoquer la clause ou stipuler que la clause ne peut être invoquée qu'un nombre donné de fois pendant une période déterminée. Ce type de restriction pourrait contribuer à atténuer l'instabilité que la clause d'adaptation introduit dans le contrat.

C. Renégociation

14. La clause d'adaptation peut prévoir la renégociation du contrat lorsque les conditions de la situation difficile sont réunies. Les parties souhaiteront peut être se demander si le contrat devra seulement les obliger à participer à la renégociation en vue d'adapter le contrat, ou bien les obliger à adapter le contrat après la renégociation. Les parties pourront, au moment de la conclusion du contrat ou ultérieurement, choisir d'un commun accord un conciliateur susceptible de les aider de manière indépendante et impartiale à essayer d'adapter le contrat (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 12 à 15). Si le contrat oblige les parties à adapter le contrat à l'issue de la renégociation, elles pourraient avoir intérêt à stipuler qu'en cas d'impossibilité d'arriver à un accord sur l'adaptation, le contrat devra être adapté par un tribunal, un tribunal arbitral ou un expert-arbitre (voir plus loin, par. 23).

1. *Procédure de renégociation*

a) *Notification*

15. Le contrat pourra stipuler qu'une partie n'aura le droit d'invoquer la clause d'adaptation que par notification écrite à l'autre partie. On pourra stipuler que cette notification doit être faite dans un délai déterminé après le changement de circonstances qui est à l'origine de la situation difficile, que cette notification doit renfermer des renseignements suffisamment détaillés concernant le changement de circonstances et ses conséquences afin que l'autre partie puisse en évaluer les effets, et qu'elle doit indiquer la nature de l'adaptation souhaitée par la partie invoquant la clause.

16. La partie notifiée pourra être tenue de répondre par écrit dans un délai donné à compter de la notification. On peut stipuler que si elle considère que les motifs énoncés dans la notification ne sont pas suffisants pour justifier la renégociation, elle doit énoncer dans sa réponse les raisons qui motivent cette conclusion. Si elle est disposée à participer à la renégociation, elle pourra être tenue d'indiquer la nature de l'adaptation du contrat qu'elle juge appropriée.

17. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que si la partie habilitée à invoquer la clause d'adaptation ne procède pas à la notification requise dans le délai prévu, elle perdra son droit d'invoquer la clause. On pourrait ainsi limiter

les demandes tardives de parties qui invoquent l'imprévision ou la survenance d'autres événements en vue de se soustraire à l'exécution d'obligations qui sont devenues onéreuses. Ou bien le contrat pourrait stipuler que la partie qui ne procède pas à la notification requise dans les délais prévus peut néanmoins invoquer la clause, mais est tenue de dédommager l'autre partie pour le préjudice résultant du retard dans la notification.

b) *Délai imparti à la renégociation*

18. Il est bon que le contrat fixe un délai à l'expiration duquel on pourra considérer qu'il y a eu impossibilité de s'entendre sur l'adaptation du contrat après la renégociation. Le contrat peut stipuler que l'on n'est pas arrivé à se mettre d'accord sur l'adaptation du contrat si l'entente n'intervient pas à l'expiration d'un délai déterminé à compter du moment où la situation difficile a été notifiée.

c) *Directives pour la renégociation*

19. Les parties souhaiteront peut-être faciliter le jeu de la clause d'adaptation en arrêtant des directives favorisant une adaptation équitable du contrat. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les conditions initiales du contrat ne devront être modifiées que dans la mesure où cela est nécessaire pour corriger le déséquilibre contractuel causé par la situation nouvelle. D'autres directives pourront être arrêtées : on pourra, par exemple, préciser que le principe de la bonne foi doit jouer lorsque l'on détermine l'adaptation requise, que cette adaptation doit permettre dans toute la mesure possible l'exécution complète des obligations contractuelles, qu'aucun préjudice excessif pour l'une ou l'autre des parties ne doit résulter de l'adaptation et que cette adaptation doit viser à maintenir l'équilibre préexistant entre les intérêts des parties.

20. Les circonstances qui, en se modifiant, ont produit un cas d'adaptation peuvent se modifier à nouveau et revenir à leur état antérieur, atténuant ainsi la situation difficile. Le contrat pourrait stipuler que la durée vraisemblable du changement de circonstances devra être prise en considération lorsque l'on adapte le contrat et que cette adaptation devrait, dans la mesure du possible, indiquer comment le contrat devra être réadapté au cas où les circonstances redeviendraient ce qu'elles étaient antérieurement.

d) *Statut des obligations pendant la renégociation*

21. Les parties souhaiteront peut-être définir le statut de leurs obligations contractuelles respectives pendant la renégociation. Lorsque les parties ne sont tenues que de participer à la renégociation en vue d'adapter le contrat, elles souhaiteront peut-être stipuler que l'exécution des obligations qui sont réputées touchées par la situation difficile devra se poursuivre conformément aux conditions initiales du contrat pendant la renégociation. Si, à l'issue de la renégociation, les parties s'accordent sur une adaptation du contrat, les conditions de cette adaptation devraient prévoir un dédommagement pour le préjudice subi par la partie victime de la situation difficile parce qu'elle a dû poursuivre l'exécution de ses obligations pendant la renégociation.

22. Lorsque les parties sont tenues d'adapter le contrat après renégociation (voir plus haut, par. 14), elles ont le choix entre deux méthodes. Le contrat pourrait

stipuler que l'exécution des obligations qui sont réputées être touchées par la situation difficile doit se poursuivre pendant la renégociation, ainsi que pendant la procédure ultérieure de règlement des litiges si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur l'adaptation du contrat, à moins que le tribunal, le tribunal arbitral ou l'expert-arbitre chargés du règlement du litige n'en décident autrement. Les conditions régissant l'adaptation du contrat pourraient prévoir un dédommagement pour le préjudice subi par la partie touchée par la situation difficile du fait de la poursuite de l'exécution de ses obligations. En stipulant que l'exécution doit se poursuivre, on peut limiter le risque qu'une partie présente une demande fallacieuse en invoquant un cas d'imprévision ou la survenance d'autres événements afin de se soustraire à l'exécution de certaines obligations. L'autre possibilité consisterait à stipuler que la partie qui invoque la clause d'adaptation est habilitée à interrompre l'exécution des obligations réputées touchées par la situation difficile. Les conditions régissant l'adaptation du contrat pourraient déterminer de quelle manière, le cas échéant, ces obligations seront exécutées une fois le contrat adapté. Dans les cas où il serait décidé, lors d'une procédure de règlement des litiges, que la partie invoquant la clause d'adaptation n'en avait pas le droit, le contrat pourrait stipuler que l'autre partie a droit à un dédommagement pour le préjudice résultant de l'interruption. En prévoyant l'interruption de l'exécution des obligations contractuelles, on peut rendre plus aisée l'adaptation du contrat car la poursuite de l'exécution risque d'être préjudiciable à la partie victime de la situation difficile et ce préjudice risque de ne pas pouvoir être réparé par l'adaptation du contrat.

2. *Impossibilité de s'acquitter de l'obligation d'adapter le contrat*

23. Lorsque le contrat oblige les parties à adapter le contrat après renégociation (voir plus haut, par. 14), il est souhaitable que le contrat prévoie les effets d'une impossibilité de s'accorder sur son adaptation. Le contrat peut stipuler que la partie invoquant la clause d'adaptation aura le droit d'engager des procédures judiciaires ou arbitrales en vue de l'adaptation du contrat, ou bien stipuler qu'un expert-arbitre sera chargé de décider s'il y a lieu d'adapter le contrat et de quelle manière. Ces méthodes de règlement du litige entre les parties sont traitées dans le chapitre XXIX, "Règlement des litiges". Les parties doivent avoir présent à l'esprit que certains systèmes juridiques interdisent l'adaptation du contrat par voie judiciaire ou arbitrale.

Chapitre XXIII. Clauses de modification

RÉSUMÉ

Au sens du *Guide*, le mot "modification" désigne le changement d'un aspect de la construction de l'installation par rapport à ce qui est requis dans les pièces relatives au contrat. Durant la construction, il peut se produire des cas où il est nécessaire, voire souhaitable, de modifier certains aspects de la construction. Il est bon que le contrat comporte des dispositions déterminant dans quelles circonstances l'entrepreneur est tenu d'effectuer une modification. Lorsqu'elles rédigeront des dispositions à cette fin, les parties devront s'efforcer de tenir compte équitablement des différents intérêts en jeu (par. 1 à 4).

Pour ce qui est des modifications demandées par l'acquéreur, les parties voudront peut-être envisager trois méthodes fondamentales. Selon la première, le contrat obligerait l'entrepreneur à procéder à une modification ordonnée par l'acquéreur, dans la mesure où la modification ordonnée satisfait à certains critères énoncés dans le contrat. Selon la deuxième, le contrat obligerait l'entrepreneur à effectuer une modification ordonnée par l'acquéreur, à moins qu'il ne s'y oppose pour des motifs raisonnables ou spécifiés. Selon la troisième, une modification exigerait le consentement écrit de l'entrepreneur. Le contrat pourra retenir une seule de ces méthodes ou une combinaison de ces méthodes. Il serait utile que le contrat comporte des dispositions relatives au règlement de litiges entre les parties concernant la question de savoir si l'acquéreur était ou non en droit d'ordonner une modification (par. 5 à 7).

Les parties pourront dans certains cas juger approprié de stipuler que le prix du contrat et la date d'achèvement des travaux par l'entrepreneur pourront être ajustés raisonnablement en cas de modification. Ainsi, le contrat peut comporter un mécanisme par lequel l'entrepreneur informerait l'acquéreur de son avis quant aux incidences de la modification sur le prix du contrat et la date d'achèvement des travaux, afin que l'acquéreur puisse déterminer, compte tenu de ces incidences probables, s'il insistera pour que la modification soit effectuée. Que ce mécanisme soit prévu ou non dans le contrat, les parties pourront être tenues de déterminer entre elles le montant des ajustements à opérer conformément à des critères énoncés dans le contrat et l'une et l'autre parties pourront être en droit de soumettre à règlement tout litige quant au montant de l'ajustement (par. 8 à 11).

Pour ce qui est des modifications que l'entrepreneur est tenu d'effectuer, les parties pourront souhaiter envisager d'en limiter l'ampleur (par. 12 et 13). Quant aux modifications auxquelles l'entrepreneur peut s'opposer, le contrat pourra soit autoriser ce dernier à s'y opposer pour des motifs raisonnables, soit préciser les motifs pour lesquels il pourra s'y opposer (par. 15). Le contrat peut prévoir des procédures pour ordonner et effectuer ces deux catégories de modifications (par. 14 et 16 à 18).

Pour ce qui est des modifications exigeant le consentement de l'entrepreneur, le contrat pourra stipuler que les modifications demandées par l'acquéreur ne doivent être effectuées par l'entrepreneur que si ce dernier y consent par écrit (par. 19).

L'acquéreur aurait intérêt à ce que les modifications proposées par l'entrepreneur ne soient effectuées que s'il y consent par écrit (par. 20 à 22).

Le contrat peut comporter des dispositions particulières relatives aux changements à apporter à la construction en cas d'obstacles naturels imprévisibles et de modifications de la réglementation locale (par. 23).

Dans les cas où une modification doit entraîner un ajustement du prix du contrat, il est souhaitable que le contrat stipule que l'ajustement sera d'un montant raisonnable. Il serait bon que le contrat comporte des directives qui permettront de déterminer quel montant peut être considéré comme raisonnable. Ces directives pourront varier selon le type de contrat (par. 24 à 32).

A. Remarques générales

1. Au sens du *Guide*, le mot "modification" désigne le changement d'un aspect de la construction de l'installation par rapport à ce qui était requis dans les pièces initiales concernant le contrat, par exemple un changement de l'ampleur de la construction, ou des caractéristiques techniques des équipements ou matériaux à incorporer dans l'installation ou un changement des services liés à la construction qui sont requis compte tenu des spécifications, dessins et normes de l'installation (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 6 à 9). Un ajustement ou une révision du prix du fait de changements de coût ou de fluctuation des monnaies, ou une révision des conditions de paiement (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement") ne sont pas considérés dans le Guide comme des modifications, bien qu'une modification puisse entraîner un ajustement du prix (voir plus loin, par. 8). De même, la renégociation du contrat en cas de situation difficile (voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat", par. 1) et la suspension de la construction (voir chap. XXIV, "Suspension de la construction", par. 1) ne sont pas non plus considérées comme des modifications.

2. Durant la construction d'un ensemble industriel complexe, il n'est pas rare qu'il soit nécessaire, voire souhaitable, de modifier certains aspects de la construction, par exemple dans les cas suivants : difficultés d'approvisionnement en matières premières nécessaires pour la production, ce qui rend souhaitable une adaptation à cette situation du procédé technique à incorporer dans l'installation; problèmes ou faits imprévus survenant durant la construction et exigeant un changement des équipements, matériaux ou services nécessaires (voir plus loin, par. 23); circonstances ayant des incidences sur la rentabilité escomptée de l'installation et rendant souhaitable une modification de son ampleur; ou apparition d'innovations techniques dont l'acquéreur ou l'entrepreneur souhaite tirer parti. En outre, l'entrepreneur pourra souhaiter procéder à des modifications compte tenu de ses procédés de construction.

3. Comme il l'est indiqué dans les sections ci-après, les parties pourront souhaiter obliger l'entrepreneur à effectuer certaines modifications ordonnées par l'acquéreur; toutefois, elles voudront peut-être ne l'obliger à effectuer ces

modifications que s'il ne s'y oppose pas pour des motifs raisonnables ou spécifiés. Dans les deux cas, il est bon que le contrat comporte des dispositions énonçant les circonstances dans lesquelles l'entrepreneur doit effectuer une modification ordonnée par l'acquéreur car, dans la plupart des systèmes juridiques, l'entrepreneur ne serait pas tenu de le faire en l'absence de telles dispositions[1]. Les parties voudront peut-être toutefois noter que, dans quelques systèmes juridiques, une partie ne peut être obligée d'effectuer une modification, à moins qu'elle n'y consente expressément après qu'elle a été ordonnée, que cela soit ou non stipulé dans le contrat.

4. Lorsqu'elles élaboreront les dispositions contractuelles relatives aux modifications, les parties devront s'efforcer de trouver un équilibre approprié entre, d'une part, la nécessité de conserver aux obligations contractuelles des parties un caractère certain et le principe selon lequel une partie au contrat doit être liée par les conditions qu'elle a acceptées et, d'autre part, l'intérêt qu'il peut y avoir à permettre des modifications nécessaires ou souhaitables afin de faire face à des situations qui peuvent se rencontrer dans le cadre d'un contrat complexe à long terme. En outre, les parties devraient s'efforcer de concilier les intérêts de l'acquéreur et ceux de l'entrepreneur.

B. Modifications demandées par l'acquéreur

1. *Méthodes fondamentales*

5. Le contrat peut stipuler que lorsque l'acquéreur désire modifier la construction, il doit communiquer par écrit à l'entrepreneur un ordre de modification donnant le détail de la modification souhaitée. Les parties voudront peut-être envisager trois méthodes fondamentales concernant les obligations de l'entrepreneur comme suite à un ordre de modification. Selon la première méthode (voir plus loin, par. 12 à 14), le contrat obligerait l'entrepreneur à effectuer la modification ordonnée par l'acquéreur dans la mesure où elle satisfait à certains critères énoncés dans le contrat. Selon la deuxième méthode (voir plus loin, par. 15 à 18), le contrat obligerait l'entrepreneur à effectuer la modification ordonnée par l'acquéreur à moins qu'il ne s'y oppose pour des motifs raisonnables ou spécifiés. Selon la troisième méthode (voir plus loin, par. 19), une modification exigerait l'approbation écrite de l'entrepreneur.

6. Le contrat pourra retenir une de ces méthodes, ou une combinaison de ces méthodes. Si le contrat incorpore deux des méthodes, il pourra, par exemple, énoncer les critères auxquels doit satisfaire une modification pour que l'entrepreneur soit tenu de l'effectuer (voir, par exemple, plus loin, par. 13) et stipuler que les modifications ne répondant pas à ces conditions pourront être refusées par l'entrepreneur pour des motifs raisonnables ou spécifiés, ou bien ne seront effectuées que si l'entrepreneur y consent par écrit. S'il incorpore les trois méthodes, le contrat pourra énoncer les critères auxquels devront satisfaire les modifications pour que l'entrepreneur soit tenu de les effectuer, ainsi que d'autres critères pour les modifications auxquelles l'entrepreneur pourra s'opposer pour des motifs raisonnables ou spécifiés et stipuler que les modifications ne satisfaisant à aucun de ces critères seront assujetties à l'assentiment de l'entrepreneur[2].

7. Il serait utile que le contrat comporte des dispositions relatives au règlement de litiges entre les parties concernant la question de savoir si la modification ordonnée par l'acquéreur satisfait ou non aux critères énoncés dans le contrat. Le contrat peut stipuler que ces litiges pourront être soumis, afin d'être réglés avec diligence, à un tiers indépendant. Ce tiers peut être l'ingénieur-conseil, s'il est autorisé à exercer des fonctions indépendantes (voir chap. X, "Ingénieur-conseil", par. 9 à 19), ou un expert-arbitre (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21). Les parties peuvent aussi préférer que le litige ne soit soumis qu'à un tribunal ou un tribunal arbitral. Si le litige doit être soumis à un tiers indépendant ou un expert-arbitre, celui-ci pourra n'être habilité qu'à décider si la modification demandée satisfait aux critères énoncés dans le contrat, et non à traiter de la question des incidences de la modification sur le prix du contrat et la date d'achèvement. Même lorsque le critère auquel doit satisfaire la modification se fonde sur l'augmentation du prix du contrat d'un pourcentage donné du fait de la modification (voir plus loin, par. 13), le tiers indépendant n'a pas à quantifier dans sa décision les incidences de la modification sur le prix, mais se contentera d'indiquer si elle entraînera ou non un dépassement de la limite déterminée. Le contrat peut préciser le poids à accorder, dans le cadre d'une procédure visant à déterminer les incidences de la modification sur le prix du contrat, aux constatations du tiers indépendant à l'appui de ses conclusions (voir chap. X, "Ingénieur-conseil", par. 9 à 19, et chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21).

2. *Incidences d'une modification sur le prix du contrat et la date d'achèvement*

8. Dans certains cas, une modification souhaitée par l'acquéreur peut entraîner une augmentation des coûts de la construction pour l'entrepreneur par rapport au coût envisagé lorsque le contrat a été conclu. Il peut en effet être nécessaire de fournir des équipements, matériaux ou services supplémentaires ou plus onéreux par rapport à ceux qui étaient prévus dans le contrat. En outre, si des équipements, matériaux ou services différents ou supplémentaires doivent être fournis, il pourra ne pas être raisonnable d'escompter que l'entrepreneur sera à même d'achever la construction à la date initialement convenue dans le contrat. Dans d'autres cas, une modification peut entraîner une baisse des coûts de la construction ou permettre à l'entrepreneur d'achever la construction avant la date spécifiée dans le contrat. Aussi les parties pourront-elles, dans certains cas, juger bon de stipuler dans le contrat les ajustements raisonnables à apporter au prix du contrat et à la date d'achèvement en cas de modification (voir plus loin, sect. E et par. 23).

9. L'acquéreur voudra sans doute connaître les incidences probables qu'aura la modification qu'il souhaite sur le prix du contrat et sur la date d'achèvement avant que l'entrepreneur ne soit tenu de l'effectuer. Si ces incidences risquent d'être excessives, l'acquéreur pourra décider de ne pas exiger la modification. Dans certains cas, le personnel technique de l'acquéreur ou son ingénieur-conseil seront à même d'estimer pour lui les incidences probables de la modification. Dans d'autres cas, cela sera impossible. Aussi les parties voudront-elles peut-être envisager d'inclure dans le contrat de construction un mécanisme par lequel l'entrepreneur informerait l'acquéreur de son avis quant aux incidences de la modification sur le prix du contrat et la date d'achèvement.

Le contrat peut, par exemple, obliger l'entrepreneur, après qu'il a reçu l'ordre de modification, à remettre à l'acquéreur une déclaration écrite dans laquelle il indiquerait son avis quant aux incidences éventuelles de la modification sur ces conditions contractuelles (voir aussi plus loin, sect. E). Les parties voudront peut-être étudier si le contrat devrait spécifier le délai, suivant la remise à l'entrepreneur de l'ordre de modification, dans lequel ce dernier doit remettre sa déclaration à l'acquéreur, ou s'il devrait simplement stipuler que l'entrepreneur doit le faire dans un délai raisonnable. D'une part, le délai requis par l'entrepreneur pour évaluer les incidences de la modification variera selon la nature et la portée de ladite modification. D'autre part, si le contrat exige que la déclaration ne soit remise que dans un délai raisonnable, dans les cas où l'obligation d'effectuer la modification ne s'impose qu'à l'expiration de ce délai (voir, par exemple, plus loin, par. 14 et 17), il y aura incertitude quant au moment où naît cette obligation. On pourra, par exemple, spécifier dans le contrat un délai suffisamment long pour permettre à l'entrepreneur d'évaluer les incidences de la modification, ou bien stipuler que l'acquéreur est tenu de spécifier dans l'ordre de modification le délai dans lequel l'entrepreneur remettra sa déclaration à l'acquéreur et préciser que ce délai doit être raisonnable. Un tel mécanisme peut ne pas être nécessaire pour les modifications exigeant l'approbation écrite de l'entrepreneur (voir plus loin, par. 19).

10. Les parties pourront souhaiter envisager les conséquences d'un défaut de remise de la déclaration à l'acquéreur par l'entrepreneur dans le délai spécifié dans le contrat. Selon une méthode possible, le contrat pourra stipuler que l'entrepreneur n'est pas autorisé à demander une augmentation du prix ou une prolongation du délai d'achèvement; toutefois, l'acquéreur pourra toujours demander une réduction du prix ou du délai d'achèvement si la modification le justifie. Selon une autre méthode, l'entrepreneur pourra demander un ajustement du prix du contrat et de la date d'achèvement, nonobstant sa défaillance, mais l'acquéreur aura droit à dédommagement pour tout préjudice subi du fait de cette défaillance.

11. Que le contrat comporte ou non un mécanisme tel que celui qui est exposé plus haut, au paragraphe 9, s'il prévoit un ajustement du prix du contrat et de la date d'achèvement en cas de modification, il peut obliger les parties à s'efforcer de déterminer entre elles l'importance de l'ajustement sur la base de critères spécifiés (voir plus loin, sect. E). L'une ou l'autre partie pourra être autorisée à soumettre à règlement un litige quant au montant de l'ajustement, conformément aux dispositions contractuelles relatives au règlement des litiges. Toutefois, il serait bon que, si les parties ne s'accordent pas ou s'il existe un litige entre elles, l'obligation de l'entrepreneur d'effectuer la modification ne soit pas différée.

3. *Dispositions contractuelles relatives à chacune des méthodes fondamentales*

a) *Modifications ordonnées par l'acquéreur que l'entrepreneur est tenu d'effectuer*

12. L'obligation faite à l'entrepreneur d'effectuer une modification ordonnée par l'acquéreur, quelle qu'en soit la nature ou la portée, risque de léser indûment ses intérêts. Par exemple, il peut subir un préjudice s'il est tenu d'effectuer une modification lui imposant de s'écarter à tel point de ses

obligations contractuelles qu'il ne lui sera pas possible de procéder à la modification, si l'ampleur de la construction est modifiée dans une mesure telle que d'autres dispositions contractuelles (par exemple, celles qui ont trait au transfert du risque, aux conditions de paiement ou aux garanties de bonne exécution) deviendront inappropriées, ou si une modification exigeant des travaux supplémentaires entraîne un report tel de la date d'achèvement de la construction qu'elle empêchera l'entrepreneur de s'acquitter d'obligations contractées par lui dans le cadre d'autres projets. Un entrepreneur ayant fourni la conception de l'installation et en garantissant la production pourra subir un préjudice s'il est obligé d'effectuer une modification non conforme à ladite conception. Si la modification réduit substantiellement l'ampleur de l'installation, le projet risque de n'être plus intéressant financièrement pour l'entrepreneur.

13. Aussi, si elles envisagent d'adopter la première méthode mentionnée au paragraphe 5 ci-dessus, les parties pourront-elles juger souhaitable d'inclure dans le contrat certaines dispositions afin de tenir compte des intérêts légitimes de l'entrepreneur (voir aussi plus loin, par. 8). Par exemple, elles pourront envisager de limiter le champ des modifications que peut ordonner l'acquéreur et que l'entrepreneur est tenu d'effectuer. Diverses méthodes sont possibles à cette fin. Par exemple, le contrat peut n'autoriser l'acquéreur à ordonner de telles modifications que si leurs incidences sur le prix du contrat doivent être inférieures à un pourcentage donné du prix fixé, ou il peut n'autoriser l'acquéreur à ordonner de telles modifications qu'à propos de certains aspects de la construction. Il peut également prévoir des limites quantitatives à certains types de modification de cette catégorie, par exemple, en n'autorisant l'acquéreur à ordonner de telles modifications ayant des incidences sur la capacité de production de l'installation telle qu'elle était envisagée dans le contrat que si ces incidences ne dépassent pas un certain pourcentage de cette capacité.

14. S'il comporte un mécanisme tel que celui qui est exposé plus haut, aux paragraphes 9 à 11, le contrat peut stipuler qu'à moins que, dans un délai donné après la remise à l'acquéreur de sa déclaration sur les incidences de la modification, l'acquéreur n'avise par écrit l'entrepreneur de ne pas l'effectuer, ce dernier sera tenu de procéder à la modification telle qu'elle a été ordonnée par l'acquéreur. Si l'entrepreneur ne remet pas de déclaration à l'acquéreur, le contrat peut l'obliger à effectuer la modification à l'expiration du délai prévu pour la remise de la déclaration. Si le contrat ne comporte pas de mécanisme de ce type, il peut obliger l'entrepreneur à effectuer la modification lorsque l'ordre de modification de l'acquéreur lui est remis[3].

b) *Modifications auxquelles l'entrepreneur peut faire objection pour des motifs raisonnables ou spécifiés*

15. Selon la deuxième méthode mentionnée plus haut au paragraphe 5, le contrat peut autoriser l'entrepreneur à s'opposer pour certains motifs à une modification ordonnée par l'acquéreur. Le contrat peut ne se référer qu'à des motifs "raisonnables" (d'autres formulations du même ordre sont possibles et l'on pourra se référer au "préjudice substantiel" ou à "la gêne excessive" que subirait l'entrepreneur s'il était tenu d'effectuer la modification), ou il peut spécifier les motifs pour lesquels l'entrepreneur sera en droit de s'opposer à la modification. Si les parties décident de spécifier lesdits motifs, elles pourront souhaiter tenir compte du fait que, dans la mesure où les préoccupations de

l'entrepreneur portent sur le prix et la date d'achèvement, celui-ci peut être protégé par une stipulation prévoyant un ajustement de ces éléments (voir plus haut, par. 8). Il est bon que le contrat indique si l'énumération des motifs autorisant l'entrepreneur à s'opposer à une modification est indicative ou exhaustive. On trouvera ci-après quelques exemples de motifs :

a) L'entrepreneur n'est pas capable d'effectuer la modification;

b) S'il effectuait la modification, l'entrepreneur ne pourrait s'acquitter de ses autres obligations contractuelles ou serait indûment gêné dans l'exécution de ces obligations;

c) La modification empêcherait d'atteindre les objectifs de production garantis par l'entrepreneur.

16. Le contrat peut spécifier le délai dans lequel l'entrepreneur doit remettre à l'acquéreur son objection à la modification et peut exiger que l'objection soit remise par écrit. Si le contrat prévoit un mécanisme tel que celui qui est décrit plus haut, dans les paragraphes 9 à 11, que l'entrepreneur fasse ou non objection à la modification, il pourra être tenu de remettre à l'acquéreur une déclaration écrite relative aux incidences de la modification. Il est souhaitable que le délai suivant la remise à l'entrepreneur de l'ordre de modification, dans lequel ce dernier doit remettre sa déclaration sur les incidences de la modification, ne soit pas inférieur au délai dans lequel l'entrepreneur doit remettre son objection à la modification.

17. Lorsque l'entrepreneur ne remet pas à temps à l'acquéreur son objection à la modification, mais remet une déclaration sur ses incidences, le contrat peut stipuler que l'entrepreneur est tenu d'effectuer la modification à moins que, dans un délai donné après la remise à l'acquéreur de la déclaration de l'entrepreneur, l'acquéreur n'avise par écrit ce dernier de ne pas effectuer la modification. Si, alors qu'il est tenu de le faire, l'entrepreneur ne remet pas de déclaration à l'acquéreur, le contrat peut l'obliger à effectuer la modification à l'expiration du délai prévu pour la remise de la déclaration. S'il n'est pas stipulé que l'entrepreneur doit remettre une déclaration sur les incidences de la modification, le contrat peut l'obliger à entreprendre la modification au plus tard à l'expiration du délai prévu pour la remise de son objection à l'acquéreur.

18. Tout litige entre les parties concernant la validité des motifs avancés par l'entrepreneur pour s'opposer à la modification pourra être soumis au tiers indépendant, au tribunal ou au tribunal arbitral mentionnés plus haut, au paragraphe 7. Pour ce qui est de savoir s'il sera tenu d'effectuer la modification dans l'attente d'une décision sur la validité des motifs de l'objection, l'entrepreneur risque dans ce cas de subir un préjudice excessif s'il est déterminé ultérieurement que son objection était valide. Aussi les parties pourront-elles juger souhaitable de stipuler que l'entrepreneur n'est pas tenu d'effectuer la modification tant qu'il n'a pas été déterminé que les motifs avancés par lui n'étaient pas valides.

c) *Modifications exigeant l'approbation de l'entrepreneur*

19. Pour ce qui est de la troisième méthode mentionnée plus haut, au paragraphe 5, le contrat peut stipuler que les modifications requises par l'acquéreur ne doivent être effectuées par l'entrepreneur que si ce dernier y

consent par écrit. Le contrat peut en outre stipuler que les modifications ne doivent pas entraîner de changement du prix du contrat ou de la date d'achèvement, à moins que les parties n'en conviennent autrement par écrit.

C. Modifications demandées par l'entrepreneur

20. L'acquéreur a intérêt à ce que les modifications proposées par l'entrepreneur ne soient effectuées que s'il en convient par écrit[5]. Dans ce cas également, le contrat peut stipuler que les modifications ne doivent pas entraîner de changement du prix du contrat ou de la date d'achèvement, à moins que les parties n'en conviennent autrement par écrit.

21. Il se peut qu'un entrepreneur éventuel offre de construire l'installation à bas prix en omettant dans sa soumission certains équipements, matériaux ou services nécessaires ou en établissant son prix sur la base d'équipements, matériaux ou services inappropriés ou de qualité inférieure, escomptant par la suite demander des modifications durant la construction et des augmentations correspondantes du prix. En exigeant que toutes les modifications demandées par l'entrepreneur soient soumises à l'approbation de l'acquéreur, on peut éviter ce problème, mais dans une certaine mesure seulement. Dans de tels cas, l'acquéreur sera placé devant le choix suivant : soit accepter une modification qui peut être nécessaire ou souhaitable afin que la construction et l'installation répondent à son attente, soit refuser la modification et compter faire valoir son droit éventuel de recours contre l'entrepreneur en cas de vices dans l'installation ou du fait de la mauvaise foi de ce dernier.

22. La meilleure manière pour l'acquéreur de se prémunir contre une telle situation est d'adopter des procédures appropriées de conclusion du contrat (c'est-à-dire des procédures d'appel d'offres ou de négociation avec les entrepreneurs éventuels (voir chap. III, "Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat"). Il serait utile, par exemple, que les dispositions des appels d'offres relatives à l'ampleur de l'installation et aux spécifications des équipements, matériaux et services liés à la construction soient complètes et suffisamment précises pour qu'un entrepreneur éventuel ne puisse soumettre une offre fondée sur des éléments inappropriés ou de qualité inférieure (voir aussi chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", et chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", par. 6 et 7). Il serait également utile que les procédures d'appel d'offres soient conçues de manière à permettre à l'acquéreur d'identifier et d'exclure des entreprises de mauvaise réputation ou inacceptables pour toute autre raison. Il serait en outre souhaitable que les critères et pratiques en matière d'évaluation des offres soient tels que l'acquéreur puisse identifier les offres peu réalistes et que les offres soient évaluées pour l'acquéreur par son personnel ou par un ingénieur-conseil engagé par lui (voir chap. X, "Ingénieur-conseil") ayant les compétences nécessaires.

D. Changements apportés à la construction en cas d'obstacles naturels imprévisibles et de modifications de la réglementation locale

23. Durant la construction, on risque de se heurter à des obstacles naturels tenant à l'hydrologie ou à l'état du sous-sol par exemple, que l'entrepreneur n'aurait pu raisonnablement découvrir avant de conclure le contrat. En outre,

durant la construction, des règles juridiques de caractère administratif ou public concernant l'ampleur de l'installation ou divers aspects techniques peuvent entrer en vigueur ou être modifiées. Le contrat peut imputer le risque découlant de ces circonstances soit à l'entrepreneur, soit à l'acquéreur (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 44 à 46). Dans certains cas, il peut être nécessaire de modifier la construction afin de la poursuivre. Lorsque le risque lié à de telles circonstances est supporté par l'entrepreneur, le contrat peut l'obliger à aviser par écrit l'acquéreur du changement nécessaire et à effectuer ce changement, à moins que dans un délai donné après remise de l'avis de changement, l'acquéreur n'avise par écrit l'entrepreneur de ne pas le faire. Lorsque le risque est à la charge de l'acquéreur, le contrat peut l'obliger à ordonner la modification nécessaire. Toutefois, dans le cas d'une modification de la construction rendue nécessaire par une modification des règles impératives de caractère administratif ou public ou par des règles impératives nouvelles, le refus de l'acquéreur d'ordonner la modification de la construction peut être considéré comme un obstacle à la poursuite de la construction. Le contrat peut en outre stipuler que, si l'entrepreneur s'oppose à bon droit à une modification (voir plus haut, par. 15) ou ne donne pas son consentement (voir plus haut, par. 19), l'acquéreur peut résilier le contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"). Selon que l'entrepreneur supporte ou non le risque lié aux circonstances exigeant la modification, il sera possible de déterminer si la modification entraînera une augmentation proportionnelle du prix du contrat ou une prorogation de la date d'achèvement.

E. Détermination des incidences des modifications sur le prix du contrat et la date d'achèvement

24. Comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 8, les parties voudront peut-être prévoir dans le contrat un ajustement raisonnable du prix du contrat et de la date d'achèvement en cas de modification. Un ajustement du prix peut notamment être souhaitable dans les contrats au forfait, dans lesquels le prix du contrat restera inchangé, s'il n'est pas expressément prévu un ajustement du prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 2). De même, dans un contrat à prix unitaire, les prix unitaires peuvent devoir être ajustés en cas de modification (voir plus loin, par. 30) et cela ne sera en général pas possible sans une disposition expresse à cette fin. Les parties pourront également juger souhaitable d'inclure une telle disposition dans certains contrats en régie prévoyant un plafonnement du prix car, dans ces contrats, lorsqu'une modification entraîne une augmentation des coûts de la construction, ces coûts ne seront remboursables à l'entrepreneur que dans la mesure où ils n'entraînent pas un dépassement du plafond (voir plus loin, par. 32).

1. *Prix du contrat*

25. Dans les cas où la modification doit entraîner un ajustement du prix du contrat, il est bon que le contrat stipule que l'ajustement sera d'un montant raisonnable. Il serait utile que le contrat comporte des directives permettant de déterminer quel montant est raisonnable. Ces directives pourront aider les parties à régler cette question (voir plus haut, par. 11) et pourront constituer des critères qu'appliquera un tribunal ou un tribunal arbitral lorsque les parties

ne pourront s'accorder. Ces directives peuvent se révéler pratiques en cas de modifications portant sur la nature et la quantité des équipements, matériaux et services liés à la construction, mais ne le seront sans doute pas en cas de modifications portant sur la conception.

a) *Contrat au forfait*

26. Si le contrat contient un barème des prix pour les différents types d'équipements, matériaux ou services liés à la construction, il peut stipuler que toute modification des quantités requises du fait de la modification de la construction sera évaluée conformément aux prix énoncés dans le barème. Toutefois, il ne sera peut-être pas toujours approprié de se fonder sur ces prix. Par exemple, les prix spécifiés pour des types donnés de services liés à la construction peuvent avoir été établis étant entendu que les travaux seraient effectués dans un ordre donné et une modification de cet ordre risque de rendre les prix inadaptés. C'est pourquoi, si les conséquences de modification portant sur la quantité requise d'éléments dont les prix sont spécifiés dans un barème doivent être évaluées sur la base de ces prix, il pourra être souhaitable d'autoriser des écarts dans les cas où, pour des raisons similaires à celles qui viennent d'être avancées, les prix se révéleraient inappropriés.

27. Si le contrat contient un barème des prix des équipements, matériaux et services liés à la construction et que les modifications portent sur la quantité requise d'éléments non mentionnés dans le barème, les prix déterminés dans le barème pourront être utilisés comme base pour l'évaluation des conséquences de la modification, lorsque les éléments en question sont analogues à ceux qui sont mentionnés dans le barème.

28. Lorsque le contrat ne contient pas de barème, ou lorsque ce barème n'est pas employé pour déterminer l'ajustement du prix du contrat, le contrat peut stipuler que l'ajustement sera fondé sur le changement du coût des éléments visés et sur les facteurs additionnels ci-après :

a) Des montants pour frais généraux et bénéfices relatifs à divers travaux pourront être ajoutés ou déduits, selon le cas.

b) La modification d'un aspect de la construction peut avoir des incidences sur le prix d'autres aspects. Par exemple, le montage d'un équipement modifié dans l'installation peut exiger des services liés à la construction différents et plus onéreux par rapport à ce qui était envisagé initialement dans le contrat. Ces effets pourront également devoir être pris en considération.

c) D'un autre préjudice et d'autres dépenses à la charge de l'entrepreneur, par exemple le préjudice résultant d'une interruption de la construction et les dépenses encourues pour résilier le contrat de sous-traitants si des travaux sont supprimés, pourront devoir être prises en considération[6].

29. Lorsque les coûts de la construction doivent être pris en considération pour déterminer les incidences d'une modification sur le prix du contrat, il peut être bon que le contrat oblige l'entrepreneur à tenir des comptes précis relatifs aux dépenses encourues par lui du fait d'une modification et de les produire sur la demande de l'acquéreur.

b) *Contrat à prix unitaire*

30. Dans un contrat à prix unitaire, les prix unitaires peuvent être établis sur la base de quantités données des articles évalués selon cette méthode. Aussi le

contrat peut-il prévoir des ajustements raisonnables des prix unitaires de ces articles si les quantités à fournir sont modifiées substantiellement. Dans certains cas, il peut être loisible aux parties de préciser dans le contrat dans quelle mesure un changement relatif à ces articles entraînera un ajustement du prix unitaire et, peut être, de stipuler le montant de l'ajustement.

31. Dans les contrats qui comportent des travaux de génie civil, il arrive fréquemment que l'acquéreur ait le droit d'exiger de l'entrepreneur qu'il exécute certains travaux complémentaires de génie civil jusqu'à un certain pourcentage des travaux de génie civil initialement prévus, sans ajustement des prix unitaires.

c) *Contrat en régie*

32. Comme il est indiqué plus haut (par. 24), un contrat en régie peut également prévoir l'ajustement de certains aspects du prix en cas de modification. Ainsi, il peut stipuler qu'en cas d'augmentation ou de diminution, dans des proportions données, des équipements, matériaux ou services devant être fournis, le coût cible et le plafonnement des coûts, le cas échéant, ainsi que les honoraires, seront ajustés conformément à une formule donnée (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 15 et 22).

2. *Date d'achèvement*

33. L'incidence d'une modification sur la date d'achèvement est examinée au chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphes 24 et 25.

Notes du chapitre XXIII

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. Au sens du présent contrat, le mot "modification" désigne tout changement de l'ampleur de la construction ou des caractéristiques techniques des équipements ou matériaux ou des services liés à la construction qui doivent être fournis par l'entrepreneur.

"2. Toute modification ordonnée par l'acquéreur doit être effectuée par l'entrepreneur conformément aux dispositions du présent article.

"3. L'entrepreneur n'effectuera aucune modification à moins qu'elle n'ait été ordonnée par l'acquéreur conformément au présent article ou acceptée par lui par écrit."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. L'acquéreur peut remettre par écrit à l'entrepreneur un ordre de modification donnant tous les détails voulus sur la modification.

"2. Si, en application du paragraphe [ ] du présent article [voir la note 4 ci-dessous]. Les incidences sur le prix du contrat de la modification telle qu'elle est exposée dans l'ordre écrit de modification ne dépassent pas [ ] pour cent du prix fixé à l'article [ ], l'entrepreneur doit effectuer la modification dès réception par lui de l'ordre de modification.

"3. *a)* Si, en application du paragraphe [ ] du présent article, les incidences sur le prix du contrat de la modification telle qu'elle est exposée dans l'ordre écrit de modification dépassent [ ] pour cent du prix fixé à l'article [ ] mais sont inférieures à [ ] pour cent dudit prix, l'entrepreneur peut, dans un délai de [ ] jours après avoir reçu l'ordre de modification, communiquer par écrit à l'acquéreur son objection à la modification en se fondant [sur des motifs raisonnables] [sur un ou plusieurs des motifs suivants : . . .].

b) Si l'entrepreneur ne remet pas d'objection à l'acquéreur conformément à l'alinéa précédent, il commencera d'effectuer la modification avant l'expiration du délai fixé audit alinéa.

c) Tout litige entre les parties quant à la validité des motifs avancés par l'entrepreneur pour s'opposer à la modification peut être soumis par l'une ou l'autre partie à [indiquer le mécanisme de règlement des litiges]. L'entrepreneur doit effectuer la modification lorsqu'il est déterminé, dans le cadre d'une telle procédure, que les motifs avancés par l'entrepreneur n'étaient pas valides.

"4. *a)* L'entrepreneur n'est pas tenu d'effectuer une modification ordonnée par l'acquéreur si elle ne répond pas aux critères énoncés au paragraphe 2 ou 3 du présent article, à moins qu'il n'accepte par écrit la modification.

b) Tout litige entre les parties quant à la question de savoir si une modification ordonnée par l'acquéreur satisfait aux critères énoncés au paragraphe 2 ou 3 du présent article peut être soumis par l'une ou l'autre partie à [indiquer le mécanisme de règlement des litiges]."

[3]Voir note 2.

[4]Voir note 2.

[5]Voir notes 1 et 2.

[6]*Disposition donnée à titre d'exemple*

[Pour les contrats au forfait]

"1. Sous réserve des dispositions du présent contrat, en cas de modifications, le prix fixé à l'article [ ] sera ajusté d'un montant raisonnable, compte tenu des critères énoncés au paragraphe 2 du présent article. Toutefois, le prix ne sera pas ajusté si, compte tenu de ces critères, aucun ajustement ne peut être considéré comme raisonnable.

"2. Les critères mentionnés au paragraphe précédent sont les suivants :

a) Si les équipements, matériaux ou services à fournir du fait de la modification sont identiques, de par leur nature, aux équipements, matériaux ou services spécifiés dans [le barème du contrat], les prix indiqués dans ledit barème pour ces équipements, matériaux ou services seront applicables, à moins que cela ne soit pas raisonnable, auquel cas les effets de la modification sur le prix du contrat seront calculés, de la manière appropriée, sur la base des facteurs énoncés à l'alinéa *c* ci-dessous.

b) Si les équipements, matériaux ou services devant être fournis du fait d'une modification ne sont pas identiques de par leur nature ou ne sont pas fournis dans les mêmes conditions, les prix figurant dans [le barème du contrat] seront applicables si cela est raisonnable. S'il n'est pas raisonnable d'appliquer ces prix, les conséquences de la modification sur le prix du contrat seront calculées, de la manière appropriée, sur la base de facteurs tels que ceux qui sont énoncés à l'alinéa *c* ci-dessous.

c) Les facteurs visés aux alinéas *a* et *b* ci-dessus sont les suivants :

i) Coût effectif des équipements, matériaux ou services à fournir du fait d'une modification (ou, dans le cas d'équipements ou matériaux omis, prix du marché);

ii) Bénéfice raisonnable;

iii) Incidences financières éventuelles d'une modification sur d'autres aspects des travaux devant être effectués par l'entrepreneur;

iv) Coûts et dépenses engagés par l'entrepreneur du fait de l'interruption des travaux imputable à la modification;

v) Coûts et dépenses engagés par l'entrepreneur du fait de la modification;

vi) Tout autre facteur qu'il serait équitable de prendre en considération du fait de la modification."

Chapitre XXIV. Suspension de la construction

RÉSUMÉ

Le présent chapitre ne traite que de la suspension de la construction et non de la suspension de toute autre obligation contractuelle. Comme il n'existe pas de théorie élaborée de la suspension dans la plupart des systèmes juridiques, les parties souhaiteront peut-être inclure dans le contrat une clause autorisant la suspension de la construction, précisant dans quelles circonstances elle peut être invoquée et en décrivant les effets juridiques (par. 1 et 2).

Les parties peuvent stipuler que l'acquéreur ne pourra ordonner la suspension de la construction que pour les motifs spécifiés dans le contrat (par. 3). Inversement, les parties peuvent envisager d'inclure une disposition autorisant l'acquéreur à ordonner la suspension de la construction à son gré (par. 4).

Le contrat peut autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction dans deux circonstances précises : premièrement, pour ne pas avoir à invoquer le recours plus draconien qu'est la résiliation lorsque le manquement de l'acquéreur à une obligation est suffisamment grave pour justifier un tel recours et, deuxièmement, lorsque, du fait d'une défaillance de l'acquéreur, il est par trop difficile à l'entrepreneur de poursuivre la construction (par. 5 à 7).

Le contrat peut déterminer la procédure à adopter en cas de suspension. Ainsi, la partie demandant la suspension peut être tenue d'en aviser par écrit l'autre partie. L'acquéreur peut, quant à lui, être tenu d'aviser par écrit l'entrepreneur de la suspension en spécifiant la date d'entrée en vigueur de la suspension et les activités de construction qui doivent être suspendues (par. 8). En outre, les parties souhaiteront peut-être étudier si, pour pouvoir exercer son droit à suspension en cas de défaut d'exécution de l'acquéreur, l'entrepreneur doit adresser à l'acquéreur une notification écrite lui enjoignant de s'exécuter dans un certain délai; elles voudront peut-être aussi déterminer quelles dérogations à cette règle devraient être prévues (par. 9). Le contrat peut aussi prévoir une méthode pour déterminer la durée de la suspension (par. 10 et 11).

Le contrat peut stipuler que, lorsque la suspension de la construction a été ordonnée, toutes les activités de construction visées doivent être arrêtées, mais que la construction d'autres parties de l'installation doit se poursuivre (par. 12). L'entrepreneur peut se voir accorder par le contrat un report de la date d'achèvement de la construction afin de compenser la suspension et les délais requis pour remobiliser le personnel et les équipements (par. 13).

Le contrat peut stipuler que ses dispositions s'appliqueront lors de la reprise de la construction après la suspension. Toutefois, d'autres dispositions contractuelles, outre celles qui sont directement touchées par

la suspension, devront peut-être être adaptées du fait de la suspension (par. 14).

La suspension peut avoir pour effet de perturber gravement la construction de l'installation par l'entrepreneur et même mettre en question la viabilité financière du contrat pour l'entrepreneur. Aussi le contrat peut-il stipuler que tout préjudice subi par l'entrepreneur sera à la charge de l'acheteur. Il peut être difficile, après la suspension, de déterminer les préjudices dont l'acquéreur doit dédommager l'entrepreneur. C'est pourquoi il est sans doute souhaitable que le contrat énumère lesdits préjudices (par. 15 et 16).

Dans certains cas, le contrat pourra autoriser l'entrepreneur à résilier le contrat, plutôt qu'à prolonger la suspension (par. 17). Le contrat pourra n'obliger l'entrepreneur à reprendre les travaux qu'à l'issue d'un délai raisonnable suivant la fin de la suspension (par. 18).

A. Remarques générales

1. Le présent chapitre ne traite que de la suspension de la construction de l'installation et non de la suspension d'autres obligations contractuelles, telles que l'obligation de payer l'entrepreneur qui incombe à l'acquéreur. Au sens du Guide, il faut entendre par suspension l'interruption des travaux de construction de la part de l'acquéreur à son gré ou pour des motifs spécifiés dans le contrat, ou de la part de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution de l'acquéreur. Cette notion de suspension n'englobe pas les interruptions de travaux de construction en application d'une clause d'imprévision permettant aux parties de renégocier telles ou telles dispositions du contrat (voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat", par. 14 et 22), ni le cas où il se produit un fait rendant impossible la poursuite de la construction (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération"). La notion de suspension n'englobe pas non plus le recours qui s'offre à l'acquéreur d'ordonner à l'entrepreneur de cesser une construction défectueuse (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 28 à 31).

2. La plupart des systèmes juridiques n'ont pas de théorie élaborée de la suspension. Si les parties souhaitent se réserver cette faculté, il est donc bon qu'elles incluent dans le contrat une disposition décrivant dans quelles circonstances la construction peut être suspendue et quels seront les effets juridiques de la suspension.

B. Suspension par l'acquéreur

3. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'acquéreur peut suspendre la construction de l'installation afin de résoudre certains problèmes qu'il rencontre mais qui ne sont pas imputables à un défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur. Les parties souhaiteront peut-être stipuler que l'acquéreur ne pourra ordonner la suspension que pour certains motifs spécifiés dans le contrat[1]. C'est ainsi que le contrat peut autoriser l'acquéreur à suspendre la construction en prévision d'un changement de politique économique, de façon à lui donner le temps d'évaluer la situation. Les motifs spécifiés ne devraient pas inclure ceux qui, aux termes de la clause d'exonération, seraient considérés comme des empêchements exonératoires. En vue d'éviter toute incertitude en

matière d'interprétation et de limiter les risques de litige, il est souhaitable que le contrat énonce clairement les motifs sur lesquels l'acquéreur peut se fonder pour suspendre la construction.

4. Les parties peuvent souhaiter envisager de stipuler que l'acquéreur peut suspendre la construction à son gré, c'est-à-dire sans donner de raison. Bien que le droit à suspension au gré de l'acquéreur soit très étendu, il est peu probable que l'acquéreur l'invoque pour des motifs futiles, car, non seulement il pourra avoir à supporter des dépenses élevées s'il ordonne la suspension (voir plus loin, par. 15 et 16), mais encore la date d'achèvement de l'installation devra sans doute être reportée (voir plus loin, par. 13). S'il ne jouissait pas du droit d'ordonner la suspension, l'acquéreur pourrait avoir à invoquer un recours plus draconien, celui de la résiliation, même dans des cas où il se serait contenté d'une suspension de la construction si cela lui avait été possible (voir l'étude de la question de la résiliation au gré de l'acquéreur au chapitre XXV, "Résiliation du contrat", par. 17 et 18).

C. Suspension par l'entrepreneur

5. Le droit de l'entrepreneur de suspendre la construction peut ne pas avoir la même portée que le droit correspondant de l'acquéreur, compte tenu des obligations assumées par l'entrepreneur : poursuivre la construction sans interruption et l'achever dans les délais convenus, malgré les problèmes, financiers ou autres, auxquels il peut se heurter. Néanmoins, il y deux cas dans lesquels les parties pourront juger souhaitable d'autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction[2].

6. Premièrement, dans les cas où un défaut d'exécution par l'acquéreur d'une de ses obligations est suffisamment grave pour justifier une résiliation unilatérale de la part de l'entrepreneur (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat"), les parties pourront souhaiter autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction pour ne pas avoir à recourir à la résiliation. Cela peut se justifier, par exemple, en cas de non-paiement d'un pourcentage substantiel du prix dû par l'acquéreur.

7. Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable d'autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction lorsqu'un défaut d'exécution de la part de l'acquéreur a des incidences telles sur la construction de l'installation qu'il ne serait pas raisonnable de la part de l'entrepreneur de poursuivre la construction. Par exemple, lorsque l'acquéreur fournit une conception défectueuse et que la construction fondée sur cette conception met en danger l'installation ou le personnel chargé de la construction, il peut être souhaitable d'autoriser l'entrepreneur à suspendre la construction jusqu'à ce qu'il ait été remédié au vice de conception.

D. Procédure de suspension

8. Pour ce qui est de la procédure de suspension de la construction par l'acquéreur, le contrat peut exiger que ce dernier avise par écrit l'entrepreneur de la suspension en spécifiant la date d'entrée en vigueur de la suspension et les activités de construction à suspendre. Si le contrat n'autorise l'acquéreur à

suspendre la construction que pour des motifs spécifiés, il peut aussi stipuler que l'acquéreur doit indiquer ce motif dans la notification de suspension.

9. Les parties pourront souhaiter préciser que l'entrepreneur n'a le droit d'ordonner la suspension que s'il notifie par écrit à l'acquéreur de s'acquitter de l'obligation en question dans un délai spécifié. Ce délai doit être raisonnable compte tenu des circonstances et commencer à courir à compter de la réception de la notification. Si l'acquéreur ne s'acquitte pas de son obligation dans ledit délai, l'entrepreneur peut suspendre la construction après en avoir avisé l'acquéreur. Si cette méthode est retenue, il peut être bon que le contrat stipule aussi que, lorsqu'un défaut d'exécution de la part de l'acquéreur justifie une suspension immédiate de la construction (par exemple, dans les cas où une poursuite de la construction sur la base d'une conception défectueuse fournie par l'acquéreur mettrait en danger le personnel de l'entrepreneur), l'entrepreneur peut le faire en avisant par écrit l'acquéreur de la suspension immédiate.

10. Les parties souhaiteront peut-être examiner diverses possibilités pour ce qui est de la durée de la suspension. Si la suspension se fonde sur un motif spécifié dans le contrat, ce dernier peut stipuler que la suspension se poursuivra tant que le motif n'aura pas disparu. Par exemple, si le contrat autorise l'entrepreneur à suspendre la construction en cas de non-paiement par l'acquéreur, il peut stipuler que la suspension prendra fin lorsque le paiement en question aura été effectué.

11. Dans le cas de la suspension au gré de l'acquéreur, le contrat peut enjoindre à ce dernier de spécifier dans sa notification de suspension la date à laquelle la suspension prendra fin. Dans un tel cas, il peut être bon d'autoriser l'acquéreur à prolonger la période de suspension en adressant à l'acquéreur une nouvelle notification écrite de suspension. Dans tous les cas, il peut être souhaitable d'autoriser l'acquéreur à mettre fin à la suspension avant la date prévue dans le contrat ou dans la notification de suspension en avisant par écrit l'entrepreneur qu'il est mis fin à la suspension, à condition que l'entrepreneur soit dûment indemnisé par l'acquéreur au titre de tout préjudice ou de toutes dépenses découlant d'une cessation de l'interruption qui intervient plus tôt que prévu (pour la reprise des travaux après la cessation de la suspension, voir plus loin, par. 18).

E. Effets de la suspension

12. Pour ce qui est des obligations des parties lorsque la construction a été suspendue, le contrat peut stipuler que toutes les activités de construction touchées par un ordre de suspension doivent cesser pendant la période de la suspension, mais que la construction d'autres parties de l'installation doit se poursuivre. Lorsque la suspension est ordonnée par l'acquéreur, le contrat peut enjoindre à l'entrepreneur de cesser les activités de construction visées à la date spécifiée dans la notification de suspension (voir plus haut, par. 8). Il peut également stipuler que le fait que l'une ou l'autre partie ordonne la suspension de la construction ne la prive pas des autres voies de recours dont elle peut se prévaloir en vertu du contrat.

13. Conformément à la méthode exposée ci-dessus, le contrat peut stipuler que l'exécution des obligations qui ont été suspendues ne vient pas à échéance

durant la suspension et que, par conséquent, la non-exécution de ces obligations ne constitue pas un retard (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", par. 4). Le contrat peut aussi stipuler que le délai prévu pour l'achèvement de la construction doit être prolongé d'une durée au moins égale à celle de la suspension, ou peut-être de cette durée et d'un délai supplémentaire raisonnable, afin de permettre à l'entrepreneur de remobiliser son personnel et les équipements nécessaires pour reprendre la construction. Il peut être souhaitable en pareil cas d'enjoindre à l'entrepreneur d'aviser par écrit l'acquéreur du délai supplémentaire qu'il juge nécessaire pour achever la construction, en donnant les détails voulus pour justifier ce délai.

14. Le contrat peut stipuler que, lorsque la construction reprend, ses dispositions s'appliquent, sauf stipulation contraire, comme avant la suspension. Toutefois, certaines dispositions contractuelles devront sans doute être adaptées, compte tenu des circonstances imputables à la suspension. Par exemple, le contrat peut enjoindre aux parties de prolonger leurs garanties de bonne exécution lorsque la suspension est ordonnée, afin de couvrir les délais supplémentaires requis pour la construction (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 36). Le contrat devrait aussi spécifier à quelle partie incombera le coût de la prolongation des garanties.

15. Le mécanisme de la suspension peut certes se révéler très utile, mais il peut aussi perturber gravement les travaux de construction effectués par l'entrepreneur. Par exemple, si l'entrepreneur emploie plusieurs sous-traitants, une suspension peut l'empêcher de coordonner leurs diverses tâches. La viabilité financière du contrat pour l'entrepreneur peut également être mise en cause, compte tenu du coût d'un arrêt et d'une reprise de la construction. Le contrat peut donc obliger l'acquéreur à dédommager l'entrepreneur pour tout préjudice subi du fait d'une suspension intervenant dans les circonstances envisagées plus haut aux sections B et C.

16. Il peut être difficile, après la suspension, de déterminer le préjudice à la charge de l'acquéreur. Il peut donc être souhaitable d'inclure dans le contrat une liste, soit exhaustive, soit indicative, des types de préjudice pouvant donner lieu à réparation, ou bien des types de préjudice qui ne devraient pas donner lieu à réparation. Une telle liste aiderait également l'acquéreur à estimer au préalable les incidences financières d'une suspension qu'il souhaiterait ordonner. Les types de préjudices susceptibles de donner lieu à réparation pourraient inclure la totalité ou une partie des cas ci-après : préjudice subi par l'entrepreneur du fait de retards dans l'exécution d'autres contrats conclus par lui; coût de l'entretien et de la protection de l'installation et des équipements et matériaux requis pour la construction; coût de la démobilisation du personnel, y compris les dépenses encourues par le personnel de l'entrepreneur (par exemple, loyers payés à l'avance pour des logements devenus superflus du fait de la suspension et frais de transport); toute augmentation du coût des équipements et matériaux entre la date du contrat et la reprise de la construction après la suspension; coût de la location d'équipements de construction devant être conservés sur le chantier; dépenses encourues pour la reprise des travaux et la remobilisation du personnel, y compris les frais de transport; dépenses d'exploitation supplémentaires; dédommagement payable aux sous-traitants du fait de retards d'exécution de leurs obligations ou de la résiliation de leur contrat en raison de la suspension; dépenses encourues du fait du report de l'achèvement de l'installation (par exemple, l'entrepreneur

peut devoir employer un autre sous-traitant, pour un coût plus élevé, afin d'en remplacer un autre dont le contrat a été résilié du fait de la suspension). Le contrat peut aussi enjoindre à l'entrepreneur de prendre toutes mesures raisonnables pour limiter le préjudice et les dépenses résultant de la suspension et obliger les parties à se consulter à cette fin.

17. Le contrat peut autoriser l'entrepreneur à résilier le contrat (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat") si la suspension ou des suspensions accumulées dépassent une période spécifiée dans le contrat[3].

18. Le contrat pourra n'obliger l'entrepreneur à reprendre les travaux que dans un délai raisonnable après la fin de la suspension, car une reprise immédiate de la construction peut se révéler difficile. Par exemple, il se peut que l'entrepreneur ait annulé une commande de matériaux en raison de la suspension et qu'il ait par suite à passer une nouvelle commande.

Notes du chapitre XXIV

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"L'acquéreur peut à tout moment, pour l'un des motifs spécifiés ci-après, ordonner la suspension de la construction de l'installation ou d'une partie de la construction en adressant à l'entrepreneur une notification écrite spécifiant la construction ou les parties de la construction qui doivent être suspendues, les motifs de la suspension et sa date d'entrée en vigueur. La suspension ne porte pas atteinte à la validité du contrat. Les motifs pour lesquels l'acquéreur peut ordonner la suspension sont les suivants : . . ."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3 du présent article, l'entrepreneur peut suspendre la construction de l'installation ou de toute partie de l'installation si l'acquéreur ne s'acquitte pas d'une des obligations ci-après : . . .

"2. La suspension ne porte pas atteinte à la validité du contrat. L'entrepreneur doit adresser à l'acquéreur une notification écrite l'informant du défaut d'exécution justifiant la suspension envisagée, lui enjoignant de remédier à ce défaut d'exécution dans un délai donné et précisant la construction ou les parties de la construction visées par la suspension. Si l'acquéreur ne s'acquitte pas de son obligation dans le délai donné, l'entrepreneur peut suspendre la construction après avoir avisé l'acquéreur qu'il suspend la construction conformément à sa notification précédente.

"3. Si, toutefois, le défaut d'exécution de la part de l'acquéreur exige la suspension immédiate de la construction de l'installation ou de toute partie de l'installation, l'entrepreneur peut suspendre la construction après en avoir avisé par écrit l'acquéreur. La notification écrite doit informer l'acquéreur du défaut d'exécution invoqué."

[3]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Si la suspension ou des suspensions accumulées dépassent une période de . . . jours, l'entrepreneur est autorisé à résilier le contrat et à obtenir réparation du préjudice causé par la résiliation au même titre que dans le cas d'une résiliation du contrat au gré de l'acquéreur. Par suspensions accumulées, on entend le total des suspensions se produisant à différentes périodes, que ces suspensions visent la même partie de la construction ou des parties différentes."

Chapitre XXV. Résiliation du contrat

RÉSUMÉ

Il est souhaitable que le contrat comporte une clause de résiliation afin que celle-ci soit ordonnée et équitable dans les cas où, en raison de certaines circonstances, il peut être prudent, voire nécessaire, de résilier le contrat. Avant de résilier le contrat, les deux parties auraient intérêt à se prévaloir des autres mesures ou recours prévus au contrat afin de faire face auxdites circonstances. En outre, il est souvent bon que la partie qui souhaite résilier le contrat soit tenue de notifier à l'autre partie l'existence d'une situation justifiant la résiliation et lui accorde un délai pour la régler ou y remédier avant d'être autorisée à résilier le contrat (mécanisme de la double notification). Lorsqu'elles élaboreront la clause de résiliation, les parties devront tenir compte de toute règle juridique impérative pertinente de la loi applicable au contrat et aussi de toute règle non impérative (par. 1 à 6).

Les parties souhaiteront peut-être prévoir la résiliation du contrat pour les obligations qui n'ont pas encore été exécutées, ainsi que pour les obligations qui sont entachées de vice (par. 7).

Le contrat peut autoriser l'acquéreur à résilier dans certaines situations supposant un défaut d'exécution de l'entrepreneur, une violation par l'entrepreneur de restrictions imposées au transfert du contrat et, éventuellement, une violation des restrictions en matière de sous-traitance (par. 8 à 10).

Il peut être souhaitable que le contrat autorise l'acquéreur à résilier le contrat au cas où l'entrepreneur serait déclaré en faillite. Les parties souhaiteront peut-être se demander si le fait qu'une procédure de faillite a été engagée contre l'entrepreneur devrait autoriser l'acquéreur à résilier le contrat (par. 11 à 14). Les parties pourront aussi se demander si l'acquéreur devrait être autorisé à résilier le contrat au cas où une procédure similaire ou apparentée à la procédure de faillite serait engagée contre l'entrepreneur ou en cas de procédure de faillite ou procédure similaire ou apparentée contre un garant (par. 15 et 16).

Les parties pourront se demander s'il y a lieu d'autoriser l'acquéreur à résilier le contrat à son gré (par. 17 et 18).

L'entrepreneur pourrait être habilité à résilier le contrat dans certaines situations : défaut d'exécution de l'acquéreur, travail de l'entrepreneur entravé ou empêché par l'acquéreur, ouverture d'une procédure de faillite ou d'une procédure similaire ou apparentée contre l'acquéreur (par. 19 à 21).

Si l'exécution d'obligations contractuelles est contrariée par un empêchement exonératoire, les parties souhaiteront peut-être autoriser l'une ou l'autre partie à résilier le contrat si l'empêchement persiste pendant une période déterminée ou si la durée cumulée de deux empêchements ou plus est supérieure à une période donnée (par. 22).

Le contrat peut stipuler quels seront les droits et obligations des parties en cas de résiliation. Il serait souhaitable que le contrat stipule qu'en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie, l'entrepreneur devra cesser la construction et libérer le chantier. Le contrat pourrait reconnaître à l'acquéreur la faculté d'utiliser les équipements et outils de construction de l'entrepreneur, peut-être moyennant le paiement d'un loyer raisonnable, ainsi que la faculté d'acheter à l'entrepreneur les équipements et matériaux qui doivent être incorporés dans l'installation (par. 23 à 25).

En cas de résiliation, le contrat peut obliger l'acquéreur à prendre à sa charge les parties de l'installation qui ont déjà été construites et qui ne font pas l'objet de la résiliation. Toutefois, une dérogation peut être prévue dans certains cas lorsque l'entrepreneur résilie le contrat en raison d'un défaut d'exécution de l'acquéreur (par. 26).

Les parties souhaiteront peut-être envisager d'obliger l'entrepreneur à transférer à l'acquéreur les contrats qu'il a passés avec des sous-traitants et fournisseurs, lorsque le contrat est résilié pour des motifs imputables à l'entrepreneur. Il peut être souhaitable que le contrat autorise expressément l'acquéreur à acquitter directement aux sous-traitants et fournisseurs les sommes dues par l'entrepreneur et autorise l'acquéreur à se faire rembourser ces paiements auprès de l'entrepreneur (par. 27 et 28).

Dans certains cas, lorsque le contrat est résilié par l'acquéreur pour des motifs autres que ceux qui peuvent lui être imputés, le contrat peut obliger l'entrepreneur à remettre à l'acquéreur les dessins, descriptifs et autres pièces relatifs à l'installation qui sont en sa possession et à faire établir les pièces qui ne l'ont pas encore été et à les remettre à l'acquéreur (par. 29).

Le contrat peut indiquer quels paiements devront être faits par une partie à l'autre partie en cas de résiliation. Le motif de la résiliation servira à déterminer s'il y a lieu d'effectuer ces paiements et quel en sera le montant (par. 30 à 35).

Le contrat peut préciser quelles dispositions seront maintenues en vigueur après la résiliation et continueront de lier les parties (par. 36).

A. Remarques générales

1. Dans certaines circonstances, il peut être prudent voire nécessaire de résilier un contrat de construction avant qu'il n'ait été complètement exécuté. Il est souhaitable que le contrat comporte une clause de résiliation afin que la résiliation soit ordonnée et équitable au cas où de telles circonstances se produiraient. Le présent chapitre traite des dispositions qui peuvent figurer dans une clause de résiliation. Outre les situations traitées dans le présent chapitre, il y a d'autres passages du *Guide* où sont examinées d'autres situations dans lesquelles le contrat peut être résilié.

2. La résiliation du contrat de construction peut être considérée comme une solution de dernier recours. Même lorsque se présente une situation pouvant justifier la résiliation, les parties ont en général intérêt à essayer de régler le problème au moyen des autres mesures ou recours prévus dans le contrat (il est possible, par exemple, d'exiger l'exécution conformément au contrat, de suspendre l'exécution du contrat, d'exiger la réfection des vices, de renégocier et de modifier des dispositions contractuelles ou de demander des dommages-intérêts). En outre, dans nombre de cas, il peut être souhaitable que le contrat exige de la partie qui souhaite résilier qu'elle avise l'autre partie de l'existence

d'une situation considérée comme justifiant la résiliation et que le contrat accorde à l'autre partie un délai pour mettre fin à cette situation ou y remédier avant d'autoriser la première partie à résilier le contrat (voir notamment plus loin, par. 9, 19 et 20; voir aussi plus loin, par. 12 et 17). Il est souhaitable que le contrat exige que toute résiliation du contrat, pour quelque motif que ce soit, soit notifiée par écrit.

3. Lors de la rédaction de la clause de résiliation, les parties devraient tenir compte des règles impératives de la loi applicable au contrat. Les parties devraient en outre avoir connaissance des règles non impératives de la loi applicable au contrat relatives à la résiliation et se demander si elles sont suffisantes et appropriées dans leur cas.

4. Les règles juridiques générales sur la résiliation du contrat ont souvent été mises au point dans l'optique des contrats de vente et contrats apparentés, qui sont nettement moins compliqués et d'une durée plus courte que les contrats de construction, et ces règles risquent de mal convenir à la résiliation des contrats de construction. Comme on l'a vu dans divers chapitres du *Guide*, il peut se produire des situations où il serait indiqué d'autoriser une partie à un contrat de construction à le résilier dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les divers systèmes juridiques. En revanche, il peut se présenter des situations où il serait approprié de limiter la faculté de résiliation qu'accordent les règles juridiques générales. En outre, il arrive souvent que les règles juridiques générales ne prévoient pas de procédure appropriée pour une résiliation ordonnée du contrat de construction et ne traitent pas non plus d'autres questions telles que les droits et obligations des parties en cas de résiliation d'une manière qui réponde pleinement aux exigences des parties.

5. Si les parties font figurer dans le contrat des dispositions sur la résiliation, il serait souhaitable que le contrat indique si les motifs de résiliation qui y sont énoncés s'ajoutent aux motifs de résiliation prévus dans la loi applicable au contrat ou s'y substituent.

6. Dans certains systèmes juridiques, les contrats ne peuvent être résiliés qu'avec une autorisation judiciaire, à moins qu'il ne soit indiqué expressément dans le contrat que les parties ont le droit de le résilier sans cette autorisation. Dans ces systèmes juridiques, si les parties souhaitent jouir du droit de résilier le contrat sans autorisation judiciaire, elles doivent l'indiquer expressément.

B. Portée de la résiliation

7. Les parties souhaiteront peut-être prévoir la résiliation du contrat pour les obligations qui n'ont pas encore été exécutées ainsi que pour les obligations dont l'exécution est viciée. Lorsque l'entrepreneur est en retard pour achever d'ici une date repère impérative une partie de la construction (voir chap. IX, "Construction sur le chantier", par. 21), le contrat peut autoriser l'acquéreur à résilier le contrat en ce qui concerne la partie de la construction qui est en retard. Inversement, lorsqu'en raison de la nature de la construction, il ne serait pas souhaitable de séparer la partie de la construction qui est en retard du reste de la construction à achever, le contrat peut autoriser l'acquéreur à résilier le contrat en ce qui concerne la construction tout entière qui demeure à achever.

C. Motifs de résiliation

1. *Résiliation par l'acquéreur*

a) *Défaut d'exécution de l'entrepreneur*

8. Les circonstances dans lesquelles le contrat peut autoriser l'acquéreur à résilier le contrat en cas d'inexécution par l'entrepreneur sont examinées dans d'autres chapitres, notamment au chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphe 22, et au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

9. Dans certains cas d'inexécution par l'entrepreneur, le contrat peut accorder à celui-ci un délai pour remédier au défaut d'exécution avant que l'acquéreur ne soit autorisé à résilier le contrat. En pareil cas, le contrat pourrait adopter un mécanisme de double notification : le contrat exigerait de l'acquéreur qu'il adresse à l'entrepreneur une notification l'avisant du défaut d'exécution et l'informant qu'il résiliera le contrat si l'entrepreneur ne remédie pas au défaut d'exécution dans un délai raisonnable ou dans le délai indiqué dans le contrat. Au cas où l'entrepreneur n'aurait pas remédié au défaut d'exécution à l'expiration de ce délai, l'acquéreur aurait la faculté de résilier le contrat en adressant une notification écrite de résiliation à l'entrepreneur. Toutefois, il est souhaitable que l'octroi d'un tel délai ne soit pas considéré comme une prolongation du délai indiqué dans le contrat pour l'exécution de l'obligation en question, ni ne porte atteinte aux droits et recours de l'acquéreur en cas de retard dans l'exécution de ladite obligation par l'entrepreneur[1]. Dans d'autres cas de résiliation pour inexécution par l'entrepreneur (lorsque l'entrepreneur ne commence pas la construction à la date fixée et indique qu'il ne le fera pas, par exemple), il n'est pas utile d'exiger de l'acquéreur qu'il attende avant de résilier; il pourrait avoir le droit de résilier immédiatement après avoir constaté le défaut d'exécution de l'entrepreneur en lui notifiant par écrit la résiliation. Les cas dans lesquels le mécanisme de la double notification pourrait être prescrit et ceux dans lesquels l'acquéreur pourrait avoir le droit de résilier immédiatement sont aussi indiqués au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution".

b) *Non-respect par l'entrepreneur des restrictions en matière de transfert du contrat et de sous-traitance*

10. La résiliation pour non-respect par l'entrepreneur des dispositions contractuelles sur le transfert du contrat ou de certains droits et obligations contractuels est examinée au chapitre XXVII, "Transfert des droits et obligations contractuels", paragraphe 12. En ce qui concerne les dispositions contractuelles qui restreignent les droits de l'entrepreneur en matière de sous-traitance (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 7 à 9), les parties souhaiteront peut-être se demander si l'acquéreur devrait être en droit de résilier le contrat au cas où l'entrepreneur sous-traiterait malgré ces restrictions. Lorsque l'entrepreneur a passé un contrat de sous-traitance en violation des dispositions du contrat, l'acquéreur pourra être privé du droit de résiliation s'il a accepté ce contrat de sous-traitance.

c) *Faillite ou insolvabilité de l'entrepreneur*

11. Le contrat et son exécution sont soumis à des règles juridiques impératives en cas de faillite de l'une des parties. Il importe que les parties tiennent compte

de ces règles juridiques lorsqu'elles élaborent les dispositions contractuelles sur la résiliation. Ainsi, dans certains systèmes juridiques, les parties n'ont pas la faculté de résilier le contrat au seul motif que l'autre partie est en faillite.

12. Dans la plupart des systèmes juridiques, les avoirs de la personne ou de l'entreprise dont la faillite a été prononcée, y compris, dans le cas d'un entrepreneur, les droits qu'il détient en vertu du contrat de construction, passent sous le contrôle d'un administrateur désigné conformément aux règles du système juridique en question. Cet administrateur s'abstient généralement de poursuivre la gestion des affaires du failli, sauf dans la mesure nécessaire pour protéger les avoirs du failli et les droits du créancier. Aussi serait-il souhaitable que le contrat accorde à l'acquéreur le droit de résilier le contrat au cas où l'entrepreneur serait déclaré en faillite, si pareille résiliation n'est pas incompatible avec les règles impératives de la loi applicable. Le contrat pourrait autoriser l'acquéreur à résilier le contrat immédiatement après le jugement déclaratif de faillite en le notifiant par écrit à l'entrepreneur.

13. Même avant que la faillite ne soit prononcée, le simple fait que la procédure de faillite a été engagée peut, dans certains systèmes juridiques, restreindre la capacité de l'entrepreneur de sous-traiter ou de se procurer auprès de tiers les matériaux ou les fournitures nécessaires à la construction, d'effectuer les paiements dus ou, d'une manière générale, de gérer son entreprise. Aussi les parties pourront-elles se demander si l'acquéreur pourra arguer de l'ouverture d'une procédure de faillite contre l'entrepreneur pour résilier le contrat. D'un côté, lorsque la procédure de faillite est engagée contre l'entrepreneur par une autre entreprise ou personne, l'entrepreneur peut obtenir que la faillite ne soit pas prononcée et les parties pourront donc juger approprié d'exiger de l'acquéreur qu'il attende le jugement déclaratif de faillite pour pouvoir résilier le contrat. En cas de procédure volontaire engagée par l'entrepreneur lui-même, le jugement déclaratif de faillite pourra être prononcé dans un délai très bref et l'acquéreur ne subirait vraisemblablement aucun préjudice au cas où il serait tenu d'attendre que le jugement soit prononcé. D'un autre côté, si l'ouverture de la procédure de faillite met en péril la capacité de l'entrepreneur d'exécuter le contrat, les parties pourront estimer que la simple ouverture de cette procédure suffit à autoriser l'acquéreur à résilier le contrat.

14. Si les parties décident d'autoriser l'acquéreur à résilier le contrat lorsqu'une procédure de faillite est engagée par l'entrepreneur ou contre lui, elles pourront se demander si l'acquéreur devrait avoir le droit de résilier dès que la procédure est engagée ou si la résiliation en pareil cas devrait être soumise au mécanisme de la double notification (voir plus haut, par. 9). Lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre l'entrepreneur, celui-ci pourrait obtenir un rejet de la procédure si l'acquéreur n'était autorisé à résilier qu'après un délai donné à compter de la notification à l'entrepreneur. On notera, toutefois, que cette solution pourrait, dans certains cas, entraîner pour l'acquéreur un préjudice dû, par exemple, à l'impossibilité dans laquelle il se trouverait de faire appel à un autre entrepreneur tant que le délai susmentionné ne serait pas expiré. Dans le cas d'une procédure de faillite volontaire engagée par l'entrepreneur lui-même, le contrat pourrait autoriser l'acquéreur à résilier immédiatement dès l'ouverture de la procédure.

15. Il existe, en plus de la faillite, toute une gamme de procédures similaires ou apparentées dans les divers pays (règlement judiciaire, liquidation, insol-

vabilité, cession d'avoirs, réorganisation, par exemple) qui pourraient entraver l'exécution du contrat de construction par l'entrepreneur. Les parties souhaiteront peut-être se demander si l'acquéreur devrait avoir la faculté de résilier le contrat au cas où l'une de ces procédures serait engagée. A cet égard, nombre des questions examinées plus haut, dans les paragraphes 11 à 14, au sujet de la faillite s'appliquent aussi à ces autres procédures.

16. Lorsque le contrat exige de l'entrepreneur qu'il fournisse une garantie de bonne exécution (voir chap. XVII, "Garantie de bonne exécution", par. 10 à 12), les parties voudront peut-être envisager d'autoriser l'acquéreur à résilier le contrat de construction lorsque le garant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure similaire ou apparentée et que l'entrepreneur ne peut faire en sorte, dans un délai raisonnable ou déterminé, qu'un autre garant susceptible être accepté par l'acquéreur fournisse une autre garantie de bonne exécution.

d) *Résiliation au gré de l'acquéreur*

17. L'acquéreur qui est un Etat ou une entreprise d'Etat pourra souhaiter être autorisé à résilier le contrat à son gré, c'est-à-dire sans qu'aucun des motifs spécifiés dans le contrat ne soit invoqué. Dans certains systèmes juridiques, cet acquéreur peut résilier le contrat pour des motifs autres que ceux qui sont expressément énoncés dans le contrat, même sans qu'une disposition du contrat l'y autorise, dans la mesure où il dédommage l'autre partie pour le préjudice imputable à la résiliation. Dans d'autres systèmes juridiques par contre, cet acquéreur ne peut y être autorisé que si le contrat prévoit ce type de résiliation. En outre, même lorsque le contrat est régi par un système juridique où ce type de résiliation est autorisé, les parties souhaiteront peut-être exclure certaines formes de dédommagement (manque à gagner, par exemple; voir plus loin, par. 34) des dédommagements normalement dus à l'entrepreneur par l'acquéreur qui résilie le contrat à son gré. Pour toutes ces raisons, les parties souhaiteront peut-être envisager d'inclure dans leur contrat des dispositions traitant de la résiliation au gré d'un tel acquéreur. Si l'acquéreur est autorisé à résilier à son gré, le contrat pourra stipuler que la résiliation sera effective dès notification à l'entrepreneur[2].

18. Les conséquences de l'exercice par l'acquéreur du droit de résilier le contrat à son gré peuvent différer de celles d'une résiliation pour d'autres motifs spécifiés (voir plus loin, par. 34). En particulier, l'exercice de ce droit pourra être d'un coût tel que l'acquéreur sera dissuadé d'en user, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

2. *Résiliation par l'entrepreneur*

a) *Défaut d'exécution de l'acquéreur*

19. La principale obligation contractuelle de l'acquéreur est de payer le prix convenu. Toutefois, il peut aussi avoir d'autres obligations liées au droit de l'entrepreneur d'obtenir paiement (fournir une lettre de crédit ou prendre en charge ou réceptionner la construction achevée, par exemple). L'acquéreur peut avoir d'autres obligations contractuelles, par exemple assurer la conception ou fournir les équipements et matériaux. Les circonstances dans lesquelles le contrat peut autoriser l'entrepreneur à résilier le contrat au cas où l'acquéreur

ne s'acquitterait pas desdites obligations sont examinées au chapitre XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution". Le contrat pourrait prescrire le mécanisme de la double notification (voir plus haut, par. 9) en ce qui concerne la résiliation par l'entrepreneur en cas d'inexécution par l'acquéreur.

b) *Perturbation des travaux de l'entrepreneur ou obstruction à ces travaux*

20. Le contrat peut autoriser l'entrepreneur à résilier le contrat si l'acquéreur perturbe gravement les travaux de l'entrepreneur ou y fait obstacle. En pareil cas, le contrat pourrait prescrire le mécanisme de la double notification (voir plus haut, par. 9).

c) *Faillite ou insolvabilité de l'acquéreur*

21. Les parties voudront peut-être se demander si l'entrepreneur devrait être autorisé à résilier le contrat au cas où une procédure de faillite, d'insolvabilité ou une procédure similaire serait ouverte contre l'acquéreur. Nombre des considérations examinées plus haut, dans les paragraphes 11 à 15, à propos de la résiliation par l'acquéreur résultant de la faillite ou de l'insolvabilité de l'entrepreneur s'appliquent en pareil cas.

3. *Non-exécution due à un empêchement exonératoire*

22. Durant la construction, il peut se produire des événements empêchant l'une ou l'autre partie de s'acquitter de ses obligations contractuelles. Le contrat pourrait stipuler que si les événements en question constituent des empêchements exonératoires (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 9 à 26), ladite partie sera exonérée du paiement de dommages-intérêts pour défaut d'exécution. Il pourrait aussi obliger ladite partie à notifier à l'autre partie l'existence de l'empêchement exonératoire et stipuler que les parties devront se consulter sur les mesures à prendre pour y faire face (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 27 et 28). Les parties souhaiteront peut-être stipuler dans le contrat que, si l'empêchement exonératoire persiste pendant une période donnée ou si la durée cumulée de deux empêchements exonératoires ou plus est supérieure à une période donnée, le contrat pourra être résilié immédiatement par l'une ou l'autre partie par notification écrite à l'autre partie. Le contrat pourra préciser le délai nécessaire pour qu'une partie puisse résilier. A ce sujet, les parties souhaiteront peut-être stipuler que ce délai devra être tel que l'achèvement de l'installation s'en trouve très retardé. Si seule une partie de la construction est touchée par l'empêchement exonératoire, le contrat pourra n'autoriser ladite partie à résilier que la partie du contrat correspondant à cette partie de la construction.

D. Droits et obligations des parties en cas de résiliation

1. *Cessation des travaux par l'entrepreneur et libération du chantier*

23. Il serait souhaitable que le contrat stipule qu'en cas de résiliation par l'une ou l'autre partie, l'entrepreneur devra cesser la construction. Toutefois, dans bien des cas, il ne sera ni possible ni souhaitable que l'entrepreneur abandonne

la construction et quitte le chantier au moment où la résiliation prend effet. Certaines opérations en cours devront sans doute être achevées et des mesures prises pour protéger ou consolider divers éléments de l'installation partiellement achevée. Si les parties décident d'un commun accord que l'entrepreneur devrait être tenu de prendre de telles mesures, il est souhaitable que le contrat contienne une disposition à cet effet. En ce qui concerne la question de savoir à qui incomberait le coût de ces mesures, voir plus loin, sous-section 5. Le contrat peut aussi stipuler que l'entrepreneur devra quitter le chantier sans délai une fois tous les travaux de construction définitivement arrêtés ou lorsque l'acquéreur le lui ordonne, et exiger de l'entrepreneur qu'il veille à ce que les personnes ou entreprises engagées par lui quittent elles aussi le chantier.

24. La disposition contractuelle obligeant l'entrepreneur à quitter le chantier ou l'ordre de quitter le chantier donné par l'acquéreur pourrait aussi obliger l'entrepreneur à retirer du chantier ses engins et outils de construction ainsi que les équipements et matériaux devant être incorporés dans l'installation qui sont sa propriété. Si l'entrepreneur ne s'exécute pas, le contrat pourrait habiliter l'acquéreur à les faire enlever et entreposer aux frais de l'entrepreneur. Si le contrat est résilié pour des motifs imputables à l'entrepreneur, le contrat peut aussi reconnaître à l'acquéreur la faculté d'utiliser les engins et outils de construction de l'entrepreneur pour poursuivre la construction, éventuellement moyennant le versement d'une somme raisonnable pour la location, et d'acheter à un prix raisonnable les équipements ou matériaux devant être incorporés dans l'installation qui sont sur le chantier. Toutefois, les parties noteront qu'il se peut que ces différentes solutions soient régies par des dispositions impératives de la loi applicable.

25. Dans certains cas, les parties jugeront peut-être souhaitable de stipuler que le droit de l'acquéreur ou d'un nouvel entrepreneur d'utiliser les engins et outils de construction de l'entrepreneur est subordonné aux droits de tiers (les loueurs, par exemple) sur ces articles. Dans d'autres cas, toutefois, les parties jugeront peut-être préférable de ne pas inclure une telle condition et d'exiger de l'entrepreneur acceptant d'accorder à l'acquéreur ou à un nouvel entrepreneur la possibilité d'utiliser ses engins et outils de construction, qu'il s'assure que cela n'aura aucun effet sur les droits de tiers et qu'il assume les risques en la matière.

2. *Prise en charge de l'installation par l'acquéreur*

26. Sous réserve de l'exception indiquée plus loin, le contrat peut, en cas de résiliation, obliger l'acquéreur à prendre en charge les parties de l'installation qui ont déjà été construites et auxquelles la résiliation ne s'applique pas. Le contrat peut prévoir, après que la résiliation a pris effet, un délai bref pendant lequel l'entrepreneur devra remettre l'installation à l'acquéreur qui doit la prendre en charge. Toutefois, en cas de résiliation par l'entrepreneur pour inexécution par l'acquéreur, le contrat peut stipuler que l'acquéreur n'a pas le droit de prendre en charge l'installation si cette prise en charge était incompatible avec les droits de l'entrepreneur nés du défaut d'exécution de l'acquéreur (droit de l'entrepreneur en vertu d'une clause de réserve sur la propriété, par exemple; voir chap. XV, "Transfert de la propriété des biens", par. 8).

3. *Transfert des contrats passés avec les sous-traitants et les fournisseurs et paiement par l'acquéreur de sommes dues aux sous-traitants et fournisseurs*

27. Lorsqu'un contrat de construction est résilié, certains contrats conclus par l'entrepreneur avec les sous-traitants et fournisseurs peuvent rester en vigueur. Dans certains cas, l'acquéreur ne souhaitera pas préserver ces contrats du fait de la résiliation du contrat de construction. Dans d'autres cas, en revanche, en particulier lorsque la construction doit être achevée par l'acquéreur ou par un nouvel entrepreneur engagé par lui, l'acquéreur ou le nouvel entrepreneur souhaitera peut-être reprendre certains de ces contrats. Ou bien l'acquéreur ou le nouvel entrepreneur souhaitera peut-être conclure de nouveaux contrats avec les sous-traitants ou fournisseurs. C'est parfois le cas si les contrats initiaux ne sont pas transférables ou si l'acquéreur ou le nouvel entrepreneur ne souhaite pas prendre en charge par un transfert des contrats la totalité des obligations qu'avait l'entrepreneur dont le contrat a été résilié à l'égard des sous-traitants ou fournisseurs (voir aussi plus loin, par. 28). La conclusion de nouveaux contrats ne sera possible que si les sous-traitants ou fournisseurs sont libérés de leurs contrats avec l'entrepreneur. Aussi, dans les cas où le contrat est résilié pour des motifs imputables à l'entrepreneur (c'est-à-dire pour défaut d'exécution de l'entrepreneur ou sa faillite ou son insolvabilité), les parties souhaiteront-elles peut-être envisager d'obliger l'entrepreneur à transférer les contrats à l'acquéreur ou au nouvel entrepreneur, ou à les résilier, si l'acquéreur lui en fait la demande dans sa notification de résiliation et si le transfert ou la résiliation sont possibles. Il peut être souhaitable que le contrat de construction oblige l'entrepreneur à inclure dans les contrats qu'il a conclus avec des sous-traitants ou fournisseurs une disposition l'autorisant à les résilier en cas de résiliation du contrat de construction.

28. Lorsque le transfert d'un contrat ou la conclusion d'un nouveau contrat avec un sous-traitant ou un fournisseur sont envisagés, des difficultés peuvent se présenter en raison des sommes dues à ces tiers par l'entrepreneur. Les tiers peuvent ne pas vouloir continuer de participer à la construction tant que les sommes qui leurs sont dues par l'entrepreneur ne leur sont pas versées. En outre, les tiers risquent de refuser de livrer des articles qu'ils s'étaient engagés à livrer avant la résiliation mais qui n'ont pas encore été payés, ou risquent même de reprendre des équipements et matériaux déjà livrés. Aussi l'acquéreur souhaitera-t-il sans doute être habilité à payer les tiers directement pour les sommes qui leurs sont dues par l'entrepreneur et à se faire rembourser par ce dernier. Si l'acquéreur accepte le transfert des contrats des tiers, il sera, dans certains systèmes juridiques, tenu de payer les sommes dues. Il peut être souhaitable que le contrat de construction autorise expressément ces paiements directs et autorise l'acquéreur à en obtenir remboursement auprès de l'entrepreneur.

4. *Dessins, descriptifs et pièces similaires*

29. Si l'acquéreur souhaite achever les travaux laissés inachevés par l'entrepreneur dont le contrat a été résilié, il voudra vraisemblablement disposer des dessins, modèles, calculs, descriptions, pièces relatives au savoir-faire et aux études techniques et autres pièces portant sur la construction achevée par

l'entrepreneur ainsi que sur la construction à terminer. Cette documentation ou ces données seront sans doute nécessaires si la méthode de construction ou la technologie n'est connue que de l'entrepreneur ou si les pièces ne peuvent pas, pour d'autres raisons, être établies par un ingénieur ou un nouvel entrepreneur. En conséquence, les parties souhaiteront peut-être stipuler que si le contrat est résilié par l'acquéreur pour des motifs imputables à l'entrepreneur ou, de façon plus générale, pour des motifs autres que ceux qui sont imputables à l'acquéreur (à savoir, défaut d'exécution ou faillite ou insolvabilité de l'acquéreur), l'entrepreneur sera tenu de remettre à l'acquéreur celles desdites pièces qui sont en sa possession. Lorsqu'il s'engage ainsi, l'entrepreneur peut devoir obtenir le consentement de tiers qui ont des droits de propriété industrielle ou autres droits de propriété intellectuelle sur les pièces devant être remises à l'acquéreur. En outre, il serait souhaitable que le contrat oblige l'entrepreneur à faire en sorte que les dessins et pièces (manuels d'utilisation, par exemple) qui n'ont pas encore été produits le soient et soient remis à l'acquéreur, en particulier dans le cas où il serait difficile, voire impossible, pour un autre entrepreneur de le faire.

5. *Paiements à verser par une partie à l'autre partie*

a) *Résiliation pour des motifs imputables à l'entrepreneur*

30. Les parties voudront peut-être stipuler que si le contrat est résilié pour des motifs imputables à l'entrepreneur (à savoir défaut d'exécution, faillite ou insolvabilité de l'entrepreneur), ce dernier n'aura pas droit au paiement de la construction qu'il n'a pas encore effectuée. Toutefois, le contrat pourrait l'autoriser à recevoir la partie du prix correspondant à la construction qu'il a achevée de manière satisfaisante avant la résiliation. Dans un contrat en régie ou dans un contrat à prix unitaire, ce montant devrait être relativement facile à déterminer. Dans un contrat au forfait, la détermination de la fraction du prix correspondant à la construction achevée serait facilitée si le contrat attribuait à chaque élément de la construction une fraction du prix (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 7).

31. Lorsque c'est l'acquéreur qui résilie le contrat, il peut encourir des dépenses et subir un préjudice qu'il n'aurait pas encouru ou subi si le contrat n'avait pas été résilié et si la construction avait été achevée par l'entrepreneur. Si le contrat est résilié pour défaut d'exécution de l'entrepreneur, le contrat peut stipuler que l'acquéreur pourra recevoir des dommages-intérêts correspondant à ses dépenses et au préjudice qu'il aura subi (voir chap. XX, "Dommages-intérêts"). En cas de résiliation due à la faillite ou à l'insolvabilité de l'entrepreneur, il serait souhaitable que le contrat précise les types de dépenses et de préjudice pour lesquels l'entrepreneur devra dédommager l'acquéreur. Par exemple, le contrat peut obliger l'entrepreneur à dédommager l'acquéreur pour les dépenses que ce dernier aura engagées en vue de consolider ou de protéger l'installation partiellement achevée jusqu'à la reprise de la construction par un autre entrepreneur, ainsi que pour les pénalités ou dépenses liées à la résiliation du contrat conclu avec d'autres entrepreneurs ou fournisseurs. En outre, le contrat peut obliger l'entrepreneur à dédommager l'acquéreur pour la différence entre le coût d'achèvement de la construction par un nouvel entrepreneur et le montant qui, aux termes du contrat, aurait été dû à l'entrepreneur pour cette construction. Le contrat peut en outre obliger

l'entrepreneur à dédommager l'acquéreur pour le préjudice résultant d'un retard dans l'achèvement de la construction lié à la résiliation et à la nécessité d'engager un nouvel entrepreneur pour achever la construction.

b) *Résiliation pour des motifs imputables à l'acquéreur*

32. Si le contrat est résilié pour des motifs imputables à l'acquéreur (à savoir défaut d'exécution, faillite ou insolvabilité de l'acquéreur), le contrat pourrait stipuler que l'entrepreneur aura droit à recevoir la fraction du prix correspondant à la construction qu'il a achevée de manière satisfaisante. En cas de résiliation due à un défaut d'exécution de l'acquéreur, le contrat peut stipuler que l'entrepreneur aura droit à des dommages-intérêts pour les dépenses qu'il aura engagées et le préjudice qu'il aura subi du fait de la résiliation (voir chap. XX, "Dommages-intérêts"). En cas de résiliation due à la faillite ou à l'insolvabilité de l'acquéreur, il serait souhaitable que le contrat spécifie les types de dépenses et de préjudice pour lesquels l'acquéreur devra réparation à l'entrepreneur. Il pourrait s'agir, par exemple, du coût de toute mesure nécessaire ou exigée par l'acquéreur pour consolider ou protéger l'installation, le coût du rapatriement du personnel et des engins et outils de construction de l'entrepreneur, dans la mesure où cela n'est pas déjà inclus dans les sommes payées ou dues à l'entrepreneur, et les pénalités ou dépenses encourues par l'entrepreneur du fait de la résiliation de ses contrats avec des sous-traitants ou fournisseurs.

c) *Résiliation due à des circonstances non imputables à l'une ou l'autre des parties*

33. Le contrat pourrait stipuler qu'en cas de résiliation pour des raisons non imputables à l'une ou l'autre partie (un empêchement exonératoire, par exemple), l'entrepreneur aurait droit à recevoir la fraction du prix correspondant à la partie de la construction qu'il a achevée de manière satisfaisante. Les parties devraient toutefois examiner la manière la plus équitable de régler les problèmes liés à leurs dépenses et préjudices respectifs entraînés par la résiliation. Elles pourraient partager leurs dépenses et leur préjudice, soit équitablement, soit en application d'une formule arrêtée d'un commun accord. Une autre possibilité serait que chaque partie prenne à sa charge ses propres dépenses et le préjudice qu'elle aurait subi.

d) *Résiliation au gré de l'acquéreur*

34. Si le contrat autorise l'acquéreur à résilier à son gré, il pourrait, dans ce cas, exiger de lui qu'il verse à l'entrepreneur la fraction du prix correspondant à la construction achevée de manière satisfaisante et le dédommage pour les dépenses encourues et le préjudice subi du fait de la résiliation (voir plus haut, par. 33). Les parties voudront peut-être se demander si l'entrepreneur devrait avoir droit à des dédommagements pour le manque à gagner sur la partie du contrat résiliée au gré de l'acquéreur. D'une part, l'entrepreneur risque d'avoir laissé passer d'autres offres de contrat, puisqu'il comptait achever le contrat dans son intégralité. D'autre part, l'obligation faite à l'acquéreur de dédommager l'entrepreneur pour ce manque à gagner pourrait dissuader l'acquéreur d'user à son gré du droit de résiliation pour des raisons financières. L'une des solutions possibles à ce problème consisterait à fixer dans le contrat un barème

des paiements que devrait verser l'acquéreur à l'entrepreneur en dédommagement du manque à gagner, le montant des paiements étant fonction du stade de construction auquel on est arrivé lorsque le contrat a été résilié au gré de l'acquéreur. Ces montants seraient payables sans que l'entrepreneur ait à prouver le montant de son manque à gagner. Les questions liées à l'indemnisation du manque à gagner sont examinées au chapitre XX, "Dommages-intérêts", par. 8.

35. Lorsque le contrat est résilié au gré de l'acquéreur, l'entrepreneur pourra lui avoir déjà fourni la conception de l'installation, dont la valeur risque de ne pas avoir été suffisamment prise en considération pour l'établissement du prix que l'acquéreur a déjà payé ou qui serait dû à l'entrepreneur sur la base de la construction que ce dernier a achevée de manière satisfaisante. Dans ces cas, le contrat pourrait stipuler que l'acquéreur devra dédommager l'entrepreneur pour la conception dans la mesure où un tel dédommagement n'a pas déjà été pris en considération dans le prix payé ou dû à l'entrepreneur.

E. Maintien en vigueur de certaines dispositions contractuelles

36. Dans certains systèmes juridiques, la résiliation du contrat peut être interprétée comme mettant fin à toutes les dispositions contractuelles, y compris celles que les parties souhaiteraient voir maintenues, notamment celles qui régissent les droits et obligations des parties en cas de résiliation, les garanties de qualité relatives à la construction effectuée, les recours pour exécution défectueuse et les dispositions concernant notamment le règlement des litiges et l'obligation de confidentialité. Il est souhaitable que les parties fassent en sorte que les droits, obligations et recours qu'elles souhaitent préserver ne s'éteignent pas avec la résiliation et, pour ce faire, qu'elles précisent dans le contrat les dispositions qui devront être maintenues et continueront de lier les parties, même après la résiliation du contrat.

Notes du chapitre XXV

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"1. L'acquéreur peut, sans autorisation judiciaire ou autre, résilier le contrat en ce qui concerne les obligations qui n'ont pas encore été exécutées, conformément aux dispositions ci-après :

"*a)* Si l'entrepreneur ne commence pas la construction à la date indiquée à l'article . . . du présent contrat, l'acquéreur peut adresser à l'entrepreneur une notification écrite lui enjoignant de commencer la construction et indiquant que s'il ne le fait pas dans un délai [raisonnable] [de . . . jours] à compter de la réception de la notification, l'acquéreur résiliera le présent contrat. Si l'entrepreneur ne commence pas la construction avant l'expiration de ce délai, l'acquéreur peut résilier le présent contrat en le notifiant par écrit à l'entrepreneur. Cependant, l'acquéreur est en droit de résilier immédiatement le contrat si l'entrepreneur déclare à l'acquéreur qu'il ne commencera pas la construction.

"*b)* Si l'entrepreneur n'achève pas une partie de la construction à la date repère obligatoire fixée à l'article [ ] du présent contrat, l'acquéreur peut lui adresser une notification écrite lui enjoignant d'achever cette partie de la construction et indiquant que s'il le ne fait pas dans un délai [raisonnable] [de . . . jours] après réception de la notification, l'acquéreur résiliera le présent contrat. Si l'entrepreneur n'achève pas cette partie de la construction avant l'expiration de ce délai, l'acquéreur peut résilier le présent contrat [en ce qui concerne la partie en retard de la

construction] [en ce qui concerne la construction tout entière demeurant à achever] en le notifiant par écrit à l'entrepreneur.

"2. L'octroi à l'entrepreneur de délais d'exécution supplémentaires conformément aux alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 1 ci-dessus ne doit pas être considéré comme une prolongation des délais indiqués à l'article [ ] pour l'exécution des obligations en question, ni porter atteinte aux droits et recours de l'acquéreur en cas de retard dans l'exécution de ces obligations par l'entrepreneur.

"3. Les motifs de résiliation énumérés dans le présent article [s'ajoutent] [se substituent] à tout motif de résiliation susceptible d'être invoqué par l'acquéreur en vertu de la loi applicable au présent contrat."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"L'acquéreur peut, à tout moment et sans autorisation judiciaire ou autre, résilier le présent contrat ou toute partie du présent contrat pour tout motif autre que ceux qui sont énoncés à l'article [ ] en adressant à l'entrepreneur une notification écrite de résiliation."

Chapitre XXVI. Fournitures de pièces de rechange et de services après la construction

RÉSUMÉ

Après que la construction a été achevée et que l'installation a été prise en charge par l'acquéreur, ce dernier doit pouvoir obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou endommagées et entretenir, réparer et faire fonctionner l'installation. A cette fin, il voudra sans doute obtenir de l'entrepreneur les pièces de rechange et les services de réparation, d'entretien et d'exploitation dont il pourra avoir besoin. La mesure dans laquelle l'acquéreur fera appel à l'entrepreneur pour la fourniture de pièces de rechange et de services après la construction sera fonction des techniques en sa possession et du personnel qualifié à sa disposition (par. 1 à 3).

Il est avantageux pour l'acquéreur d'un pays en développement d'obtenir ou d'avoir à sa disposition sur place les pièces de rechange et techniques et compétences requises pour entretenir, réparer et faire fonctionner l'installation. A cette fin, il peut s'attacher à obtenir, dans son contrat avec l'entrepreneur, le transfert des techniques et compétences requises pour la fabrication de pièces de rechange et la fourniture des services voulus. Le transfert de techniques et de compétences au personnel de l'acquéreur peut être assuré par l'exécution des obligations contractées par l'entrepreneur en matière de formation. Un tel transfert peut se révéler précieux pour le pays en développement lui-même car il contribuera sans doute à en favoriser l'industrialisation (par. 4 et 5).

Les parties pourront plus facilement planifier la fourniture de pièces de rechange et de services après la construction si elles sont à même de prévoir les besoins de l'acquéreur en la matière et d'en tenir compte dans le contrat de construction. Si cela se révèle impossible, d'autres méthodes pourront être adoptées (par. 7 à 9). Il est d'une importance considérable pour l'acquéreur de pouvoir disposer en permanence de pièces de rechange durant la vie utile de l'installation (par. 10 et 11).

La personne qui s'engage à construire l'installation peut devoir indiquer quelles pièces de rechange seront nécessaires pendant une période de fonctionnement donnée et à quels prix et dans quels délais elle pourra les fournir (par. 12 et 13). Il est d'une importance essentielle pour l'acquéreur d'un pays en développement de pouvoir disposer en permanence de pièces de rechange; aussi devra-t-il peut-être prendre des mesures, par des dispositions contractuelles appropriées, pour assurer son approvisionnement soit auprès de l'entrepreneur, soit auprès de fournisseurs (par. 14). Si les pièces de rechange ne sont pas fabriquées par l'entrepreneur, mais le sont pour lui par des fournisseurs, l'acquéreur pourra préférer conclure des contrats avec ces fournisseurs, plutôt que d'obtenir les pièces auprès de l'entrepreneur; il pourra aussi souhaiter que l'entrepreneur les obtienne en son nom (par. 15 et 16).

Les parties pourront traiter dans le contrat des questions liées à la commande et à la livraison des pièces de rechange. Le contrat peut préciser les spécifications des pièces de rechange à fournir et prévoir qu'une garantie de qualité sera donnée (par. 18 à 20).

Un entrepreneur éventuel pourra devoir indiquer quels services d'entretien il est disposé à fournir et pendant quelle période. L'entrepreneur pourra devoir présenter un programme d'entretien visant à garantir le bon fonctionnement de l'installation durant sa vie utile et les obligations de l'entrepreneur en la matière pourront être définies sur la base dudit programme (par. 22 à 24).

Les normes que devra appliquer l'entrepreneur lorsqu'il assurera l'entretien de l'installation pourront être précisées dans le contrat. L'entrepreneur pourra être tenu de fournir un rapport sur chaque opération d'entretien. Le contrat pourra décrire de quelle manière sera déterminé le prix de la fourniture des services d'entretien et quelles seront les conditions de paiement applicables (par. 25 à 28).

Le contrat devrait définir clairement l'étendue des obligations de l'entrepreneur en matière de réparations. L'acquéreur a intérêt à conclure des arrangements contractuels qui garantissent que l'installation sera réparée rapidement en cas de panne (par. 29 et 30). Afin que les réparations puissent être effectuées rapidement, le contrat devrait stipuler que l'entrepreneur sera avisé que des réparations sont nécessaires et que ce dernier informera l'acquéreur de toute réparation supplémentaire requise. L'entrepreneur peut être tenu de soumettre à l'acquéreur un rapport sur les réparations effectuées. Il peut aussi être tenu de donner une garantie par laquelle il assume la responsabilité d'éventuels vices dans les réparations (par. 31 à 35).

Il est souhaitable que le contrat définisse soigneusement l'étendue de toute obligation imposée à l'entrepreneur en ce qui concerne l'exploitation technique de l'installation. Cela peut se faire sur la base d'un organigramme indiquant les fonctions confiées au personnel de l'entrepreneur chargé de l'exploitation technique. Le partage de l'autorité entre l'acquéreur et l'entrepreneur pendant l'exploitation de l'installation devrait être clairement défini (par. 37 et 38). Le contrat peut stipuler comment le prix de ces services sera déterminé et quelles seront les conditions de paiement applicables (par. 39).

Le contrat peut exiger de l'acquéreur qu'il facilite l'entretien, les réparations et l'exploitation de l'installation par l'entrepreneur. L'acquéreur souhaitera peut être envisager de fournir les équipements et matériaux nécessaires à l'entretien et aux réparations qui sont disponibles localement (par. 40).

Le contrat devrait indiquer à quel moment prennent naissance les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne la fourniture de pièces de rechange, l'entretien, les réparations et l'exploitation et peut aussi déterminer la durée pendant laquelle elles seront à la charge de l'entrepreneur ou instituer un mécanisme permettant de la déterminer ultérieurement. Lorsque le contrat impose des obligations de longue durée à l'entrepreneur, il peut être souhaitable de prévoir des mécanismes permettant de modifier ces obligations, en particulier en ce qui concerne leur étendue et le prix payable par l'acquéreur. Lorsque la durée des obligations est courte, les parties peuvent convenir de les proroger automatiquement (par. 41 à 44).

Les parties souhaiteront peut-être traiter dans le contrat de la résiliation des obligations liées à la fourniture de pièces de rechange, à l'entretien,

aux réparations et à l'exploitation. Le contrat peut reconnaître à l'acquéreur le droit de résilier avec préavis d'une durée déterminée (par. 45). Les parties souhaiteront peut-être aussi prévoir un ensemble de recours autres que la résiliation en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles liées à la fourniture de pièces de rechange, à l'entretien, aux réparations et à l'exploitation (par. 46).

A. Remarques générales

1. Après que la construction a été achevée et que l'installation a été prise en charge par l'acquéreur (voir chap. XIII, "Achèvement, prise en charge et réception", par. 1), ce dernier doit pouvoir obtenir des pièces de rechange pour remplacer les pièces usées ou emdommagées et entretenir, réparer et faire fonctionner l'installation. Dans certains cas, l'acquéreur pourra souhaiter que l'entrepreneur soit tenu de fournir une partie ou la totalité des pièces de rechange et des services d'entretien, de réparation et d'exploitation qui pourront être requis. Pour ce qui est de la fourniture de pièces de rechange et de la réparation de l'installation, l'acquéreur devra peut-être faire appel à l'entrepreneur durant toute la vie utile de l'installation, alors que pour l'entretien et l'exploitation, cette assistance ne sera sans doute requise que pendant une période limitée après que l'installation aura commencé de fonctionner.

2. Bien que la fourniture de pièces de rechange et l'entretien, la réparation et l'exploitation de l'installation soient traités dans des sections séparées du présent chapitre, ces questions sont liées entre elles à certains égards. Par exemple, l'entretien périodique a avant tout une fonction préventive. Il contribue à éviter des pannes coûteuses exigeant la réparation de parties de l'installation ou d'équipements. Aussi est-il essentiel pour l'acquéreur de veiller à ce que l'entretien soit continu, afin de réduire le nombre de réparations. En outre, les pièces de rechange sont nécessaires à la fois pour l'entretien et pour la réparation de l'installation et des équipements.

3. La mesure dans laquelle l'acquéreur devra faire appel à l'entrepreneur pour la fourniture de pièces de rechange et de services sera fonction des techniques en sa possession et du personnel qualifié à sa disposition. Par exemple, lorsque l'acquéreur prend en charge l'installation, il peut ne pas disposer de personnel suffisamment qualifié pour assurer l'exploitation technique de l'installation, auquel cas il souhaitera peut-être que l'entrepreneur l'aide à faire fonctionner l'installation, du moins pendant une période initiale. L'acquéreur peut parfois souhaiter que l'entrepreneur pourvoie certains postes techniques de l'installation; dans d'autres cas, il souhaitera peut-être que l'entrepreneur ne fournisse que des experts techniques qui collaboreront, avec le personnel de l'acquéreur, en tant que conseillers, aux fins de quelques opérations hautement spécialisées. Pour ce qui est de la fourniture de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, elle peut ne pas pouvoir être assurée localement ou par d'autres sources et l'acquéreur pourra être contraint de faire appel à l'entrepreneur.

4. Il est avantageux pour l'acquéreur d'un pays en développement d'obtenir ou de pouvoir obtenir localement les techniques et compétences requises pour fabriquer les pièces de rechange qui pourront être nécessaires à l'entretien et à la réparation de l'installation. A long terme, l'acquéreur pourra ainsi réduire ses dépenses en devises et devenir moins tributaire de l'entrepreneur. Aussi pourra-t-il juger bon de conclure des arrangements contractuels en vertu

desquels les techniques et compétences requises seront transférées soit à son propre personnel, soit à des entreprises spécialisées dans la fabrication de pièces de rechange situées dans le pays. Ce transfert pourra également se révéler utile au pays en développement lui-même, car il lui permettra de renforcer son autonomie par une plus grande maîtrise des techniques et la diffusion de compétences industrielles et contribuera ainsi à favoriser son industrialisation.

5. Le transfert de techniques et de compétences au personnel de l'acquéreur peut être assuré par l'exécution des obligations contractées par l'entrepreneur en matière de formation. Dans certains contrats, l'entrepreneur peut être tenu de former le personnel de l'acquéreur à l'entretien et à l'utilisation de parties données de l'installation ou d'équipements donnés (voir chap. VI, "Transfert des techniques", par. 26 à 32). Dans d'autres contrats, les obligations de l'entrepreneur peuvent être encore plus étendues. Par exemple, dans un contrat produit en main, l'entrepreneur peut être tenu non seulement de former le personnel de l'acquéreur, mais aussi de montrer que ce personnel peut faire fonctionner l'installation et atteindre des objectifs convenus en matière de production en utilisant les matières premières et autres apports spécifiés dans le contrat (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 7).

6. Les parties au contrat devraient avoir présent à l'esprit qu'il peut exister dans le pays où l'installation est construite des règles juridiques impératives régissant certaines questions liées à la fourniture de pièces de rechange et à l'entretien, à la réparation et au fonctionnement de l'installation (par exemple, des normes de sécurité). Les parties devraient tenir compte de ces règles lorsqu'elles élaboreront les dispositions contractuelles pertinentes.

B. Arrangements contractuels

7. Les parties pourront beaucoup plus facilement planifier la fourniture de pièces de rechange et de services après la construction si elles sont à même de prévoir les besoins de l'acquéreur en la matière et d'en tenir compte dans le contrat de construction. Il sera sans doute plus facile à l'acquéreur d'obtenir pendant les négociations précédant la conclusion du contrat, plutôt qu'à une date ultérieure, l'accord de l'entrepreneur quant aux pièces de rechange et services à fournir, à la durée de l'obligation y relative et au prix à payer.

8. Toutefois, le plus souvent, on ne connaîtra pas au moment des négociations les pièces de rechange et les services dont aura besoin l'acquéreur (par exemple, on n'aura pas une idée précise du personnel qualifié qui sera disponible sur place au moment de l'achèvement de la construction ou de la quantité de pièces de rechange qui seront requises). Dans de tels cas, il est possible de préciser dans le contrat les formes d'assistance qui pourront être nécessaires et de stipuler que, si une de ces formes d'assistance est requise par l'acquéreur avant l'achèvement de la construction, l'entrepreneur sera tenu de la fournir, dans la mesure où il en a la capacité. Le contrat peut spécifier la méthode de détermination du prix payable par l'acquéreur pour ces services. Il est bon que le contrat comporte des dispositions concernant les questions sur lesquelles les parties peuvent s'accorder au moment de la conclusion du contrat (par exemple, la qualité des pièces de rechange ou des services et les conditions de paiement). Si certaines dispositions contractuelles sur diverses questions doivent être convenues ultérieurement, le contrat peut déterminer la procédure à suivre en cas de désaccord des parties (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 3).

9. Une autre solution est possible pour résoudre les problèmes dus aux incertitudes quant aux besoins de l'acquéreur en matière de pièces de rechange et de services au moment où le contrat est conclu : les parties peuvent conclure un contrat séparé régissant ces questions, et ce à une date plus rapprochée de celle de l'achèvement de la construction, une fois que l'acquéreur a une idée plus précise de ses besoins en la matière[1]. Cette solution sera nécessaire lorsque les arrangements contractuels pour la fourniture de pièces de rechange ou de services d'entretien ou de réparation ne devront pas être conclus avec l'entrepreneur, mais avec les fournisseurs de pièces de rechange ou de services (voir plus loin, sect. C et D).

C. Pièces de rechange

10. Il est très important pour l'acquéreur de pouvoir disposer en permanence de pièces de rechange durant toute la vie utile de l'installation, notamment s'il s'agit d'un acquéreur d'un pays en développement où l'on compte souvent que l'installation aura une vie utile plus longue que dans un pays développé. Aussi l'acquéreur peut-il demander à l'entreprise soumissionnaire ou à l'entreprise avec laquelle il négocie d'inclure dans sa soumission ou dans son offre une proposition concernant les points suivants : types et quantités de pièces de rechange qui seront nécessaires durant une période donnée (par exemple, pendant une période de fonctionnement de deux ans); période suivant le commencement de l'exploitation de l'installation pendant laquelle l'entreprise sera disposée à fournir des pièces de rechange; prix auxquels elle est prête à les fournir; durée pendant laquelle elle sera disposée à maintenir ses prix. L'acquéreur pourra aussi demander à l'entreprise d'indiquer les pièces de rechange qu'elle fabriquera elle-même et celles qu'elle obtiendra auprès de fournisseurs et de nommer ces derniers. Dans certains cas, il peut toutefois être impossible à l'entrepreneur d'indiquer avec certitude les types ou quantités de pièces de rechange dont pourra avoir besoin l'acquéreur, ces besoins pouvant varier selon la manière dont l'installation est exploitée. En outre, si l'on peut estimer avec une certaine précision les quantités de pièces de rechange requises pour ce qui est des pièces soumises à une usure normale, qui doivent donc être remplacées périodiquement, il sera difficile de prévoir le type et la quantité des pièces qui devront être remplacées pour des raisons exceptionnelles (par exemple, ruptures dues à des accidents ou à un usage fautif des équipements).

11. Le contrat peut comporter des dispositions visant à protéger l'acquéreur des conséquences d'une estimation erronée par l'entrepreneur des besoins en pièces de rechange pour les remplacements courants. Par exemple, il peut stipuler que l'entrepreneur acceptera de reprendre à ses frais les pièces de rechange excédentaires acquises sur la base de l'estimation effectuée par lui. Inversement, le contrat peut aussi prévoir que l'acquéreur pourra acheter des pièces de rechange supplémentaires au prix d'origine, ou à un prix réduit, afin de combler tout déficit entre les quantités estimées par l'entrepreneur et les quantités effectivement requises.

12. Les pièces de rechange se répartissent d'ordinaire en deux catégories. La première consiste en des pièces standard qui peuvent être obtenues auprès de l'entrepreneur ou de diverses autres sources. La deuxième consiste en des pièces non standard fabriquées par l'entrepreneur ou par une autre entreprise selon les spécifications de l'entrepreneur et qui ne peuvent être utilisées que pour les

équipements placés dans l'installation construite pour l'acquéreur. Les pièces de rechange standard peuvent, le plus souvent, être obtenues plus facilement et à moindre coût auprès de sources autres que l'entrepreneur. Toutefois, l'acquéreur peut juger bon d'obliger l'entrepreneur à lui fournir, au moment de l'achèvement de la construction, un stock limité de pièces de ce type pour la période comprise entre le commencement de l'exploitation de l'installation et le moment où l'acquéreur aura établi ses propres sources d'approvisionnement. Le contrat peut stipuler que l'entrepreneur doit indiquer à l'acquéreur le nom des fournisseurs pouvant fournir les diverses pièces standard et les avantages qu'il peut y avoir à les acquérir auprès de ces fournisseurs. Il peut en outre obliger l'entrepreneur à indiquer les spécifications des pièces et à donner tout autre renseignement permettant à l'acquéreur d'obtenir de ces fournisseurs les meilleurs prix et les meilleurs services.

13. Pour ce qui est des pièces de rechange non standard, l'acquéreur peut juger bon de demander à l'entrepreneur de lui en fournir un stock adéquat (suffisant, par exemple, pour une durée d'exploitation de deux ans) au moment où la construction est achevée. Ces pièces de rechange peuvent alors être fabriquées et transportées sur le chantier en même temps que les équipements à incorporer dans l'installation, ce qui permet en général d'économiser sur les coûts de la production et du transport. L'acquéreur pourra souhaiter obtenir un stock plus important de ces pièces si les prix de l'entrepreneur risquent d'augmenter substantiellement après la conclusion du contrat. Lorsqu'il décidera de la quantité de pièces de rechange à fournir, l'acquéreur voudra peut-être tenir compte de leur durée de conservation.

14. Comme il est essentiel pour l'acquéreur d'un pays en développement de pouvoir disposer en permanence de pièces de rechange, il peut avoir à prendre des mesures pour en assurer l'approvisionnement au moment de la conclusion du contrat. Il est bon, en particulier, que l'acquéreur veille à pouvoir disposer en permanence de pièces de rechange non standard (voir plus haut, par. 12 et 13). En effet, l'entrepreneur peut cesser la production de ces pièces. Un des moyens d'assurer que lesdites pièces seront disponibles est que le contrat oblige l'entrepreneur à fournir les pièces à l'acquéreur pendant une période relativement longue, peut-être même pendant toute la vie utile de l'installation. Inversement, l'acquéreur peut chercher à obtenir de l'entrepreneur qu'il lui fournisse les dessins, spécifications, renseignements techniques et licences nécessaires pour pouvoir fabriquer ou faire fabriquer les pièces non standard. Cette dernière solution peut toutefois ne pas convenir lorsque l'acquéreur est d'un pays en développement dont les entreprises ne sont pas capables de fabriquer ces pièces (voir plus haut, par. 17). Quant aux pièces non standard fabriquées par des fournisseurs selon les spécifications de l'entrepreneur, l'acquéreur pourra vouloir obliger les fournisseurs à fournir ces pièces pendant une période relativement longue, ou bien s'efforcer d'obtenir les dessins, spécifications, renseignements techniques et licences nécessaires pour leur fabrication.

15. Pour ce qui est de ces pièces (voir plus haut, par. 12), le contrat de construction peut aussi obliger l'entrepreneur à les fournir. Pour s'acquitter de cette obligation, il devra les obtenir auprès des fournisseurs. En pareil cas, il est bon que le contrat stipule que l'entrepreneur est responsable de ces pièces de rechange dans la même mesure qu'il l'est des équipements fabriqués et fournis par lui (voir chap. VIII, "Fourniture des équipements et matériaux"). Cette

méthode présente un avantage : l'entrepreneur, dont la situation financière est connue de l'acquéreur et qui, au moment où les pièces de rechange sont fournies, a une relation contractuelle durable avec l'acquéreur, est responsable si les pièces se révèlent défectueuses. Inversement, l'acquéreur peut souhaiter conclure des contrats séparés avec les fournisseurs (pour ce qui est des obligations qui peuvent être incluses dans ces contrats, voir plus haut, par. 14). Lorsque l'entrepreneur a communiqué aux fournisseurs les spécifications de pièces non standard, l'acquéreur peut devoir obtenir son consentement avant de traiter directement avec ces fournisseurs. En pareil cas, l'entrepreneur peut être tenu par le contrat de ne pas refuser sans raison son consentement.

16. Lorsque l'acquéreur désire passer un contrat avec les fournisseurs, il peut souhaiter que l'entrepreneur agisse en son nom pour obtenir les pièces de rechange. Le contrat de construction peut énoncer les services que fournira l'entrepreneur dans ce cadre. Il peut s'agir notamment de contacter les fournisseurs éventuels, de déterminer les quantités de pièces de rechange nécessaires, de faire des appels d'offres, d'évaluer les offres, de faire des recommandations quant à l'achat, d'organiser la livraison et de former le personnel de l'acquéreur à la gestion des stocks. L'entrepreneur peut aussi être autorisé à conclure des contrats avec les fournisseurs au nom de l'acquéreur.

17. Dans des cas exceptionnels, il se peut que l'acquéreur ou d'autres entreprises de son pays aient les compétences techniques requises pour fabriquer les pièces de rechange nécessaires. Le contrat peut alors obliger l'entrepreneur à fournir à l'acquéreur les spécifications, dessins et données techniques nécessaires à cette fabrication. Cette solution peut ne pas être applicable pour les articles fabriqués pour l'entrepreneur par un fournisseur, notamment si le fournisseur a sur ces articles des droits de propriété industrielle valides dans le pays de l'entrepreneur ou dans celui de l'acquéreur. En pareil cas, il est souhaitable que l'acquéreur obtienne une licence pour fabriquer les pièces de rechange, ou qu'il s'assure l'assentiment du fournisseur à ladite fabrication, avant l'entrée en vigueur du contrat. On notera que la garantie de qualité ou toute autre garantie donnée par l'entrepreneur peuvent ne plus être valables si l'acquéreur utilise des pièces de rechange autres que celles dont l'utilisation a été autorisée par l'entrepreneur.

18. Le contrat de construction peut traiter de questions liées à la commande et à la livraison des pièces de rechange. Par exemple, il peut indiquer quand la livraison doit avoir lieu (il peut notamment stipuler que certaines pièces seront livrées automatiquement à des intervalles donnés et que d'autres seront livrées sur la demande de l'acquéreur). Il peut en outre préciser la manière dont les commandes seront placées et dans quel délai après la commande la livraison devra être effectuée (par exemple, dans un délai d'un mois à compter de la réception de la commande). L'acquéreur pourra stipuler qu'une somme convenue devra être versée en cas de retard à la livraison (voir chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales"). Le contrat peut traiter de questions telles que le transfert du risque, l'emballage, le paiement de droits de douane et de taxes et tout autre aspect connexe de la livraison des pièces de rechange, questions qui seront réglées conformément à des termes commerciaux reconnus (par exemple, f.o.b., c.a.f.)[2]. Le prix des pièces de rechange peut être convenu sur la base des prix indiqués par l'entrepreneur (voir plus haut, par. 11). Les parties peuvent également convenir des conditions de paiement applicables (par exemple, la monnaie, la date et le lieu du paiement; voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement").

19. Le contrat peut exposer les spécifications techniques des pièces de rechange à fournir ou stipuler que les pièces devront avoir les mêmes spécifications que celles qui ont été incorporées initialement dans l'installation. En outre, il peut prévoir une garantie relative aux pièces de rechange en vertu de laquelle l'entrepreneur assume la responsabilité de tout vice découvert qui lui est notifié avant l'expiration de la période de garantie (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution"). Puisque les pièces de rechange fournies à une date donnée peuvent ne pas être utilisées avant une date ultérieure, la détermination de la période de garantie et du moment où cette période commence à courir risque de poser des problèmes. Il est possible, par exemple, de prévoir une période de garantie relativement brève commençant à la date où les pièces seront mises en service et de prévoir en outre que, que ces pièces soient ou non utilisées, la garantie expirera à la fin d'une période plus longue commençant à compter de la date de la livraison des pièces de rechange. Des périodes différentes peuvent être spécifiées pour les différents types de pièces de rechange, selon leur nature et le type d'utilisation, mais il peut être plus simple de prévoir une période de garantie unique commençant à compter de la date de livraison des pièces, bien que, là aussi, une période différente puisse être spécifiée pour les différents types de pièces.

20. Après que l'installation a été construite, l'entrepreneur peut améliorer ou modifier certaines pièces qu'il fabrique et qu'il s'est engagé à fournir en tant que pièces de rechange. Chaque partie peut avoir intérêt à remplacer les pièces originelles par celles qui ont été améliorées ou modifiées. Il peut être bon que le contrat enjoigne à l'entrepreneur d'informer l'acquéreur de ces améliorations ou modifications afin que, si l'acquéreur le souhaite, des négociations puissent être engagées en vue de la fourniture de pièces améliorées ou modifiées en remplacement des pièces convenues à l'origine.

21. Il est bon que le personnel de l'acquéreur acquière les compétences techniques voulues pour monter les pièces de rechange. A cette fin, le contrat peut obliger l'entrepreneur à fournir les modes d'emploi, outils et engins nécessaires. Les modes d'emploi devraient être présentés sous une forme et dans une langue qui permettent au personnel de l'acquéreur de les comprendre sans difficultés. Le contrat peut aussi obliger l'entrepreneur à fournir des schémas de montage indiquant comment les diverses pièces s'assemblent et comment accéder aux différentes pièces pour les remplacer et pour permettre l'entretien et la réparation. Dans certains cas, il peut être bon que l'entrepreneur soit obligé de former le personnel de l'acquéreur au montage des pièces de rechange.

D. Entretien

22. En vue d'aider l'acquéreur à assurer l'entretien de l'installation, le contrat peut obliger l'entrepreneur à soumettre, avant l'achèvement de la construction, un programme d'entretien visant à maintenir l'installation en bon état de fonctionnement durant sa vie utile, compte tenu des critères d'efficacité stipulés dans le contrat. Un programme d'entretien devrait comprendre notamment des inspections périodiques de l'installation, des opérations de graissage, de nettoyage et d'ajustement et le remplacement des pièces défectueuses ou usagées. L'entretien peut aussi comporter des opérations de caractère organisationnel, telles que l'établissement d'un calendrier d'entretien ou d'un registre

des opérations d'entretien. Le contrat peut de même exiger de l'entrepreneur qu'il fournisse des manuels d'entretien exposant les procédures appropriées d'entretien. La présentation de ces manuels et la langue dans laquelle ils sont rédigés doivent être telles que le personnel de l'acquéreur les comprenne aisément.

23. L'acquéreur peut exiger du soumissionnaire ou de l'entreprise avec laquelle le contrat est négocié d'indiquer s'ils sont prêts à fournir les services d'entretien nécessaires au bon fonctionnement de l'installation, et ce, pendant quelle période et à quel prix.

24. L'acquéreur peut souhaiter qu'un ingénieur-conseil examine le programme et les procédures d'entretien soumis par l'entrepreneur (voir chap. X, "Ingénieur-conseil"). Le rapport de l'ingénieur-conseil pourra permettre à l'acquéreur de déterminer, d'une part, quels aspects de l'entretien il pourra lui-même assurer compte tenu du personnel qualifié disponible, des obligations en matière de formation assumées par l'acquéreur (voir chap. VI, "Transfert des techniques", par. 26 à 32) et des équipements d'entretien en sa possession et, d'autre part, quels travaux d'entretien devront être effectués avec l'assistance de l'entrepreneur. Il est bon que les dispositions contractuelles relatives à l'entretien précisent quels éléments doivent être entretenus par l'entrepreneur (par exemple, l'ensemble de l'installation ou seulement des équipements donnés) et décrivent les obligations qu'assume l'entrepreneur en la matière. Si des équipements importants ont été fabriqués par des fournisseurs à l'intention de l'entrepreneur, l'acquéreur pourra juger préférable de conclure des contrats d'entretien séparés avec ces fournisseurs, car ceux-ci seront sans doute mieux à même d'entretenir ces équipements. A cette fin, le contrat de construction pourra obliger l'entrepreneur à indiquer à l'acheteur, avant l'achèvement de la construction, l'identité des fournisseurs des équipements à entretenir.

25. Il est bon que le contrat spécifie les normes d'entretien auxquelles doit se conformer l'entrepreneur. S'il existe des normes établies par des organismes professionnels, la description des obligations de l'entrepreneur pourra y renvoyer. S'il n'y en a pas, le contrat pourra spécifier que l'entretien doit être assuré conformément aux normes qui seraient observées par un ingénieur qui effectuerait de tels travaux dans le pays de l'entrepreneur. Il est également possible de spécifier les résultats auxquels doit aboutir l'entretien. Par exemple, le contrat peut stipuler que l'entrepreneur doit assurer l'entretien de l'installation (ou de parties de l'installation) conformément à des normes telles que l'installation (ou la partie en question) puisse fonctionner conformément au contrat pendant un pourcentage spécifié du temps normal d'exploitation de l'installation au cours d'une période donnée. Tout défaut de fonctionnement de l'installation dû à des causes non imputables à l'entrepreneur (par exemple, une utilisation défectueuse de l'installation par le personnel de l'acquéreur) pourra être exclu du champ de l'obligation assumée par l'entrepreneur.

26. L'entrepreneur peut s'engager à fournir un rapport sur chaque opération d'entretien immédiatement après que l'opération est terminée. Le contrat peut stipuler que le rapport définira les activités d'entretien entreprises et sera accompagné de pièces indiquant combien de temps les diverses catégories de personnel ont travaillé et quels procédés ont été utilisés. Le contrat peut aussi stipuler que le rapport contiendra une description des vices découverts dans l'installation et des travaux de réparation ou d'entretien requis n'entrant pas dans le cadre des obligations de l'entrepreneur, ainsi qu'une estimation du coût

de ces opérations de réparation ou d'entretien si elles peuvent être effectuées par l'entrepreneur.

27. Il pourra être plus facile d'apporter la preuve que l'installation est bien entretenue si le contrat stipule que le personnel de l'acquéreur sera associé au personnel de l'entrepreneur dans l'exécution des travaux d'entretien, ce qui peut être aussi un moyen efficace de former le personnel de l'acquéreur aux procédures d'entretien. Le prix à verser par l'acquéreur pour l'entretien pourra consister en un montant forfaitaire payable pour toutes les obligations et dépenses assumées par l'entrepreneur du fait des travaux d'entretien. Cette méthode peut convenir lorsqu'il s'agit d'opérations courantes d'entretien. Il est aussi possible que les parties conviennent d'un taux pour chaque unité de temps nécessaire pour les divers travaux d'entretien. Il est en outre possible de stipuler dans le contrat que l'entrepreneur recevra des honoraires pour couvrir ses frais généraux et lui assurer un bénéfice et que ses dépenses lui seront remboursées. En pareil cas, il est bon que le contrat précise clairement quelles dépenses devront être remboursées à l'entrepreneur (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 16 à 20).

28. Le contrat peut énoncer les conditions de paiement du prix de l'entretien. Des questions telles que la monnaie, le lieu et l'endroit du paiment peuvent être tranchées dans le contrat (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement"). Pour ce qui est de la date du paiement, le contrat peut stipuler que le paiement sera effectué dans un délai donné à compter de la présentation d'une facture par l'entrepreneur après l'achèvement de chaque opération d'entretien, accompagnée du rapport mentionné plus haut, au paragraphe 26.

E. Réparations

29. L'acquéreur a intérêt à conclure des arrangements contractuels qui garantissent que l'installation sera réparée rapidement en cas de panne. Dans bien des cas, l'entrepreneur est mieux placé qu'un tiers pour effectuer les réparations. En outre, si le contrat interdit à l'acquéreur de divulguer à des tiers la technique fournie par l'entrepreneur, le choix des tiers chargés d'effectuer les réparations risque de se limiter à ceux qui donneront à l'entrepreneur des assurances satisfaisantes en ce qui concerne la non-divulgation de sa technique. En revanche, si d'importantes composantes de l'équipement ont été fabriquées par des fournisseurs à l'intention de l'entrepreneur, l'acquéreur peut juger préférable de passer des contrats de réparation distincts avec ces fournisseurs étant donné qu'ils sont vraisemblablement mieux qualifiés pour réparer ces composantes. Lorsque l'on définit les obligations de réparation imposées à l'entrepreneur, il est bon de le faire clairement et de les distinguer des obligations de remédier aux vices de l'installation assumées par l'entrepreneur au titre des garanties de qualité (voir chap. V, "Description de l'installation et garantie de qualité", par. 26 à 31).

30. L'étendue des obligations en matière de réparations qui pourront être imposées à l'entrepreneur peut varier selon que l'acquéreur souhaite ou non effectuer lui-même certaines opérations de réparation (le remplacement de composantes secondaires d'équipements défectueux, par exemple). De plus, les obligations de réparation qui pourront être imposées à l'entrepreneur pendant la période couverte par la garantie de qualité peuvent être moins étendues que

celles qui lui seront imposées à l'expiration de cette période car tout fonctionnement défectueux sera couvert par l'obligation de remédier aux vices (voir le paragraphe précédent). Les obligations de l'entrepreneur ne peuvent pas être décrites en fonction de réparations précises car les réparations nécessaires dépendront de la nature de la panne. Même si l'acquéreur effectue lui-même certaines réparations, il peut néanmoins avoir besoin du concours de l'entrepreneur pour remettre l'installation en service après les réparations. Aussi l'acquéreur souhaitera-t-il peut-être envisager l'adoption d'une disposition exigeant de l'entrepreneur qu'il fournisse une telle assistance après une réparation effectuée par l'acquéreur.

31. Certaines réparations devant parfois être effectuées rapidement, il est souhaitable que le contrat indique clairement les procédures que devra suivre l'acquéreur pour demander à l'entrepreneur de les effectuer. Le contrat peut préciser la manière dont une panne doit être notifiée à l'entrepreneur (par téléscripteur ou par téléphone, par exemple) ainsi que la période suivant la notification au cours de laquelle l'entrepreneur doit inspecter la panne et commencer les réparations. Les parties peuvent convenir que les réparations seront effectuées sur la base du remboursement des coûts, c'est-à-dire que l'entrepreneur sera remboursé des dépenses raisonnables qu'il aura encourues pour effectuer les réparations, un montant donné venant s'y ajouter à titre d'honoraires. Le contrat peut aussi stipuler qu'en attendant que les réparations aient été effectuées l'acquéreur est habilité à utiliser l'installation ou des parties de l'installation dans la mesure où elles peuvent fonctionner et où ce fonctionnement ne gêne pas indûment les travaux de réparation.

32. Il arrive que certaines réparations n'aient pas à être effectuées immédiatement si l'installation reste opérationnelle malgré les vices existants. En pareil cas, le contrat peut obliger l'entrepreneur à soumettre un rapport exposant les réparations jugées nécessaires, contenant une estimation des coûts et proposant un calendrier pour les réparations (voir plus haut, par. 26). Sur la base de ce rapport, les parties pourront convenir des conditions dans lesquelles les réparations devront être effectuées. Les parties jugeront peut-être souhaitable de stipuler dans le contrat que lorsqu'un désaccord sur des questions techniques les empêche de convenir du calendrier des réparations, il sera fixé par un expert-arbitre (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21). Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le prix à payer à l'entrepreneur pour les réparations, le contrat peut stipuler que le paiement sera effectué sur la base du remboursement des coûts. Il est souhaitable que toute entente entre les parties relative aux réparations soit consignée par écrit.

33. Le contrat de construction peut fixer les conditions de paiement des réparations. Les questions relatives à la monnaie, à la date et au lieu de paiement peuvent être réglées par le contrat (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement"). En ce qui concerne la date du paiement, le contrat peut stipuler que le paiement sera effectué dans un délai déterminé après présentation par l'entrepreneur, une fois les réparations achevées, d'une facture accompagnée d'un rapport sur les réparations (voir plus loin, par. 34). Si l'entrepreneur est tenu d'inspecter une panne dans un bref délai à compter du moment où elle lui a été notifiée, les parties souhaiteront peut-être décider d'un commun accord à qui incombent les dépenses engagées par l'entrepreneur pour avoir à tout moment du personnel disponible pour une telle inspection. Les parties pourront peut-être spécifier les normes que l'entrepreneur doit observer lorsqu'il effectue des réparations (voir aussi plus haut, par. 25).

34. Il serait souhaitable que l'acquéreur reçoive la preuve que les réparations ont été dûment effectuées, et les parties peuvent convenir de la façon dont cette preuve sera fournie. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à soumettre, une fois les réparations achevées, un rapport exposant les causes de la panne, les travaux effectués et les matériaux utilisés pour les réparations. A l'appui de ce rapport, l'entrepreneur pourra être tenu de fournir des pièces indiquant le temps consacré par diverses catégories de personnel aux réparations, ainsi que les procédés employés. Dans certains cas, la preuve que les réparations ont été effectuées comme il convient peut être établie par une inspection des réparations à laquelle les parties procèdent de concert, tandis que dans d'autres cas, le fait que l'installation fonctionne de nouveau comme il convient suffira. Dans d'autres cas encore, la collaboration du personnel de l'acquéreur et du personnel de l'entrepreneur pendant les opérations de réparation évoquée ci-dessus, au paragraphe 27, à propos de l'entretien vaut preuve que la réparation a été effectuée comme il convient. Si les parties ne peuvent pas s'entendre sur le point de savoir si la réparation a été effectuée comme il convient ou non, le contrat peut stipuler que la question sera soumise pour règlement à un expert-arbitre (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 16 à 21).

35. Le contrat peut aussi obliger l'entrepreneur à fournir à l'acquéreur une garantie par laquelle il assume, à l'égard des réparations qu'il a effectuées, la responsabilité des vices qui sont décelés et lui sont notifiés avant l'expiration d'une période de garantie donnée pour les réparations. En outre, lorsque, à l'occasion de réparations, de nouveaux équipements sont installés ou de nouvelles pièces sont montées dans des équipements existants, l'entrepreneur pourra fournir une garantie de qualité pour ces pièces ou équipements neufs (voir plus haut, par. 19). Il peut être souhaitable de stipuler que si l'entrepreneur, lorsqu'il effectue les réparations, constate que d'autres réparations sont nécessaires, il sera tenu d'en informer l'acquéreur.

36. En règle générale, les réparations sont effectuées sur le chantier ou en un autre lieu du pays où l'installation est sise, mais dans quelques cas il peut être nécessaire d'envoyer un article dans le pays de l'entrepreneur pour qu'il y soit réparé. Le contrat peut obliger l'acquéreur à faire transporter l'article dans le pays de l'entrepreneur et à l'assurer jusqu'au moment où il est remis à l'entrepreneur. Le contrat peut obliger l'entrepreneur à aider l'acquéreur à prendre les dispositions requises (en le conseillant sur la meilleure manière d'emballer l'article ou en obtenant pour lui les licences d'importation qui peuvent être nécessaires dans son pays, par exemple). L'entrepreneur peut être tenu de faire transporter l'article, une fois réparé, dans le pays de l'acquéreur et de l'assurer si besoin est. Il est souhaitable que le contrat précise quelle partie assumera les risques et les dépenses liés au transport ainsi que le coût de l'assurance couvrant ces risques. Le contrat peut aussi obliger les parties à collaborer pour toutes les opérations liées au transport (dédouanement, par exemple).

F. Exploitation

37. Il est souhaitable que le contrat définisse avec soin l'étendue de toute obligation imposée à l'entrepreneur en ce qui concerne l'exploitation technique de l'installation. Pour ce faire, l'acquéreur et l'entrepreneur jugeront peut-être utile d'établir, en se consultant, un organigramme indiquant le personnel clef

qui est nécessaire à l'exploitation technique de l'installation et les fonctions dont s'acquittera chaque membre de ce personnel. Les postes qu'occupera le personnel employé par l'entrepreneur pourront alors être circonscrits et les qualifications et l'expérience des intéressés spécifiées. Les fonctions assignées aux postes devant être occupés par des employés de l'entrepreneur doivent être définies avec un soin particulier. Lorsqu'elles décident quel est le personnel dont les services seront fournis par l'entrepreneur, les parties devront tenir compte de toute règle impérative concernant l'emploi de personnel étranger qui peuvent s'appliquer dans le pays de l'acquéreur.

38. En vue d'éviter toute friction par souci d'efficacité, il est souhaitable que l'autorité qui sera exercée par le personnel de chacune des parties sur le personnel de l'autre partie soit clairement définie. Ainsi, il peut se révéler nécessaire que le directeur général de l'installation employé par l'acquéreur donne certaines directives aux ingénieurs employés par l'entrepreneur. Inversement, l'ingénieur employé par l'entrepreneur peut avoir à donner des directives à des ingénieurs subalternes employés par l'acquéreur. Les parties souhaiteront peut-être convenir d'une procédure par laquelle une partie pourra contester, pour des motifs spécifiés, des instructions données à son personnel par le personnel de l'autre partie. En outre, les parties pourront souhaiter convenir d'une procédure pour régler les plaintes de l'une des deux parties envers l'autre (incompétence, inefficacité ou inobservation de directives, par exemple). Cette procédure pourrait, par exemple, consister en une enquête confiée à une commission d'enquête composée d'un cadre supérieur de chacune des parties. Le contrat peut stipuler que, si des plaintes graves précises contre des employés se révèlent justifiées, la partie qui a engagé ces employés devra les remplacer à ses frais dans un délai donné. En outre, le contrat peut autoriser l'acquéreur à exiger de l'entrepreneur qu'il remplace l'un quelconque de ses employés, même s'il n'a pas été établi que l'intéressé a fait l'objet d'une plainte justifiée. Les parties voudront peut-être déterminer comment les dépenses résultant d'un tel remplacement seront réparties entre elles.

39. Si, avant la conclusion du contrat, il est possible de procéder à une estimation raisonnable des dépenses qu'aura à engager l'entrepreneur pour assurer les services liés à l'exploitation qu'il est tenu de fournir, le prix de ces services pourra être indiqué dans le contrat sous la forme d'un montant forfaitaire couvrant toutes les obligations assumées par l'entrepreneur au cours d'une période donnée. Une autre solution pourrait consister à combiner le paiement de montants fixés par avance et la méthode du remboursement des dépenses (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 2). Des montants fixés par avance peuvent être versés pour les chefs de dépense pour lesquels il est possible de faire des estimations raisonnables (les salaires du personnel chargé de l'exploitation de l'installation et les frais de logement et de voyage, par exemple), tandis que pour les autres chefs de dépense, on appliquera la méthode du remboursement des dépenses. Lorsque les tâches opérationnelles exécutées par l'entrepreneur sont étroitement liées à la productivité et à la rentabilité de l'installation, l'acquéreur pourra souhaiter envisager le versement à l'entrepreneur d'un intéressement (représentant un pourcentage donné de la valeur du chiffre d'affaires annuel, par exemple), sous réserve qu'un intéressement soit également versé par l'acquéreur à ses propres employés. Il est souhaitable que les conditions de paiement applicables (monnaie dans laquelle le paiement sera effectué et lieu et date du paiement, par exemple) soient réglées par le contrat (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement").

G. Moyens que l'acquéreur peut employer pour aider l'entrepreneur à fournir les services requis

40. L'acquéreur peut s'engager à faciliter de la manière indiquée au contrat les travaux d'entretien, de réparation et d'exploitation de l'installation dont l'entrepreneur est chargé. C'est ainsi que l'acquéreur peut s'engager à aider l'entrepreneur à obtenir des visas ou des permis de travail pour son personnel, à lui permettre d'accéder sans risque à l'installation, à l'informer des modifications apportées à la construction initiale qui peuvent influer sur l'entretien, les réparations et l'exploitation de l'installation, et à l'informer des règles de sécurité impératives et autres que les parties doivent observer pendant les opérations d'entretien, de réparation et d'exploitation. L'acquéreur souhaitera peut-être fournir lui-même l'équipement et les matériaux nécessaires à l'entretien et aux réparations qui sont disponibles localement dans la mesure où cela peut permettre de réduire les coûts. Dans cette hypothèse, le contrat pourra indiquer les équipements et matériaux que l'acquéreur s'engage à fournir. En outre, l'acquéreur souhaitera peut-être envisager de fournir d'autres prestations au personnel de l'entrepreneur, en matière de logement et de transport, par exemple. Dans ce cas, il est souhaitable que le contrat détermine comment le coût de ces prestations sera réparti entre les parties.

H. Date à laquelle prennent naissance les obligations des parties et durée de ces obligations

41. Il est souhaitable que le contrat spécifie à quel moment prennent naissance les obligations assumées par l'entrepreneur quant à la fourniture de pièces de rechange, à l'entretien, aux réparations et à l'exploitation de l'installation. En ce qui concerne la fourniture de pièces de rechange, on se rapportera aux paragraphes 13 et 14. La date à laquelle prennent naissance les obligations d'entretien peut être fonction d'autres obligations assumées par l'entrepreneur. Ainsi, si l'entrepreneur a assumé l'entière responsabilité de l'exploitation de l'installation pendant une période spécifiée après la réception de l'installation par l'acquéreur et que cette responsabilité inclut l'entretien, des obligations supplémentaires d'entretien pourront prendre naissance à l'expiration de cette période. Les obligations en matière de réparations peuvent commencer à la date de prise en charge de l'installation par l'acquéreur. La date à laquelle prennent naissance les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne l'exploitation de l'installation peut être fixée en fonction des autres conditions qui doivent être remplies avant que l'installation ne puisse commencer à fonctionner (disponibilité du personnel qui sera employé par l'acquéreur, par exemple).

42. Il peut arriver que les parties aient des difficultés à déterminer la durée des obligations relatives à la fourniture de pièces de rechange et à l'entretien, aux réparations et à l'exploitation. L'une des solutions possibles consiste à stipuler que ces obligations dureront pendant une période donnée relativement longue, voire pendant une période couvrant la vie utile de l'installation. Cette solution pourrait être retenue si l'acquéreur estime que ni lui ni d'autres entreprises de son pays ne seront à même de fabriquer les pièces de rechange ou de fournir les services en question dans un court délai après la prise en charge de l'installation. Une deuxième solution consiste à stipuler que les obligations

dureront pendant une période donnée relativement courte et qu'elles seront prorogées automatiquement pour de nouvelles périodes de même durée, à moins que leur prorogation ne soit impossible (voir plus loin, par. 44). Si les obligations de l'entrepreneur s'étendent sur une courte période et que l'acquéreur souhaite qu'elles se prolongent après l'expiration de ladite période, il devra négocier cette prorogation. Cette solution risque toutefois de placer l'acquéreur dans une situation difficile si l'entrepreneur refuse la prorogation des obligations.

43. Il peut être souhaitable que le contrat institue des mécanismes permettant de modifier les obligations imposées à l'entrepreneur en ce qui concerne les pièces de rechange, l'entretien, les réparations et l'exploitation, en particulier quant à leur portée et au prix que l'acquéreur doit acquitter. Il se peut que l'acquéreur renforce son potentiel et souhaite alors fournir lui-même certaines pièces de rechange ou services initialement fournis par l'entrepreneur. Inversement, il peut apparaître durant l'exploitation de l'installation que l'acquéreur n'est pas en mesure de fournir certaines pièces de rechange ou certains services qu'il avait cru pouvoir fournir, et il pourra alors souhaiter que l'entrepreneur les fournisse à sa place. Tout changement de l'étendue des obligations assumées par l'entrepreneur entraînera généralement un ajustement du prix. Aussi le contrat peut-il stipuler que l'étendue des obligations et le prix seront revus périodiquement et déterminés d'un commun accord par les parties (tous les deux ans pour la durée des obligations ou à chaque prorogation des obligations, par exemple) et que l'acquéreur aura le droit, lors de cette révision, de demander une réduction ou une augmentation de l'étendue des obligations. Le contrat peut stipuler que l'entrepreneur n'est pas tenu de donner suite à une demande de services accrus s'il n'a pas le potentiel voulu pour les fournir.

44. Même lorsque l'étendue des obligations de l'entrepreneur n'est pas modifiée lors d'une révision périodique, il peut se révéler nécessaire de revoir le prix à acquitter du fait que le coût des biens et services qui sont nécessaires pour s'acquitter des obligations en question s'est modifié. Les parties souhaiteront peut-être stipuler qu'à chaque révision périodique, les modifications seront prises en considération et un nouveau prix convenu, s'il y a lieu. Ou bien les parties pourront lier le prix à acquitter à un indice approprié, s'il en existe un. En pareil cas, le prix sera automatiquement révisé sur la base des fluctuations de l'indice (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 49 à 55). Cet indice devra être construit en fonction des caractéristiques propres de l'obligation en question. En règle générale, il ne convient pas d'adopter pour les obligations de l'entrepreneur qui font l'objet du présent chapitre le même indice que celui qui sert à réviser le prix de la construction de l'installation.

I. Résiliation

45. Les parties peuvent aussi souhaiter stipuler comment prendront fin les obligations concernant la fourniture des pièces de rechange, l'entretien, les réparations et l'exploitation. Lorsque la durée de ces obligations consiste en une période donnée relativement longue (voir plus haut, par. 42), le contrat peut autoriser l'acquéreur à mettre fin aux obligations avant l'expiration de cette période par notification écrite adressée à l'entrepreneur. Le contrat peut stipuler que les obligations en question prendront fin à l'expiration d'un délai spécifié à compter de la remise de la notification par l'acquéreur. Ce délai devrait être suffisamment long pour permettre à l'entrepreneur de se dégager sans

préjudice des arrangements qu'il aura pris pour s'acquitter de ses obligations. On pourrait stipuler, pour protéger un peu plus l'entrepreneur, qu'il ne pourra être mis fin aux obligations qu'après que l'entrepreneur aura assuré le service en question pendant une période déterminée. Lorsque la durée des obligations consiste en une période déterminée susceptible d'être prorogée automatiquement (voir plus haut, par. 42), le contrat peut stipuler que l'acquéreur a la faculté de refuser la prorogation en adressant à l'entrepreneur une notification écrite de non-prorogation dans un délai déterminé avant la fin de la durée initiale ou prorogée des obligations de l'entrepreneur, selon le cas. Que la durée des obligations consiste en une période déterminée unique relativement longue ou en des périodes plus courtes successivement reconduites, l'acquéreur peut, en outre, se voir reconnaître le droit de mettre fin à son gré aux obligations à des moments autres que ceux qui sont mentionnés ci-dessus, sous réserve du paiement d'une indemnité si la résiliation entraîne un préjudice pour l'entrepreneur (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 17 et 18). L'acquéreur peut souhaiter se voir reconnaître ce droit pour faire face à la situation nouvelle devant laquelle il se trouve lorsqu'il est inopinément en mesure d'obtenir d'autres fournisseurs à moindres frais les pièces de rechange et les services que lui fournissait l'entrepreneur; il ne devrait pas toutefois être en droit d'annuler des commandes qui auraient déjà été passées au moment où le contrat est résilié (voir plus haut, par. 18). Le contrat peut aussi stipuler que toute partie peut résilier le contrat en cas d'inexécution spécifiée imputable à l'autre partie, tel que le retard dans l'exécution pendant une période déterminée ou le non-respect des normes de fonctionnement définies dans le contrat. En outre, il pourra être stipulé que toute partie peut résilier le contrat en cas de faillite ou d'insolvabilité de l'autre partie ou lorsque l'autre partie se trouve empêchée de s'acquitter de ses obligations pendant une période spécifiée en raison d'empêchements exonératoires (voir chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 22).

J. Recours autres que la résiliation

46. Les parties peuvent aussi souhaiter prévoir dans le contrat un ensemble de recours autres que la résiliation en cas d'inexécution imputable à l'une des parties quant à la fourniture de pièces de rechange, à l'entretien, aux réparations et à l'exploitation. Elles peuvent souhaiter choisir les recours convenant aux obligations en question parmi ceux qui sont définis dans le *Guide* en cas d'inexécution des obligations de construction (voir chap. XVIII, "Retards, vices et autres cas d'inexécution", chap. XIX, "Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales", et chap. XX, "Dommages-intérêts"). Ou bien, elles peuvent décider que les recours seront fixés par la loi applicable au contrat.

Notes du chapitre XXVI

[1]La Commission économique pour l'Europe a élaboré un guide sur la rédaction des contrats internationaux de services concernant l'entretien, la réparation et l'exploitation des entreprises industrielles et autres; ce guide aidera les parties à rédiger un contrat ou des contrats séparés ayant trait à l'entretien, aux réparations et à l'exploitation (document ECE/TRADE/154).

[2]Les termes commerciaux peuvent être définis par référence aux *Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS)* établies par la Chambre de commerce internationale (CCI) (publication de la CCI n° 350, 1980).

Chapitre XXVII. Transfert des droits et obligations contractuels

RÉSUMÉ

Le transfert de droits et obligations contractuels, au sens du présent chapitre, englobe en premier lieu le transfert du contrat dans sa totalité, acte par lequel une nouvelle partie est substituée à une des parties initiales au contrat, ainsi que le transfert de droits et obligations contractuels donnés (par. 1 à 4).

Les parties pourront juger souhaitable de n'autoriser une partie à transférer le contrat dans sa totalité, ou certaines obligations contractuelles, qu'avec l'assentiment écrit de la partie non transférante (par. 5 et 6). Les parties pourront aussi souhaiter que le transfert de droits contractuels ne puisse se faire que si l'autre partie y consent, ou du moins n'y fait pas objection. Une exception pourra être faite pour le transfert de certains droits contractuels, par exemple un transfert par l'entrepreneur de son droit de recevoir des paiements de l'acquéreur (par. 7).

Le contrat peut comporter des dispositions visant à préserver les intérêts de la partie non transférante, par exemple une disposition stipulant qu'en cas de transfert par l'entrepreneur de son droit à obtenir paiement de l'acquéreur, celui-ci aura les mêmes droits à compensation que ceux que lui donne le contrat de construction pour ce qui est des paiements à verser à l'entrepreneur. De plus, lorsqu'un transfert ne peut se faire qu'avec l'assentiment de la partie non transférante, les parties voudront peut-être stipuler que, lors du transfert, la partie transférante doit respecter toute condition dont l'assentiment est assorti. Le contrat peut exiger de la partie transférante qu'elle avise par écrit du transfert la partie non transférante (par. 8 à 11).

Il peut être bon que le contrat spécifie les conséquences d'un transfert effectué en violation des dispositions du contrat (par. 12).

A. Remarques générales

1. Le transfert de droits et obligations contractuels, au sens qui lui est donné dans le présent chapitre, comprend, en premier lieu, le transfert du contrat dans sa totalité, acte par lequel une nouvelle partie est substituée à une des parties initiales au contrat, ainsi que le transfert d'obligations et droits contractuels donnés. Dans le *Guide*, on a établi une distinction entre, d'une part, le transfert du contrat dans sa totalité ou d'obligations contractuelles données et, d'autre part, le transfert de droits contractuels.

2. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles régissant le droit qu'a une partie de procéder à de tels transferts et définissant les effets juridiques

de ces transferts. Les parties ont en général la faculté d'énoncer dans le contrat à quelles conditions un transfert est possible. Ce faisant, les parties devraient néanmoins tenir compte de toute disposition impérative de la loi applicable (par exemple, la soumission de tout transfert à l'approbation d'un organisme public) pouvant limiter le droit à transfert ou en réglementer les effets juridiques.

3. Le présent chapitre traite du transfert volontaire par une partie du contrat ou de droits et obligations en découlant et non des transferts de plein droit. Des questions telles que la succession, la fusion et la réorganisation des parties, qui supposent des transferts de droits et obligations contractuels, sont en général régies par la loi applicable et ne sont donc pas traitées dans le présent chapitre. En outre, lorsqu'un Etat est partie au contrat, il décide quelle entreprise publique exécutera le contrat et il n'y a pas transfert lors de la nomination ou du remplacement de l'entreprise exécutante. La sous-traitance, telle qu'elle est conçue dans le *Guide*, ne constitue pas un transfert d'obligations et est traitée séparément (voir chap. XI, "Sous-traitance", par. 1).

4. Lorsqu'elles étudieront les conditions régissant le transfert du contrat ou de droits et obligations en découlant, les parties devront garder présent à l'esprit l'effet qu'aura un tel transfert sur les droits et obligations contractuels que peut avoir l'une ou l'autre partie envers un tiers. Par exemple, si un tiers s'est porté garant de l'entrepreneur dans le cadre d'une garantie de bonne exécution, un transfert des obligations de l'entrepreneur faisant l'objet de la garantie sans l'assentiment du garant risque d'entraîner la nullité de la garantie. Il est par suite souhaitable d'obtenir l'assentiment du garant avant de transférer les obligations découlant du contrat.

B. Transfert de la totalité du contrat ou d'obligations contractuelles

5. La relation contractuelle entre les parties à un contrat de construction se fonde en général sur la confiance mutuelle. L'acquéreur choisit en général un entrepreneur pour ses compétences et son expérience, sa réputation, son assise financière et autres qualités similaires qui lui sont propres. Des problèmes sérieux pourraient se poser à l'acquéreur si, par exemple, l'entrepreneur pouvait transférer le contrat ou certaines de ses obligations à un tiers n'ayant pas les mêmes compétences ni la même expérience que lui. De même, l'acquéreur pourrait subir un préjudice si l'entrepreneur effectuait un tel transfert en faveur d'une filiale n'ayant pas de ressources ou d'avoirs financiers propres qui permettraient de dédommager l'acquéreur en cas de défaut d'exécution. L'entrepreneur quant à lui pourrait se trouver désavantagé si le contrat, ou l'obligation contractuelle de l'acquéreur en matière de paiement étaient transférés par l'acquéreur à une personne qui ne serait pas à même de continuer à effectuer les paiements requis.

6. Pour ces raisons, les parties pourront juger bon de stipuler qu'une partie ne pourra transférer le contrat, ou des obligations contractuelles données, qu'avec l'assentiment écrit de la partie non transférante. Ainsi, le contrat peut obliger la partie transférante à aviser par écrit la partie non transférante de son intention de procéder au transfert en indiquant si la totalité du contrat doit être transférée ou quelles obligations seront transférées, le nom et l'adresse du bénéficiaire envisagé et la date à laquelle le transfert sera effectif. Le contrat

peut interdire à la partie transférante de procéder au transfert si la partie non transférante n'y consent pas par écrit.

C. Transfert de droits contractuels

7. Les parties pourront aussi souhaiter stipuler que le transfert de droits contractuels donnés sera soumis à l'assentiment écrit de la partie non transférante (voir plus haut, par. 6). Il est possible de même de stipuler que la partie transférante sera habilitée à effectuer le transfert à moins que, dans un délai donné à compter de la remise par la partie transférante d'une notification écrite à l'autre partie lui faisant part de son intention d'effectuer le transfert, la partie non transférante n'avise par écrit la partie transférante de son opposition au transfert envisagé, fondée sur des motifs raisonnables. Ces motifs raisonnables peuvent être les suivants : la partie non transférante peut être empêchée, du fait du transfert, de s'acquitter de l'obligation correspondante, ou le droit transféré est si étroitement lié à une obligation que ce transfert risque d'en empêcher l'exécution. Tout litige entre les parties quant au caractère raisonnable de ces motifs pourra être réglé conformément aux dispositions du contrat relatives au règlement des litiges (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges"). Les parties pourront toutefois souhaiter spécifier dans quels cas le transfert de certains droits contractuels ne sera soumis à aucune de ces deux conditions restrictives : assentiment ou absence d'objection raisonnable. Dans certains cas, le contrat pourra stipuler qu'il n'est pas nécessaire que l'acquéreur consente au transfert par l'entrepreneur de son droit à obtenir paiement de l'acquéreur[1]. Les entrepreneurs ont souvent besoin d'effectuer de tels transferts pour emprunter des fonds ou obtenir le financement requis pour acheter des équipements et fournitures, pour payer leur main-d'œuvre ou couvrir d'autres dépenses liées à l'exécution du contrat, ou encore pour bénéficier d'un plan d'assurance-crédit à l'exportation.

D. Autres dispositions destinées à protéger les intérêts des parties

8. Diverses autres dispositions peuvent être incorporées au contrat afin de protéger les intérêts des parties en cas de transfert de la totalité du contrat ou de droits ou obligations contractuels donnés. Ces diverses dispositions sont traitées dans les paragraphes ci-après.

9. Lorsque le contrat ou certains droits ou obligations contractuels donnés sont transférés, il arrive qu'en vertu de la loi applicable la partie non transférante n'ait pas envers le bénéficiaire les mêmes droits que ceux qu'elle avait envers la partie transférante en vertu du contrat de construction. Par suite, le contrat pourra comporter des dispositions visant à faire en sorte que pour ce qui est du contrat ou des droits ou obligations transférés, la partie non transférante ne subisse pas de préjudice du fait du transfert. Par exemple, le contrat de construction peut stipuler qu'en cas de transfert par l'entrepreneur de son droit à obtenir paiement de l'acquéreur, ce dernier aura des droits à réparation identiques à ceux qu'il avait en vertu du contrat de construction pour ce qui est des paiements à verser à l'entrepreneur. Il peut être bon d'inclure de telles dispositions dans le contrat de construction, que le transfert soit ou non soumis à des conditions restrictives : autorisation ou, dans le cas du transfert de droits, absence d'objection de la partie non transférante.

10. En outre, lorsque le contrat n'autorise pas un transfert sans assentiment préalable de la partie non transférante, cette dernière pourra souhaiter que son consentement soit assorti de certaines conditions. Par exemple, lorsqu'en vertu de la loi applicable, un transfert du contrat libère la partie transférante de ses obligations contractuelles, la partie non transférante pourra souhaiter ne donner son accord qu'à la condition que la partie transférante garantisse l'exécution de ses obligations par le bénéficiaire. Les parties pourront souhaiter stipuler dans leur contrat que tout transfert accepté à certaines conditions doit se conformer auxdites conditions[2].

11. Il est important pour la partie non transférante de savoir quand le transfert a été effectué. Qu'il soit ou non nécessaire que la partie non transférante consente au transfert envisagé ou n'y fasse pas objection, il est bon que cette dernière ait confirmation que le transfert a bien été effectué. Le contrat peut donc exiger de la partie transférante qu'elle avise par écrit l'autre partie du transfert, de la date à laquelle celui-ci est devenu ou deviendra effectif et de l'identité du bénéficiaire. Le contrat peut en outre stipuler que, tant qu'elle n'a pas reçu de notification, la partie non transférante est en droit de considérer la partie transférante comme la seule personne jouissant de droits ou tenue de s'acquitter d'obligations en vertu du contrat[3].

E. Conséquences d'un transfert effectué en violation du contrat

12. Il peut être bon que le contrat régisse les conséquences d'un transfert effectué en violation des dispositions du contrat de construction. Le contrat peut stipuler que le transfert sera sans effet entre la partie transférante et la partie non transférante et, pour ce qui est des droits et obligations censés avoir été transférés, que la partie transférante reste liée par toutes les obligations qui lui sont imposées en vertu du contrat de construction et par tous les droits dont jouit à ce titre la partie non transférante[4]. Les parties pourront aussi souhaiter inclure dans leur contrat une disposition autorisant la partie non transférante à résilier le contrat lorsque la partie transférante a violé les dispositions contractuelles régissant le transfert. Le contrat peut également autoriser la partie non transférante à demander des dommages-intérêts à la partie transférante pour tout préjudice subi du fait d'un transfert effectué en violation du contrat (voir chap. XX, "Dommages-intérêts").

Notes du chapitre XXVII

[1] *Dispositions données à titre d'exemples*

"1. Sous réserve des dispositions ci-après, aucune partie ne peut transférer l'un quelconque de ses droits ou obligations découlant du présent contrat à un tiers.

"2. Toute partie désireuse de transférer l'un quelconque de ses droits ou obligations découlant du contrat avise par écrit la partie non transférante de son intention d'effectuer le transfert en précisant les droits ou obligations à transférer, le nom et l'adresse du bénéficiaire et la date à laquelle le transfert sera effectif.

"3. [Variante 1] La partie désireuse de transférer l'une quelconque de ses obligations [ou l'un quelconque de ses droits] découlant du contrat n'est autorisée à le faire que si la partie non transférante y consent par écrit et uniquement à compter du moment où elle donne son consentement.

"[Variante 2] La partie désireuse de transférer l'un quelconque de ses droits découlant du contrat est autorisée à le faire à l'expiration d'un délai de [ ] jours après la remise à la partie non transférante de la notification mentionnée au paragraphe 2 du présent article, à moins que, dans ledit délai de [ ] jours, la partie non transférante n'avise par écrit la partie désireuse d'effectuer le transfert de son opposition au transfert, fondée sur des motifs raisonnables. Tout litige entre les parties quant au caractère raisonnable des motifs de l'opposition peut faire l'objet, de la part de l'une ou l'autre partie, d'une demande de règlement conformément [aux dispositions du contrat relatives au règlement des litiges].

"4. Toutefois, l'entrepreneur peut transférer son droit à recevoir paiement de l'acquéreur en application du contrat aux fins d'emprunter des fonds ou d'obtenir un financement d'une banque ou d'une autre institution financière ou de bénéficier d'un plan d'assurance-crédit à l'exportation, ou à des fins similaires, nonobstant les dispositions des paragraphes 2 ou 3 du présent article."

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Lorsqu'en vertu du présent contrat, un transfert par une partie est soumis à l'assentiment de la partie non transférante, cette dernière peut stipuler que le transfert ne pourra être effectué qu'à certaines conditions et, lors du transfert, la partie transférante devra respecter ces conditions."

[3]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Lorsqu'une partie transfère l'un quelconque de ses droits ou obligations découlant du contrat, elle doit aviser la partie non transférante des droits et obligations à transférer, du nom et de l'adresse du bénéficiaire et de la date à laquelle le transfert est devenu ou deviendra effectif et, tant qu'elle n'en a pas été notifiée, la partie non transférante est en droit de considérer la partie transférante comme la seule personne jouissant des droits découlant du présent contrat ou liée par les obligations qui en découlent."

[4]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"Si une partie transfère l'un quelconque de ses droits ou obligations découlant du contrat en violation des dispositions du contrat, le transfert ne produit aucun effet entre la partie transférante et la partie non transférante et, pour ce qui est des droits censés avoir été transférés, la partie transférante reste liée par toutes les obligations qui lui incombent en vertu du contrat et par tous les droits dont jouit à ce titre la partie non transférante."

Chapitre XXVIII. Choix de la loi applicable

RÉSUMÉ

Les parties peuvent, sous certaines réserves, choisir les règles juridiques qui régiront leurs obligations contractuelles mutuelles (par. 1 à 3). Si elles omettent d'opérer ce choix, deux facteurs risquent d'être source d'incertitude quant aux règles applicables. Premièrement, il se peut que les tribunaux de plusieurs pays soient compétents pour trancher les litiges entre les parties. Etant donné que chaque tribunal appliquera les règles de droit international privé de son propre pays, il se peut que plusieurs systèmes de droit international privé déterminent la loi applicable au contrat. Deuxièmement, même si l'on sait quel système de droit international privé déterminera la loi applicable au contrat, les règles de ce système sont parfois trop générales pour qu'il soit possible de déterminer avec une certitude raisonnable la loi applicable (par. 4 à 6).

Aussi les parties tiendront-elles peut-être à prévoir, dans la clause désignant la loi applicable, que la loi de tel ou tel pays régira leur contrat. Des difficultés risquent de surgir dès lors que les parties décident de prendre pour loi applicable à leur contrat, non pas la loi de tel ou tel pays, mais des principes généraux de droit ou des principes communs à certains systèmes juridiques (par. 9).

Souvent, les parties voudront ériger en loi applicable celle du pays où l'installation doit être construite. Parfois, elles tiendront à choisir la loi du pays de l'entrepreneur ou celle d'un pays tiers (par. 11). S'agissant de pays où plusieurs systèmes juridiques sont applicables aux contrats (par exemple, certains Etats fédéraux), il y a peut-être lieu de préciser lequel de ces systèmes sera applicable (par. 12). Certains facteurs peuvent être pertinents au regard du choix de la loi (par. 13).

Même dans les cas où les règles du droit international privé autorisent les parties à stipuler que les règles juridiques de différents systèmes juridiques s'appliqueront à différents droits et obligations découlant du contrat, il sera peut-être préférable de choisir un système juridique unique appelé à régir l'ensemble des droits et obligations (par. 14). Si les parties tiennent à ce que la loi applicable au contrat soit constituée des règles en vigueur à la date à laquelle le contrat est conclu, compte non tenu des modifications qui pourraient être apportées ultérieurement à ces règles, elles peuvent le stipuler dans le contrat. Ces dispositions seront toutefois inopérantes si les modifications ont un caractère rétroactif impératif (par. 15).

Différentes conceptions peuvent présider à la rédaction d'une clause désignant la loi applicable. On peut, par exemple, se contenter de stipuler que le contrat sera régi par la loi choisie. On peut aussi stipuler que la loi choisie régira le contrat et énumérer à titre indicatif les questions qu'elle est censée régir. On peut enfin stipuler que la loi choisie ne régira que les questions qui y sont énumérées (par. 16).

Si plusieurs entrepreneurs sont appelés à participer aux travaux de construction, il est souhaitable que l'acquéreur choisisse la même loi applicable à tous les contrats qu'il conclut avec tous les entrepreneurs. Il est bon aussi que l'entrepreneur choisisse cette même loi pour l'ensemble des contrats qu'il conclut avec les sous-traitants et les fournisseurs (par. 19).

Les parties voudront peut-être noter qu'elles ont la faculté d'appliquer au contrat de construction la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et adopter des dispositions pertinentes à cette fin (par. 20 et 21).

Outre les règles juridiques applicables au contrat en vertu de la loi choisie par les parties ou en vertu des règles de droit international privé, certaines règles impératives de caractère administratif ou public en vigueur dans le pays des parties peuvent influer sur certains aspects de la construction. Les parties devraient prendre ces règles en considération en établissant le contrat (par. 2 et 22). Certaines de ces règles visent les aspects techniques de l'installation à construire, d'autres interdisent ou limitent les exportations, les importations, le transfert des techniques et le règlement en devises, cependant que d'autres encore imposent des droits de douane et des taxes aux activités liées à la construction de l'installation (par. 23 à 25).

A. Remarques générales

1. Dans le *Guide*, les règles juridiques qui régissent les obligations contractuelles mutuelles des parties sont dénommées "loi applicable au contrat". Les parties peuvent avoir un certain droit de regard sur l'application de ces règles du fait que de nombreux systèmes juridiques les autorisent à choisir par voie d'accord la loi applicable au contrat. Certains systèmes juridiques limitent cette faculté de choix (voir plus loin, par. 7).

2. Quelle que soit la loi applicable au contrat, les règles juridiques de caractère administratif ou public en vigueur dans le pays des parties et dans le pays où l'installation est construite (si ce pays n'est pas le même que celui de l'acquéreur) peuvent influer sur tel ou tel aspect de la construction. Ces règles juridiques peuvent, dans l'intérêt public, réglementer certaines questions comme, par exemple, les normes de sécurité à respecter en matière de construction, la protection de l'environnement, les restrictions à l'importation et à l'exportation et le contrôle des changes, les droits de douane et les taxes (voir plus loin, par. 22 à 25).

3. De surcroît, la mesure dans laquelle les parties ont la faculté de décider que telles ou telles questions seront régies par la loi choisie peut être limitée. Par exemple, quelle que soit la loi que les parties ont choisi d'appliquer au contrat, la loi du pays où se trouvent les équipements et les matériaux peut régir le transfert de la propriété de ces biens, cependant que celle du pays où le chantier est situé peut régir le transfert de la propriété de l'installation (voir chap. XV, "Transfert de la propriété des biens", par. 3). La question de savoir quel est le système juridique dont les règles de procédure régiront la procédure judiciaire ou arbitrale de règlement des litiges nés du contrat est examinée au chapitre XXIX, "Règlement des litiges", paragraphes 8, 33 et 52.

B. Choix de la loi applicable au contrat

4. Il est souhaitable que les parties choisissent la loi qui s'appliquera au contrat. Si elles omettent de le faire, il risque d'y avoir incertitude quant à la loi applicable et les parties pourront difficilement se conformer aux règles juridiques pertinentes en s'acquittant de leurs obligations contractuelles. L'incertitude imputable à l'absence de choix d'une loi tient à deux facteurs.

5. Premièrement, la loi applicable au contrat est déterminée par l'application des règles de droit international privé d'un système juridique national. Lorsqu'un litige né du contrat ou de son exécution est appelé à être réglé dans le cadre d'une procédure judiciaire, les règles de droit international privé appliquées par le tribunal qui tranche le litige détermineront la loi applicable au contrat. Tout tribunal appliquera les règles de droit international privé de son propre pays. Si aucune clause de compétence exclusive n'a été adoptée dans le cadre du contrat (voir chap. XXIX, "Règlement des litiges", par. 52), les tribunaux de plusieurs pays pourront être compétents pour trancher les litiges surgis entre les parties, si bien qu'il se peut que plusieurs systèmes de droit international privé déterminent la loi applicable au contrat. Lorsque des litiges sont appelés à être réglés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral décidera de la loi applicable. A moins que les parties n'aient choisi la loi applicable au contrat, il pourra parfois être difficile de prévoir quelle loi sera érigée en loi applicable au contrat sur la base d'un système de droit international privé que le tribunal arbitral jugera approprié.

6. Le deuxième facteur d'incertitude quant à la loi applicable au contrat tient à ce que même si l'on sait quel système de droit international privé déterminera cette loi, les règles de ce système risquent d'être trop générales ou trop floues pour qu'il soit possible de déterminer avec une certitude raisonnable la loi applicable au contrat de construction.

7. La mesure dans laquelle les parties sont autorisées à choisir la loi applicable au contrat est fonction des règles du système pertinent de droit international privé. Dans certains systèmes de droit international privé, l'autonomie des parties est limitée, puisqu'elles ne sont autorisées à choisir qu'un système juridique présentant quelque lien avec le contrat, comme par exemple le système juridique du pays de l'une des parties ou celui du lieu d'exécution. Etant donné qu'un tribunal appelé à trancher un litige appliquera les règles de droit international privé en vigueur dans son pays, les parties devraient choisir une loi qui serait confirmée par les règles du droit international privé des pays dont les tribunaux pourraient avoir compétence pour trancher leurs litiges. Si les parties adoptent une clause de compétence exclusive, elles devraient veiller tout particulièrement à ce qu'un tribunal de la juridiction choisie confirme leur choix d'une loi.

8. Dans d'autres systèmes de droit international privé, les parties sont autorisées à choisir, sans ces restrictions, la loi applicable au contrat. Si un litige est réglé par voie d'arbitrage, les arbitres appliqueront normalement la loi choisie par les parties.

9. D'une façon générale, il est souhaitable que les parties décident que la loi d'un pays déterminé régira leur contrat. Il est en effet possible que les règles de droit international privé d'un pays où une action en justice pourrait être engagée ne reconnaissent pas comme valable le choix de principes généraux de

droit ou de principes communs à plusieurs systèmes juridiques (par exemple, ceux des pays des deux parties). Quand bien même un tel choix serait valable, il pourrait être difficile de circonscrire des principes de droit de nature à régler des litiges du type de ceux auxquels un contrat de construction donne lieu. Il n'en reste pas moins qu'un tel choix peut se révéler pratique et réalisable dans certaines circonstances.

10. Dans de nombreux systèmes juridiques, une clause désignant la loi applicable est interprétée comme ne s'étendant pas à l'application des règles de droit international privé du système juridique choisi, même si la clause ne prévoit pas expressément une telle interprétation. Si toutefois cette interprétation n'est pas évidente, les parties tiendront peut-être à préciser dans la clause que les règles juridiques de fond du système juridique qu'elles ont retenu s'appliqueront au contrat. Sinon, le choix du système juridique risque d'être interprété comme s'étendant aux règles de droit international privé de ce système, qui pourraient prévoir que les règles de fond d'un autre système juridique s'appliqueront au contrat.

11. Dans nombre de cas, les parties souhaiteront peut-être choisir comme loi applicable au contrat celle du pays où l'installation doit être construite ou celle du pays de l'acquéreur, si ce pays n'est pas le même que celui où l'installation sera construite. Dans certains contrats de construction, les parties voudront peut-être choisir la loi du pays de l'entrepreneur. Dans d'autres, elles préféreront retenir la loi d'un pays tiers connue des deux parties et traitant d'une manière pertinente des problèmes juridiques que peuvent poser les contrats de construction. Si le contrat prévoit la compétence exclusive des tribunaux d'un pays déterminé pour ce qui est de régler des litiges nés du contrat, les parties tiendront peut-être à faire de la loi de ce pays la loi applicable au contrat. Cette décision pourrait diligenter la procédure judiciaire et la rendre moins onéreuse étant donné que, normalement, il sera plus aisé à un tribunal de déterminer et d'appliquer sa propre loi que celle d'un autre pays.

12. S'agissant de pays où plusieurs systèmes juridiques sont applicables aux contrats (comme dans certains Etats fédéraux), il y a peut-être lieu, afin d'éviter toute incertitude, de préciser lequel de ces systèmes devra s'appliquer.

13. En choisissant la loi applicable au contrat, les parties vont peut-être aussi tenir compte des facteurs suivants :

a) Connaissance qu'ont les parties de cette loi ou possibilité qu'elles ont d'en prendre connaissance;

b) Capacité qu'a cette loi de régler comme il convient les problèmes juridiques que peut poser un contrat de construction;

c) Mesure dans laquelle cette loi renferme des règles impératives empêchant les parties de régler dans le contrat, en fonction de leurs besoins, des questions liées au contrat.

14. En vertu des règles de droit international privé de certains systèmes juridiques, les parties peuvent stipuler que les règles juridiques de différents systèmes juridiques s'appliqueront à des questions juridiques différentes ou à des droits et obligations différents dans le cadre du contrat. Les parties adoptent parfois cette solution lorsqu'elles estiment que certaines questions sont mieux traitées dans un système juridique que dans un autre ou parce que des éléments importants du contrat doivent être exécutés dans des pays

différents. Mais si les parties retiennent cette solution, des difficultés risquent de surgir, les règles juridiques des différents systèmes juridiques pouvant être si peu compatibles que leur application au contrat fera apparaître des lacunes ou des incohérences. Aussi les parties tiendront-elles peut-être à choisir un système juridique unique appelé à constituer la loi applicable au contrat et à régir l'ensemble de leurs droits et obligations contractuels, à moins que les arguments militant en faveur de l'autre solution ne soient particulièrement importants.

15. Les modifications apportées aux règles juridiques qui régissent les droits et obligations des parties à un contrat peuvent être ou ne pas être rétroactives; si elles ne sont pas rétroactives, les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de ces modifications n'en sont pas affectés. Si les parties tiennent à ce que seules les règles en vigueur à la date de la conclusion du contrat s'appliquent au contrat, elles peuvent le stipuler dans le contrat. Elles devraient toutefois ne pas oublier que cette restriction ne sera pas opérante si la rétroactivité des modifications est impérative.

16. Différentes conceptions peuvent présider à la rédaction d'une clause désignant la loi applicable. On peut, par exemple, se contenter de stipuler que le contrat sera régi par la loi choisie[1]. Cette disposition peut suffire s'il est évident que l'instance choisie pour régler les litiges entre les parties appliquera la loi choisie à l'ensemble des questions que les parties souhaitent lui voir régler. On peut aussi stipuler que la loi choisie régira le contrat et y énumérer à titre indicatif les questions qu'elle est censée régir[2]. Cette disposition peut être utile si les parties jugent souhaitable de faire en sorte que les questions, en particulier celles qui sont énumérées à titre indicatif, seront régies par la loi choisie. On peut enfin stipuler que la loi choisie ne régira que les questions énumérées dans la clause[3]. Cette disposition peut être adoptée si les parties tiennent à délimiter clairement les questions devant être régies par la loi choisie. En vertu de cette disposition, les questions non exposées dans la clause seront régies par une loi déterminée par les règles applicables du droit international privé (voir plus haut, par. 5).

17. Selon les systèmes de droit international privé de certains pays, la clause désignant la loi applicable peut être considérée comme un accord distinct du reste du contrat conclu entre les parties. Selon ces systèmes, la clause désignant la loi applicable restera valable quand bien même le reste du contrat serait nul, à moins que les motifs de nullité ne s'étendent également à ladite clause. Dès lors que le contrat est nul, mais que la clause désignant la loi applicable reste valide, la formation et la non-validité du contrat ainsi que les conséquences de sa nullité seront régies par la loi choisie.

18. Selon certains systèmes de droit international privé, la loi choisie peut régir la prescription des droits, alors que, dans d'autres systèmes, les règles relatives à la prescription (prescription d'action) sont considérées comme des règles de procédure et ne sauraient être choisies par les parties dans leur contrat. En pareil cas, ce sont les règles du lieu où est engagée la procédure judiciaire qui s'appliquent.

19. Le choix par les parties de la loi applicable au contrat ne porte que sur les règles juridiques régissant leurs droits et obligations contractuels mutuels. En général, ce choix n'influera pas directement sur la loi applicable aux droits et obligations des personnes qui ne sont pas parties au contrat de construction

(par exemple, les sous-traitants, le personnel employé par l'entrepreneur ou par l'acquéreur ou les créanciers d'une partie). Si plusieurs entrepreneurs sont appelés à participer à la construction (voir chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 17 à 25), il est peut-être souhaitable que l'acquéreur choisisse la même loi applicable pour les divers contrats conclus avec l'ensemble des entrepreneurs, afin d'harmoniser et de coordonner les réalisations des entrepreneurs dans le cadre de ces contrats et d'harmoniser les conséquences juridiques d'une inexécution. Pour des raisons analogues, il convient que l'entrepreneur choisisse cette même loi applicable pour l'ensemble des contrats relatifs à la construction qu'il aura conclus avec les sous-traitants et les fournisseurs.

20. Les parties voudront peut-être noter que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[4] s'applique aux contrats de vente de marchandises lorsque les parties ont leur établissement dans des Etats différents et que ces Etats sont parties à la Convention ou lorsque les règles du droit international privé conduisent à l'application de la loi d'un Etat contractant, par exemple, lorsque les parties choisissent la loi d'un Etat contractant (article premier). L'article 3 de la Convention dispose que sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, sous réserve de deux exceptions. Premièrement, la Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de l'entrepreneur consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services. Deuxièmement, la Convention ne s'applique pas aux contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire si la partie qui commande les marchandises s'engage à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. Aux termes de ces articles, il est permis de considérer que la Convention peut s'appliquer à certains contrats de construction. Si l'application de l'article 3 aux circonstances de tel ou tel contrat de construction laisse en suspens la question de savoir si la Convention s'applique au contrat, les parties tiendront peut-être expressément à trancher cette question.

21. Si la Convention ne règle pas les questions particulières liées à un contrat de construction, elle offre un cadre pour la solution de maintes questions générales liées à de tels contrats. Qui plus est, aux termes de la Convention, les parties peuvent exclure l'application de celle-ci et, à de rares réserves près, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets (art. 6). En conséquence, les parties sont libres d'adapter les dispositions de la Convention aux besoins de leur contrat.

C. Règles juridiques impératives de caractère public applicables outre la loi choisie par les parties

22. Outre les règles juridiques applicables du fait de la loi qui a été choisie par les parties ou en vertu des règles du droit international privé, certaines règles de caractère administratif ou public en vigueur dans le pays des parties et dans d'autres pays (par exemple, le pays d'un sous-traitant) peuvent influer sur certains aspects de la construction. Ces règles, qui sont souvent impératives, doivent généralement être appliquées par tous les résidents ou tous les ressortissants de l'Etat qui les édicte et parfois par les étrangers exerçant certaines activités commerciales ou industrielles sur le territoire de l'Etat. Il

appartient essentiellement aux pouvoirs publics de les mettre en œuvre. Leur objet est d'assurer l'application de la politique économique, sociale, financière et étrangère de l'Etat. Les parties devraient par conséquent en tenir compte en établissant le contrat.

23. Certaines de ces règles juridiques visent les aspects techniques de l'installation à construire. Elles ont souvent trait aux normes de sécurité appelées à régir l'exploitation de l'installation, à la protection de l'environnement et aux conditions d'hygiène et de travail. Il faudrait prendre ces règles en considération lors de la conception de l'installation. Si les règles sont modifiées ou si des règles nouvelles sont édictées après la conclusion du contrat, une modification de la construction peut s'imposer (voir chap. XXIII, "Clauses de modification"). En outre, il peut y avoir des règles juridiques qui ne concernent que le processus de construction et qui portent, par exemple, sur les normes de sécurité applicables aux machines, à l'outillage et aux équipements servant à la construction. Ces questions sont traitées au chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphe 3.

24. D'autres règles juridiques interdisent ou limitent les exportations, les importations, le transfert des techniques et les règlements en devises. Le jeu de ces règles peut avoir pour effet de rendre un contrat nul, d'y mettre fin ou d'en rendre l'exécution juridiquement impossible (voir chap. XXI, "Clauses d'exonération", par. 1, et chap. XXV, "Résiliation du contrat", par. 22). Les questions concernant l'obtention des licences nécessaires à la fourniture d'équipements et matériaux sont examinées au chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", paragraphes 17 et 18, les questions relatives au contrôle des changes au chapitre VII, "Prix et conditions de paiement", paragraphe 4, et les questions concernant le transfert des techniques au chapitre VI, "Transfert des techniques", paragraphe 8. L'obligation d'obtenir une autorisation officielle pour utiliser le chantier à des fins de construction est examinée au chapitre IX, "Construction sur le chantier", paragraphe 8.

25. Il existe en outre des règles juridiques qui imposent des droits de douane et des taxes aux activités liées à la construction de l'installation. Ces règles peuvent avoir des conséquences financières importantes pour la construction. Les droits de douane sont traités au chapitre VIII, "Fourniture des équipements et matériaux", paragraphes 15 et 16, et les taxes au chapitre VII, "Prix et conditions de paiement", paragraphe 5.

Notes du chapitre XXVIII

[1]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"La loi d. . . (indiquer un pays ou, lorsqu'un pays compte plusieurs unités territoriales dont chacune a ses lois propres, telle ou telle unité territoriale) [en vigueur le . . . (indiquer la date de conclusion du contrat)] régira le présent contrat. [Les règles du droit international privé d. . . (indiquer le pays ou l'unité territoriale spécifiée plus haut) ne s'appliquent pas.]"

[2]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"La loi d. . .(indiquer le pays ou l'unité territoriale) [en vigueur le . . . (indiquer la date de conclusion du contrat)] régira le présent contrat et notamment la formation du contrat, sa validité et les conséquences de sa nullité."

[3]*Disposition donnée à titre d'exemple*

"La loi d. . . (indiquer le pays ou l'unité territoriale) [en vigueur le . . . (indiquer la date de conclusion du contrat)] régira [la formation du contrat] [la validité du contrat et les conséquences de sa nullité] [l'interprétation du contrat] [les droits et obligations des parties en vertu du contrat] [le transfert du risque de perte ou de dommages] [le défaut d'exécution du contrat et ses conséquences] [la prescription des droits] [la modification des droits et obligations contractuels] [la suspension des droits et obligations contractuels] [le transfert et l'extinction des droits et obligations contractuels] [la résiliation du contrat]."

[4]Voir la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3).

Chapitre XXIX. Règlement des litiges

RÉSUMÉ

Les litiges nés de contrats de construction posent souvent des problèmes qui se rencontrent rarement dans le cadre d'autres types de contrats (par. 1 à 3). Pour le règlement des litiges, le contrat peut prévoir le mécanisme de la négociation (sect. B), de la conciliation (sect. C), de l'arbitrage (sect. E) ou de la procédure judiciaire (sect. F). Un expert-arbitre peut également être autorisé à régler un litige (sect. D).

Il peut être souhaitable que le contrat prévoie certains moyens de faciliter le règlement de plusieurs litiges connexes dans le cadre de la même procédure (par. 4).

La méthode la plus satisfaisante de règlement des litiges est en général la négociation entre les parties (par. 10 et 11). Si les parties ne peuvent résoudre leurs litiges de la sorte, elles pourront vouloir essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. Les parties voudront peut-être stipuler que la conciliation se déroulera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI (par. 12 à 15).

Les parties voudront peut-être stipuler que les litiges ne pouvant, pour des raisons juridiques ou pratiques, être réglés par une procédure arbitrale ou judiciaire seront soumis à un expert-arbitre. La procédure suivie par l'expert-arbitre peut être informelle et rapide. Toutefois, les garanties juridiques quant à l'impartialité de la procédure et à sa régularité risquent d'être limitées. En outre, au contraire d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire, il risque d'être impossible de faire exécuter la décision de l'expert-arbitre (par. 16 à 21).

Les litiges nés de contrats de construction sont fréquemment réglés par voie d'arbitrage. L'arbitrage ne peut intervenir que sur la base d'un accord compromissoire conclu entre les parties. Cet accord peut prendre la forme d'une clause compromissoire incluse dans le contrat (par. 24). Les parties voudront peut-être comparer les avantages et inconvénients de la procédure arbitrale par rapport à la procédure judiciaire (par. 22 et 23).

Il serait bon que le contrat indique quels différends seront soumis à l'arbitrage. Le contrat pourra aussi autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Il est souhaitable qu'aux termes de l'accord compromissoire, les parties soient tenues d'appliquer les décisions des arbitres (par. 25 à 27).

Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Elles peuvent déterminer par convention les règles de procédures qui s'appliqueront à l'arbitrage, par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (par. 30 à 36). En outre, elles souhaiteront peut-être régler diverses questions pratiques concernant la procédure arbitrale, notamment le nombre et la nomination des arbitres, le lieu de l'arbitrage et la langue de la procédure (par. 37 à 49).

Si les parties souhaitent que leurs litiges soient réglés par voie judiciaire, il sera bon que le contrat comporte une clause de compétence exclusive afin de réduire les incertitudes inhérentes au règlement judiciaire. La validité et les effets de la clause de compétence exclusive devront être déterminés compte tenu de la loi du pays où se trouve le tribunal choisi, ainsi que de la loi du pays des deux parties (par. 50 à 53).

A. Remarques générales

1. Les litiges nés de contrats de construction posent souvent des problèmes qui se rencontrent rarement dans le cadre d'autres types de contrat. Cela s'explique par la complexité des contrats de construction, la durée relativement longue de leur exécution et le fait que de nombreuses entreprises peuvent participer à la construction. En outre, les litiges nés de contrats de construction peuvent porter sur des questions hautement techniques liées aux méthodes de construction et à la technologie incorporée dans l'installation. Les litiges qui apparaissent durant la construction doivent être réglés rapidement afin que les travaux ne soient pas interrompus. Les parties devront tenir compte de ces considérations lorsqu'elles détermineront les mécanismes de règlement des litiges qui seront énoncés dans le contrat.

2. La question qui est le plus souvent cause de litiges dans le cadre d'un contrat de construction est celle de savoir si une partie a manqué à ses obligations contractuelles et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences juridiques de ce manquement. Toutefois, il se pose souvent d'autres questions pour lesquelles il est bon de prévoir un mécanisme de règlement approprié dans le contrat. Par exemple, il peut être stipulé dans le contrat que les dispositions contractuelles peuvent être modifiées ou complétées dans certaines circonstances. La question est de savoir si ces circonstances se sont produites et, dans l'affirmative, de quelle manière les clauses contractuelles devront être modifiées ou complétées (voir chap. XXII, "Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat" et chap. XXIII, "Clauses de modification"). Le contrat peut aussi stipuler qu'une partie doit consentir à certaines mesures prises par l'autre partie. Si cette partie refuse de manière injustifiée de donner son consentement, on pourra se demander si un tribunal arbitral ou judiciaire peut substituer son propre consentement à celui de la partie l'ayant refusé. On pourra également se demander si des mesures provisoires ou conservatoires devraient être prises en attendant le règlement définitif de certains litiges (voir plus loin, par. 21 et 26).

3. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux judiciaires et les arbitres ne sont pas habilités à modifier ou compléter des clauses contractuelles ou à substituer leur propre consentement à un consentement indûment refusé par une partie. Dans d'autres systèmes juridiques, les tribunaux judiciaires et les arbitres peuvent le faire s'ils y sont expressément autorisés par les parties. Dans d'autres systèmes juridiques encore, les arbitres peuvent le faire, mais non les tribunaux judiciaires. Lorsque la loi applicable au contrat ou à la procédure n'autorise pas les tribunaux judiciaires ou les arbitres à modifier les conditions contractuelles, les parties voudront peut-être prévoir d'autres moyens de modifier certaines clauses, lorsque cela est possible. Par exemple, elles peuvent stipuler que le prix du contrat sera automatiquement modifié par l'application d'une clause d'indexation lorsque le prix des équipements, des matériaux ou de

la main-d'œuvre change (voir chap. VII, "Prix et conditions de paiement", par. 49 à 55). Elles peuvent stipuler que d'autres clauses contractuelles pourront être modifiées ou complétées dans le cadre d'une procédure de recours à un expert-arbitre (voir plus loin, sect. D). Lorsque les tribunaux judiciaires ou les arbitres ne sont pas habilités à substituer leur consentement à un consentement indûment refusé par une partie, le contrat peut stipuler qu'une partie ne peut refuser son consentement que pour des motifs donnés et qu'en l'absence de ces motifs, le consentement est réputé avoir été donné. Les tribunaux judiciaires ou les arbitres n'auraient alors qu'à trancher la question de savoir si ces motifs spécifiés existent.

4. Des litiges mettant en jeu plusieurs entreprises peuvent se produire dans le cadre de la construction. Par exemple, lorsque l'acquéreur allègue que la construction est défectueuse, il peut être difficile de déterminer lequel des entrepreneurs engagés par lui est responsable. Si l'acquéreur intente des actions séparées contre chacun des entrepreneurs et que ces actions font l'objet de procédures distinctes devant des tribunaux judiciaires ou arbitraux différents, on risque d'aboutir à des décisions incohérentes, ce qui peut se produire même si la même loi régit tous les contrats et peut résulter, par exemple, de l'application de règles de procédures différentes ou d'une appréciation différente des éléments de preuve présentés. Le règlement dans le cadre d'une même procédure de toutes les actions connexes pourrait éviter des décisions incohérentes, faciliterait la soumission des preuves et réduirait les dépenses. Toutefois, les procédures multipartites tendent à être plus compliquées et moins souples et une partie pourra éprouver davantage de difficultés à préparer et présenter ses moyens. De nombreux systèmes juridiques offrent la faculté de régler, dans le cadre d'une même procédure judiciaire multipartite, les litiges mettant en jeu plusieurs parties. Afin que de tels litiges puissent être réglés dans le cadre d'une telle procédure, il peut être souhaitable que tous les contrats conclus par l'acquéreur pour la construction de l'installation comportent une clause conférant compétence exclusive à un tribunal judiciaire habilité à organiser des procédures multipartites (voir plus loin, par. 51 à 53). Il est plus difficile de structurer la procédure multipartite lorsqu'on doit recourir à l'arbitrage. Toutefois, certains des avantages de la procédure multipartite pourront être obtenus si les mêmes arbitres sont nommés pour régler les litiges nés de tous les contrats concernant la construction de l'installation.

5. En général, il est souhaitable que les parties s'efforcent en premier lieu de régler leurs litiges par la négociation (voir plus loin, sect. B). Elles peuvent, si elles le désirent, continuer de négocier même après que d'autres mécanismes de règlement des litiges ont été mis en route. Dans certains cas, lorsqu'elles ont soumis leurs litiges à conciliation (voir plus loin, sect. C) et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire est ouverte par la suite, les parties pourront avoir malgré tout intérêt à poursuivre la conciliation.

6. Il est souvent souhaitable que les litiges nés d'un contrat de construction soient soumis à l'arbitrage, procédure par laquelle les parties soumettent les litiges qui peuvent naître entre elles ou qui sont déjà nés à une ou plusieurs personnes impartiales (les arbitres) choisies par elles (voir plus loin, sect. E) qui prendront une décision s'imposant à elles. En général, une procédure arbitrale ne peut être entamée que s'il y a accord compromissoire. Le plus souvent, les parties sont tenues d'accepter la décision des arbitres (sentence arbitrale) comme définitive et impérative. La sentence est en général exécutoire au même

titre qu'une décision judiciaire. En l'absence d'un accord compromissoire, les litiges entre les parties devront être soumis à une procédure judiciaire (voir plus loin, sect. F).

7. Dans le cadre d'un contrat de construction, il peut naître des litiges dont ne peuvent connaître les tribunaux judiciaires ou arbitraux (voir plus haut, par. 3) ou qui ne peuvent être aisément réglés par une procédure arbitrale ou judiciaire (par exemple, les litiges de caractère technique devant être réglés plus rapidement qu'il n'est possible de le faire dans une procédure arbitrale ou judiciaire). Les parties souhaiteront peut-être prévoir que de tels litiges seront réglés par un tiers (dénommé dans le *Guide* "expert-arbitre"; voir plus loin, sect. D; voir aussi plus haut, par. 3).

8. Pour ce qui est du mode ou des modes de règlement des litiges à énoncer dans le contrat, les parties devront étudier attentivement la loi qui les régit. En particulier, elles devront s'assurer des pouvoirs pouvant être exercés par les juges, les arbitres ou l'expert-arbitre en vertu de la loi applicable aux procédures dont il s'agit. Elles devront aussi étudier dans quelle mesure la décision d'un expert-arbitre, une sentence arbitrale ou une décision judiciaire sont exécutoires dans le pays des parties. Le fait qu'une partie au contrat de construction est un Etat ou une entreprise d'Etat peut également influer sur le choix du mode de règlement des litiges.

9. L'exécution d'un contrat de construction suppose en général des discussions continues entre les parties afin qu'elles puissent résoudre de nombreux problèmes et malentendus sans avoir à recourir à la procédure de règlement des litiges. Les parties voudront peut-être stipuler que si l'une d'entre elles a l'intention de recourir à une procédure de règlement des litiges autre que la négociation, elle doit en aviser l'autre par écrit.

B. Négociation

10. Le mode le plus satisfaisant de règlement des litiges est en général la négociation entre les parties. Le règlement amiable que permet la négociation évitera sans doute toute rupture des relations commerciales entre les parties. En outre, les parties économiseront ainsi les dépenses et le temps considérables qu'exige le règlement des litiges par d'autres moyens.

11. Même si les parties souhaitent s'efforcer de régler leur litige par la négociation avant de recourir à d'autres modes de règlement, il n'est peut-être pas souhaitable que le contrat interdise à une partie d'entamer une autre procédure de règlement avant l'expiration du délai imparti à la négociation. En outre, si le contrat stipule que d'autres procédures de règlement des litiges ne peuvent être entamées durant la négociation, il est souhaitable d'autoriser une partie à entamer une autre procédure avant l'expiration de ce délai dans certains cas, par exemple lorsqu'une partie déclare durant les négociations qu'elle n'est pas disposée à poursuivre celles-ci ou lorsqu'il est nécessaire d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire avant la fin de la négociation afin de prévenir la perte ou la prescription d'un droit. Il est souhaitable que le contrat stipule que le règlement obtenu par voie de négociation devra être consigné par écrit.

C. Conciliation

12. Si les parties ne peuvent régler leur litige par la négociation, elles voudront peut-être essayer la conciliation avant de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation a pour objet d'arriver à un règlement amiable du litige avec l'assistance d'un conciliateur neutre, respecté par les deux parties. Au contraire d'un arbitre ou d'un juge, le conciliateur ne tranche pas le litige, mais il aide les parties à s'accorder sur un règlement et leur propose souvent des solutions.

13. La conciliation n'étant pas une procédure contradictoire, il est plus facile aux parties de préserver leurs bonnes relations commerciales que dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. La conciliation peut même améliorer les relations entre les parties, car son champ, de même que l'accord définitif conclu par les parties, peut dépasser les strictes limites du litige à l'origine de la conciliation. Par contre, la conciliation peut avoir pour inconvénient que, si elle échoue, l'argent et le temps dépensés l'auront été en vain. Cet inconvénient peut être réduit dans une certaine mesure si le contrat n'exige pas des parties qu'elles recourent à la conciliation avant d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, mais se contente de les y autoriser. La conciliation n'aura alors lieu que s'il y a de bonnes chances d'arriver à un règlement amiable.

14. Si les parties prévoient dans le contrat qu'elles pourront recourir à la conciliation, elles devront régler un certain nombre de questions pour que la conciliation puisse être efficace. Il n'est pas possible de régler toutes ces questions dans le corps du contrat. Il vaut mieux que les parties y incorporent par renvoi un règlement de conciliation établi par une organisation internationale, par exemple le Règlement de conciliation de la CNUDCI[1].

15. Il existe une variante de la conciliation : les parties peuvent envisager de nommer avant le début de la construction plusieurs personnes ayant les compétences et l'expérience requises pour résoudre les problèmes qui se rencontrent normalement lors de la construction d'une installation. Ces personnes pourront être saisies de rapports périodiques sur les progrès de la construction et être immédiatement informées des divergences apparaissant entre les parties à propos de questions liées à la construction. Elles peuvent rencontrer les parties sur le chantier, soit à intervalles réguliers, soit lorsque cela se révèle nécessaire, pour examiner ces divergences et proposer des solutions. Dans le cadre d'une telle conciliation, les parties peuvent être libres d'accepter ou de rejeter les suggestions faites et d'entamer à tout moment une procédure judiciaire ou arbitrale, en particulier si la mise en route d'une telle procédure est nécessaire pour prévenir la perte ou la prescription d'un droit. La mise en place d'un tel mécanisme de conciliation peut empêcher que les malentendus ou divergences entre les parties ne deviennent de véritables litiges exigeant le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire.

D. Recours à un expert-arbitre

16. Les parties pourront souhaiter que certains types de litiges puissent être réglés par un expert-arbitre. Une telle procédure est en général informelle et rapide et adaptée aux caractéristiques du litige à régler. De nombreux systèmes juridiques ne réglementent pas une telle procédure; d'autres le font, mais dans

une mesure très limitée. En particulier, la loi applicable aux procédures dont il s'agit peut ne prévoir que des garanties très limitées quant à l'impartialité de la procédure et à sa régularité. En outre, dans de nombreux systèmes juridiques, la décision de l'expert-arbitre ne peut être exécutoire, car elle n'a pas le statut d'une sentence arbitrale ou d'une décision judiciaire. Quelques organisations internationales et associations professionnelles ont élaboré des règles régissant le recours à un expert-arbitre pour le règlement des litiges, mais ces règles ne traitent en général que de quelques aspects de la question. Par suite, si elles envisagent la possibilité de recourir à un expert-arbitre, les parties devront régler divers aspects de cette procédure dans leur contrat.

17. Il est souhaitable que l'expert-arbitre soit nommé dans le contrat, ou que celui-ci énonce la procédure de sa nomination. Cette procédure peut être similaire à celle qui est utilisée pour la nomination des arbitres (voir plus loin, par. 40). Dans quelques cas, l'ingénieur-conseil peut être désigné ou nommé expert-arbitre (voir chap. X, "Ingénieur-conseil").

18. Il serait souhaitable que le contrat délimite aussi précisément que possible les pouvoirs conférés à l'expert-arbitre. Il pourrait spécifier les fonctions qui lui seront confiées et les types de problèmes dont il pourra traiter. Il est souhaitable de limiter les pouvoirs de l'expert-arbitre aux questions ayant avant tout un caractère technique. On pourra exprimer cette restriction dans le contrat, par exemple en y incluant une liste de questions techniques que l'expert-arbitre sera autorisé à traiter.

19. Pour ce qui est de la nature des fonctions de l'expert-arbitre, le contrat pourra l'autoriser à soumettre des conclusions et à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Le contrat pourra aussi l'autoriser à modifier ou compléter les dispositions du contrat lorsqu'il y est habilité par la loi applicable au contrat (voir plus haut, par. 3). Les parties voudront peut-être rechercher si l'expert-arbitre devrait être autorisé à se prononcer quant au fond sur certains types de litiges (portant, par exemple, sur la question de savoir si les essais d'achèvement et les essais de bonne exécution ont été concluants, ou sur les motifs avancés par l'entrepreneur pour s'opposer à une modification ordonnée par l'acquéreur), ou si le règlement de ces litiges devrait être laissé aux arbitres ou aux tribunaux judiciaires.

20. Dans la mesure où elles y sont autorisées par la loi applicable aux procédures dont il s'agit, les parties voudront peut-être traiter dans le contrat des liens entre la procédure devant un expert-arbitre et la procédure judiciaire ou arbitrale. Par exemple, le contrat peut stipuler que les litiges du domaine de compétence de l'expert-arbitre doivent d'abord lui être soumis et qu'une procédure arbitrale ou judiciaire ne peut être entamée avant l'expiration d'un délai donné après soumission du litige à l'expert-arbitre.

21. La loi régissant la procédure arbitrale ou judiciaire peut déterminer dans quelle mesure les parties peuvent autoriser les arbitres ou un tribunal judiciaire à réviser la décision de l'expert-arbitre. Si l'on exclut une telle révision, cela a pour avantage que la décision de l'expert-arbitre est immédiatement définitive et impérative. En revanche, si on l'autorise, les parties jugeront qu'il y aura plus de chances que la décision soit correcte. Les avantages de ces deux solutions peuvent être combinés dans une certaine mesure si l'on stipule que la décision de l'expert-arbitre s'impose aux parties, à moins que l'une d'entre elles n'entame une procédure arbitrale ou judiciaire dans un bref délai spécifié après

que la décision de l'expert-arbitre lui est communiquée. Si cette solution est retenue, les parties pourront spécifier que les conclusions de l'expert-arbitre ne peuvent être dénoncées dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Le contrat peut en outre obliger les parties à exécuter une décision de l'expert-arbitre concernant des mesures provisoires ou conservatoires, ou une décision sur le fond de certaines questions données; si elles ne le font pas, elles seront considérées comme ayant manqué à une obligation contractuelle.

E. Arbitrage

1. *Faut-il conclure un accord compromissoire ?*

22. Diverses raisons expliquent pourquoi l'arbitrage est si souvent utilisé pour le règlement des litiges nés de contrats internationaux de construction. La procédure peut être structurée par les parties de manière à être moins formelle que la procédure judiciaire et mieux répondre à leurs besoins et aux caractéristiques des litiges susceptibles de naître du contrat. Les parties peuvent choisir pour arbitres, des personnes ayant une connaissance approfondie des contrats internationaux de construction. Elles peuvent choisir le lieu où se déroulera la procédure arbitrale, de même que la langue ou les langues à utiliser à cette fin. En outre, les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat et ce choix sera dans presque tous les cas respecté par les arbitres, ce qui n'est pas toujours vrai de la procédure judiciaire (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 7 et 8). Lorsque les parties conviennent de recourir à l'arbitrage, aucune d'entre elles n'est tenue de se soumettre aux tribunaux de l'autre partie. La procédure arbitrale portera sans doute moins atteinte aux relations commerciales entre les parties qu'une procédure judiciaire. La procédure et la sentence arbitrale peuvent rester confidentielles, alors que ce n'est en général pas possible pour une procédure et une décision judiciaires. L'arbitrage tend à être plus rapide et, dans certains cas, moins onéreux qu'une procédure judiciaire. On notera toutefois que certains systèmes juridiques prévoient des procédures judiciaires sommaires pour certains types de litiges (par exemple, ceux qui portent sur une somme ne dépassant pas un certain montant), mais nombre des litiges nés d'un contrat de construction ne pourront être réglés par de telles procédures. Enfin, étant donné qu'il existe des conventions internationales favorisant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ces sentences sont en général reconnues et exécutées plus aisément que les décisions judiciaires étrangères[2].

23. En revanche, une sentence arbitrale peut être annulée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Si une telle procédure est engagée, le règlement définitif du litige en sera retardé. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, une sentence arbitrale ne peut être annulée que pour des motifs limités, par exemple si les arbitres n'étaient pas habilités à connaître du litige, si une partie n'a pu faire valoir ses moyens dans le cadre de la procédure arbitrale, si les règles applicables à la nomination des arbitres ou à la procédure arbitrale n'ont pas été respectées, ou si la sentence est incompatible avec l'ordre public. On notera également que dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible aux parties d'exclure les tribunaux judiciaires du règlement de certains types de litiges.

2. *Dispositions de l'accord compromissoire*

a) *Champ de l'accord compromissoire et mandat du tribunal arbitral*

24. En général, la procédure arbitrale ne peut être organisée que sur la base d'un accord entre les parties. Cet accord peut prendre la forme, soit d'une clause compromissoire incluse dans le contrat, soit d'un accord compromissoire distinct, conclu par les parties avant ou après la naissance du litige. Comme il peut être plus difficile d'arriver à un accord après qu'un litige est apparu, il est souhaitable, soit d'inclure une clause compromissoire dans le contrat, soit de conclure un accord compromissoire distinct au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, un accord compromissoire n'est valable pour ce qui est de la procédure comme du fond que s'il est conclu après qu'un litige est apparu.

25. Il serait souhaitable que le contrat indique quels différends doivent être réglés par arbitrage. Par exemple, la clause compromissoire peut stipuler que tous les litiges nés du contrat ou liés au contrat ou nés de la violation, de la résiliation ou de la nullité du contrat ou liés à cette violation, résiliation ou nullité doivent être réglés par arbitrage. Dans certains cas, les parties voudront peut-être exclure de ce vaste champ de compétence certains litiges dont elles ne souhaitent pas qu'ils soient réglés par arbitrage.

26. Si la loi applicable aux procédures arbitrales le permet, les parties voudront peut-être autoriser le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en attendant le règlement définitif du litige. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux ne sont pas habilités à ordonner de telles mesures. Dans d'autres systèmes juridiques autorisant un tribunal arbitral à ordonner de telles mesures, celles-ci ne peuvent être exécutées; en pareil cas, il est peut-être préférable que les parties se tournent vers un tribunal judiciaire, qui pourra ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tribunal judiciaire peut ordonner de telles mesures, même si le litige doit être ou a été soumis à l'arbitrage.

27. Il est souhaitable que l'accord compromissoire stipule que les parties doivent exécuter les décisions arbitrales, y compris les décisions ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires, l'avantage en étant que dans certains systèmes juridiques, lorsqu'une sentence arbitrale n'est pas exécutoire dans le pays d'une partie, un défaut d'exécution de la sentence par une partie, malgré l'obligation qui lui en est faite dans le contrat, pourra être considéré, dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle.

28. Si une procédure judiciaire est entamée pour un litige couvert par un accord compromissoire reconnu comme valide, le tribunal judiciaire renverra normalement le litige à l'arbitrage si une demande à cette fin lui est présentée en temps voulu. Toutefois, le tribunal judiciaire peut conserver le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et sera normalement habilité à avoir la haute main sur certains aspects de la procédure arbitrale (il pourra, par exemple, prendre une décision en cas de récusation des arbitres) et à annuler la sentence arbitrale pour certains motifs (voir plus haut, par. 23).

29. Il est souhaitable que les parties soient prudentes en ce qui concerne l'autorisation donnée au tribunal arbitral de trancher les litiges *ex aequo et bono*

ou de faire office d'amiable compositeur, car les arbitres ne sont pas habilités à le faire dans certains systèmes juridiques. En outre, de telles autorisations peuvent être interprétées de diverses manières et être sources d'incertitudes juridiques. Par exemple, ces termes peuvent être interprétés comme autorisant les arbitres à se guider, soit uniquement sur les principes de l'impartialité, de la justice ou de l'équité, soit aussi sur les dispositions de la loi applicable au contrat qui sont considérées comme fondamentales par le système juridique auquel se rattache ladite loi. Il y a une autre source d'incertitude : les arbitres, en appliquant les principes susmentionnés, peuvent-ils ne pas tenir compte de certaines clauses du contrat ? Si les parties souhaitent autoriser le tribunal arbitral à trancher des litiges sans appliquer au contrat toutes les règles juridiques d'un Etat, elles voudront peut-être spécifier les normes ou règles en application desquelles le tribunal arbitral devra prendre une décision quant au fond du litige et obliger le tribunal arbitral à respecter les clauses du contrat et à tenir compte des usages pertinents du commerce international.

b) *Types d'arbitrage et règles de procédure appropriées*

30. Les parties peuvent choisir le type d'arbitrage qui répond le mieux à leurs besoins. Il est bon qu'elles conviennent de règles appropriées qui régiront la procédure arbitrale. Il existe une gamme étendue de modes d'arbitrage prévoyant une participation plus ou moins active d'organes permanents (par exemple, des institutions d'arbitrage, des tribunaux arbitraux, des associations professionnelles ou commerciales et des chambres de commerce) ou de tiers (par exemple, des présidents de tribunaux arbitraux ou de chambres de commerce). A une extrémité de cet éventail, on trouve l'arbitrage *ad hoc* proprement dit, qui ne suppose en aucune manière la participation d'un organe permanent ou d'un tiers. C'est-à-dire, en termes pratiques, qu'aucune aide extérieure ne sera disponible (sauf, peut-être, celle d'un tribunal national) si, par exemple, les parties se heurtent à des difficultés pour nommer ou récuser un arbitre. En outre, tous les arrangements administratifs nécessaires devront être pris par les parties ou par les arbitres eux-mêmes. A l'autre extrémité de l'éventail, on trouve les arbitrages entièrement organisés et supervisés par un organe permanent, qui peut revoir le mandat des arbitres et le projet de sentence et modifier la forme de la sentence et faire des recommandations quant au fond.

31. Entre ces deux types d'arbitrage, il existe une variété considérable de systèmes qui tous font appel à une autorité de nomination, mais qui diffèrent quant aux services administratifs fournis. La fonction essentielle, mais non nécessairement exclusive des autorités de nomination, consiste à constituer le tribunal arbitral ou à contribuer à sa constitution (par exemple, en nommant les arbitres, en prenant une décision en cas de récusation ou en remplaçant un arbitre). Les services administratifs ou logistiques, qui peuvent être offerts en bloc ou séparément, sont notamment les suivants : transmettre les communications écrites d'une partie ou des arbitres; aider le tribunal arbitral à fixer et à notifier la date, l'heure et le lieu des audiences et autres séances; fournir, directement ou indirectement, des salles de réunion pour les audiences ou délibérations du tribunal arbitral; organiser la transcription sténographique des audiences et l'interprétation durant les audiences et, le cas échéant, la traduction de pièces; aider à classer ou enregistrer la sentence arbitrale, le cas échéant; détenir les consignations et gérer les comptes relatifs aux honoraires et dépenses; assurer les tâches administratives (secrétariat, etc.).

32. A moins que les parties ne choisissent l'arbitrage *ad hoc* proprement dit, elles souhaiteront peut-être convenir de l'organe ou de la personne qui s'acquittera des fonctions requises. Pour ce faire, il serait bon de tenir compte des facteurs suivants : volonté de s'acquitter des fonctions requises; compétence, notamment en ce qui concerne les questions internationales; adéquation des honoraires eu égard aux services requis; siège ou résidence de l'organe ou de la personne; limitation possible des services fournis à une zone géographique donnée. Ce dernier point devra être examiné compte tenu du lieu probable ou convenu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 41 à 47). Toutefois, certaines fonctions (par exemple, la nomination) ne doivent pas nécessairement être assurées sur le lieu de l'arbitrage et certaines institutions d'arbitrage sont disposées à fournir des services dans des pays autres que ceux où elles ont leur siège.

33. Dans la plupart des cas, la procédure arbitrale sera régie par la loi de l'Etat où elle se déroule. De nombreux Etats ont adopté des lois régissant divers aspects de la procédure arbitrale. Certaines de ces dispositions sont impératives, d'autres non. Lorsqu'elles choisiront le lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 41 à 47), les parties voudront peut-être rechercher dans quelle mesure la loi du lieu envisagé reconnaît les exigences et caractéristiques particulières de l'arbitrage commercial international et, notamment, si cette loi est suffisamment libérale pour autoriser les parties à adapter les règles de procédure à leurs besoins et désirs particuliers, tout en garantissant que la procédure sera équitable et efficace. Des progrès ont été enregistrés dans cette voie, comme il ressort de la législation moderne de certains Etats, et cette tendance est favorisée et renforcée par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[3]. Cette loi est acceptée par de plus en plus d'Etats appartenant à des régions différentes et ayant des systèmes juridiques et économiques différents.

34. Comme les règles de procédure de la législation en la matière de certains Etats ne répondent pas nécessairement aux caractéristiques et exigences particulières de l'arbitrage commercial international et comme, en tout cas, cette législation ne contient pas de règles régissant toutes les questions de procédure pouvant se poser dans le cadre d'une procédure arbitrale, les parties voudront peut-être adopter un ensemble de règles régissant la procédure arbitrale dans le cadre de leur contrat. Si les parties souhaitent que leur arbitrage soit organisé par une institution, cette institution peut demander aux parties d'appliquer son propre règlement et refuser de s'occuper d'une affaire si les parties ont modifié certaines règles que l'institution considère comme fondamentales pour son système d'arbitrage. La plupart des institutions d'arbitrage donnent toutefois le choix entre deux ensembles de règles, ou parfois plus, et autorisent en général les parties à modifier telle ou telle règle. Si les parties ne sont pas priées par une institution d'appliquer un ensemble de règles donné ou de choisir parmi des règlements donnés, ou si elles optent pour l'arbitrage *ad hoc*, elles sont libres de choisir leur règlement. Pour ce faire, elles voudront peut-être se demander si ce règlement convient aux litiges internationaux et si les procédures énoncées dans le règlement sont acceptables.

35. Parmi les nombreux règlements d'arbitrage promulgués par des organisations internationales ou des institutions d'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4] mérite une mention particulière. Ce règlement s'est révélé acceptable pour les divers systèmes juridiques et économiques et il est connu et

utilisé dans toutes les régions du monde. Les parties peuvent y recourir aussi bien dans les arbitrages *ad hoc* proprement dits que dans les arbitrages prévoyant une autorité de nomination fournissant ou ne fournissant pas de services administratifs additionnels. Un nombre considérable d'institutions d'arbitrage du monde entier ont adopté le Règlement comme leur règlement propre pour les litiges internationaux ou se sont proposées comme autorités de nomination. La plupart d'entre elles sont disposées à fournir des services administratifs dans les arbitrages menés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

36. Lorsqu'une clause type accompagne le règlement d'arbitrage devant régir l'arbitrage de litiges nés du contrat de construction, ou est proposée par une institution d'arbitrage, l'adoption de cette clause par les parties peut contribuer à éviter les incertitudes et à renforcer l'efficacité de l'accord compromissoire. Certaines clauses types, telles que celle qui est jointe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, autorisent les parties à régler par convention certaines questions pratiques. Il s'agit de la participation d'une autorité de nomination, ainsi que du nombre des arbitres (voir par. 37 à 39), de la nomination des arbitres (voir plus loin, par. 40), du lieu de l'arbitrage (voir plus loin, par. 41 à 47) et de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale (voir plus loin, par. 48)[5].

c) *Questions pratiques devant être réglées par les parties*

i) *Nombre d'arbitres*

37. Les parties voudront peut-être spécifier dans la clause compromissoire le nombre des arbitres qui constitueront le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, le règlement d'arbitrage choisi ou, dans certains cas, la loi applicable en matière d'arbitrage spécifiera leur nombre, ou la manière dont ce nombre doit être déterminé. En s'accordant sur le nombre d'arbitres, les parties pourront s'assurer que ce nombre répond à leurs besoins et désirs particuliers, et il n'y aura plus d'incertitude quant à cet aspect de la procédure de nomination. Toutefois, les parties doivent être conscientes du fait que certaines lois nationales limitent leur liberté de convenir du nombre d'arbitres en interdisant, par exemple, un nombre pair.

38. Outre les restrictions juridiques éventuelles mentionnées ci-dessus, les considérations à prendre en compte pour déterminer le nombre des arbitres sont essentiellement de caractère pratique. Pour que la procédure arbitrale et la prise de décision soient efficaces, il est en général souhaitable de choisir un nombre impair, par exemple, un ou trois, bien que, dans la pratique, les parties choisissent parfois deux membres et adjoignent un mécanisme permettant de faire appel à un tiers arbitre, ou surarbitre, pour trancher en cas de blocage.

39. Pour ce qui est du choix entre un ou trois arbitres, les parties voudront peut-être considérer qu'une procédure arbitrale menée par un arbitre unique est en général moins onéreuse et tend à être plus rapide qu'une procédure avec trois arbitres, auxquels il faut verser des honoraires et dont les calendriers doivent être pris en considération. Par contre, avec un groupe de trois arbitres, on dispose de davantage de compétences et d'expérience. Puisque les compétences et l'expérience souhaitables peuvent être de types différents, on peut envisager différents modes de nomination des arbitres.

ii) *Nomination des arbitres*

40. Dans un arbitrage international, chaque partie peut vouloir choisir un arbitre qui connaisse bien le cadre économique et juridique dans lequel elle fonctionne. Aussi les parties pourront-elles convenir d'une méthode par laquelle chacune choisira un arbitre, le troisième étant choisi par les deux arbitres ou par une autorité de nomination. En revanche, dans des litiges complexes portant sur des questions juridiques, techniques et économiques, il peut être très avantageux de recourir à des arbitres ayant des compétences et une expérience différentes dans les domaines pertinents. Lorsque les parties attachent une importance particulière à cette question, elles peuvent charger une autorité de nomination de nommer les trois arbitres et peuvent éventuellement spécifier les qualifications ou l'expérience requises des arbitres.

iii) *Lieu de l'arbitrage*

41. Les parties voudront peut-être spécifier dans l'accord compromissoire le lieu où se déroulera la procédure et où la sentence arbitrale sera rendue. Le choix d'un lieu approprié pour l'arbitrage peut être d'une importance essentielle pour le bon fonctionnement de la procédure et pour l'exécution de la sentence. Les considérations ci-après peuvent guider le choix du lieu de l'arbitrage.

42. Premièrement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu tel que la sentence rendue en ce lieu soit exécutoire dans les pays où les parties ont leur établissement ou des avoirs substantiels. Dans de nombreux Etats, les sentences arbitrales ne sont directement exécutoires qu'en application de traités multilatéraux ou bilatéraux et souvent uniquement sur la base de la réciprocité. Les parties voudront donc peut-être choisir un lieu se situant dans un Etat qui ait conclu un tel traité avec les Etats où l'exécution pourra être demandée ultérieurement.

43. Deuxièmement, les parties pourront juger souhaitable de choisir un lieu où la législation de l'arbitrage offre un cadre juridique approprié pour les litiges internationaux. Il se peut que certaines de ces législations ne conviennent pas si, par exemple, elles limitent l'autonomie des parties ou n'offrent pas, en matière de procédure, des règles permettant d'assurer une procédure efficace et équitable.

44. D'autres considérations sont de caractère plus pratique : le lieu convient-il aux parties et aux autres participants à la procédure ? Les moyens nécessaires, y compris les salles de réunion, services d'appui et moyens de communication, y sont-ils disponibles ? Une institution d'arbitrage ou une chambre de commerce pourront-elles y fournir les services nécessaires, si les parties souhaitent en bénéficier ? Quels seront les coûts et dépenses pertinents, y compris les frais liés au logement, aux salles de réunion et aux services d'appui ? Les conseils des parties pourront-ils les représenter sans qu'il soit nécessaire de recourir à des conseils locaux ?

45. Il faut en outre noter qu'il peut être avantageux que la procédure arbitrale se déroule dans un lieu proche de l'objet du litige. Par exemple, si l'arbitrage se tient dans le pays du chantier ou près de ce pays, il sera plus facile de réunir des preuves sur le chantier.

46. Toutefois, d'autres considérations conduisent parfois les parties à convenir d'un lieu extérieur aux Etats où elles ont leur établissement. Par exemple,

elles peuvent choisir un Etat tiers lorsqu'aucune d'entre elles ne souhaite que l'arbitrage ait lieu dans le pays de l'autre partie; en effet, si la procédure doit se dérouler dans l'Etat d'une partie, l'autre pourra juger que cette dernière bénéficiera d'un environnement juridique et psychologique familier et aura pour diverses raisons plus de facilités pour faire valoir ses moyens.

47. Au lieu de spécifier un lieu d'arbitrage pour tous les litiges nés du contrat de construction, les parties peuvent parfois stipuler que l'arbitrage se déroulera dans le pays de la partie contre laquelle l'action est intentée. L'exécution de la sentence rendue contre une partie dans son propre pays ne se heurterait pas aux problèmes que pose parfois l'exécution d'une sentence étrangère. Si elles recourent à l'arbitrage institutionnel, les parties pourront convenir de deux institutions d'arbitrage, une dans le pays de chaque partie, et stipuler que l'arbitrage sera organisé, selon le litige, par l'institution du pays de la partie contre laquelle l'action est intentée (c'est ce qu'on appelle la "clause compromissoire mixte"). Les parties voudront peut-être retenir cette solution si elles ne peuvent convenir d'une seule institution d'arbitrage. Toutefois, de tels arrangements prévoyant deux lieux d'arbitrage risquent de poser des problèmes. Les règles juridiques applicables à la procédure dans chaque pays peuvent être différentes et se révéler pour une partie plus lourdes ou moins satisfaisantes à tout autre égard dans un pays que dans l'autre. En outre, les procédures arbitrales menées dans les différents pays seront soumises au contrôle de tribunaux judiciaires différents ayant plus ou moins la haute main sur la procédure.

iv) *Langue de la procédure*

48. Les parties voudront peut-être également spécifier la langue à utiliser dans la procédure arbitrale. Le choix de la langue peut influer sur l'efficacité de la procédure et sur son coût. Dans toute la mesure possible, il est souhaitable de ne spécifier qu'une langue, par exemple la langue dans laquelle le contrat est rédigé. Lorsque plus d'une langue est retenue, les coûts de la traduction et de l'interprétation d'une langue dans l'autre sont en général considérés comme faisant partie du coût de l'arbitrage et sont répartis de la même manière que les autres coûts.

49. Les parties voudront peut-être spécifier quelles pièces ou communications devront être soumises ou traduites dans la langue spécifiée. Elles peuvent, par exemple, stipuler que les pièces écrites, les témoignages oraux lors d'une audience et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral seront dans la langue spécifiée. Le tribunal peut être laissé libre de décider dans quelle mesure les pièces constituant des éléments de preuve doivent être traduites. Cette liberté peut être appropriée, étant entendu que les pièces soumises par les parties peuvent être volumineuses et qu'elles se rattachent rarement dans leur intégralité au litige.

F. Procédure judiciaire

50. Si les parties ne peuvent convenir de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, ces litiges devront être réglés par voie judiciaire. Les tribunaux de deux pays ou plus peuvent parfois connaître d'un litige donné entre les parties et la position juridique des parties à un litige peut différer selon que tel ou tel tribunal sera

saisi du litige. Par exemple, la validité et les conséquences du choix par les parties de la loi applicable au contrat dépendront des règles de droit international privé dans le pays du tribunal saisi du litige pour lequel la question se pose (voir chap. XXVIII, "Choix de la loi applicable", par. 7 et 8).

51. Les incertitudes imputables au fait que plus d'un tribunal peut connaître du litige peuvent être atténuées si les parties incluent dans le contrat une clause de compétence exclusive par laquelle elles sont tenues de soumettre leurs litiges découlant du contrat à un tribunal donné, en un lieu donné d'un pays donné. Il est souhaitable que la clause spécifie un tribunal dans un pays donné, au lieu de mentionner simplement un tribunal compétent de ce pays, afin d'éviter toute incertitude quant au tribunal habilité à connaître du litige. La clause peut spécifier les types de litige auxquels elle s'applique, de la même manière que le fait l'accord compromissoire (voir plus haut, par. 25).

52. Dans de nombreux systèmes juridiques, une clause conférant compétence exclusive à un tribunal n'est valide que si ledit tribunal est habilité à connaître des litiges qui lui sont soumis en vertu de la clause. Par suite, avant de choisir un tribunal, les parties devraient s'assurer que ce tribunal est juridiquement habilité à connaître des types de litige qui lui seront soumis. Les parties devront aussi rechercher si une décision prise par le tribunal pourra être exécutée dans leur pays (voir plus haut, par. 42).

53. Une clause de compétence exclusive peut certes réduire les incertitudes à propos de questions telles que la loi applicable au contrat et le caractère exécutoire d'une décision et faciliter le règlement multipartite des litiges (voir plus haut, par. 4), mais elle peut aussi présenter certains inconvénients. Si un tribunal du pays de l'une des parties s'est vu reconnaître compétence exclusive et que la clause de compétence exclusive n'est pas valide aux termes de la loi du pays du tribunal choisi alors qu'elle est valide aux termes de la loi du pays de l'autre partie, il risque d'être difficile d'entamer une procédure judiciaire dans l'un ou l'autre de ces pays. Il se peut que les difficultés liées à la mise en route de la procédure judiciaire se trouvent amplifiées si les parties confèrent compétence exclusive au tribunal d'un pays tiers.

Notes du chapitre XXIX

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17)*, par. 106 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XI : 1980, première partie, II, A [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.8]). Le Règlement de conciliation de la CNUDCI a également été publié sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.V.6). Il comporte une clause de conciliation type libellée comme suit : "Quand, en cas de litige découlant du présent contrat ou lié audit contrat, les parties souhaitent rechercher un règlement amiable de ce litige par la conciliation, celle-ci se fera conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI actuellement en vigueur". L'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 35/52 du 4 décembre 1980, a recommandé l'utilisation du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[2]Voir la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), *Recueil des traités*, vol. 330, n° 4739 (1959), reproduite dans le *Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.V.3).

[3]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), par. 332 et annexe I. Dans sa résolution 40/72 du 11 décembre 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a recommandé "que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international".

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. VII : 1976, première partie, II, A [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.1]). Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a également été reproduit sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6). L'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a recommandé l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

[5]*Disposition (clause compromissoire) donnée à titre d'exemple*

L'utilisation de la clause ci-après est recommandée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI :

"Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note. Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes :

"*a)* L'autorité de nomination sera . . . [nom de la personne ou de l'institution]

b) Le nombre des arbitres est fixé à . . . [un ou trois]

c) Le lieu de l'arbitrage sera . . . [ville ou pays]

d) La langue (les langues) à utiliser dans la procédure d'arbitrage sera (seront) . . ."

INDEX

Les chiffres romains renvoient aux numéros des chapitres et les chiffres arabes aux numéros des paragraphes à l'intérieur des chapitres respectifs. Ainsi, "IV 10" renvoie au paragraphe 10 du chapitre IV. Le symbole (—) remplace le libellé de la rubrique, qui ainsi n'a pas à être répété dans les différentes sous-rubriques.

Accès au chantier

— par l'ingénieur-conseil X 6, 29
aménagement de l' — IX 7, XIII 23
nature de l' — IX 32
portée de l' — IX 31

Achat d'équipements et de matériaux

conseils fournis par l'entrepreneur pour l' — par l'acquéreur IX 35
services fournis par l'entrepreneur à l'acquéreur pour l' — IX 33, 34

Achèvement de la construction

changement de la date d' — IX 24-26, XXIII 9-11, 33, XXIV 13
date d' — XIII 2, 4, 13
définition de l' — XIII 1
documentation technique nécessaire pour l' — VI 34
effets de l'absence d'articles d'importance mineure sur l' — XIII 4, XVIII 5
moment de l' — IX 14-17

Adaptation (imprévision) (voir aussi sous "Situation difficile")

champ de la clause d' — XXII 8-13
distinction entre la clause d' — et la clause d'exonération XXII 2
méthodes de rédaction de la clause d' — XXII 7-13
rapports entre la clause d' — et les autres clauses contractuelles ayant un objet similaire XXII 6, XXIII 1
recours à la clause d' — XXII 3-6, XXIII 1

Ajustement du prix

— dû à des données inexactes fournies par l'acquéreur VII 39, 43
— dû à des modifications de la réglementation et de la situation locales VII 39, 46
— dû à la nécessité de remédier à vices, pertes ou endommagements couverts par le risque à la charge de l'acquéreur XIV 23, XVIII 49
— dû à une modification VII 39, 42, XXIII 8-11, 24-32
— dû à une modification de la méthode de construction VII 39, 43
— dû à des obstacles naturels imprévisibles VII 39, 44, 45
— en fonction de critères spécifiés dans le contrat VII 40
— par voie d'entente VII 40
— par voie arbitrale ou judiciaire VII 40
définition de l' — VII 39

Appel d'offres

— et contrat clefs en main II 5
avis d' — III 15-18
choix de l'entrepreneur dans la procédure d' — III 42
conclusion du contrat dans la procédure d' — III 42
conditions contractuelles dans la procédure d' — III 27
désignation de l'ingénieur-conseil dans l' — X 21
modification de la procédure d' — III 25
négociation dans la procédure d' — III 27, 40, 47
postqualification dans la procédure d' — III 41
préparation de la procédure d' — IV 2
procédure d' — III 10-43
qualification dans la procédure d' — III 7, 11-14
questionnaire dans la procédure d' — III 13, 19, 41
sûreté requise dans la procédure d' — XVII 4
système de l' — général III 5-7
système de l' — sélectif III 5, 8
système de la double enveloppe dans la procédure d' — III 21, 35

Arbitrage

accord compromissoire XXIX 6, 24-29
clause compromissoire mixte XXIX 47
lieu de l' — XXIX 32, 33, 41-47
loi applicable à l' — XXIX 33, 34
mesures provisoires ou conservatoires en cours d' — XXIX 26
nombre des arbitres XXIX 37-39
nomination des arbitres XXIX 40
recours à l' — en vue du règlement des litiges XXIX 22, 23
Règlement d' — de la CNUDCI XXIX 35, 36
règles d' — devant être choisies par les parties XXIX 34-36
rapports entre l' — et les autres modes de règlement des litiges XXIX 5-8, 28
types d' — XXIX 30-32, 34

Assurance

— de l'installation achevée XVI 17-23
— de l'installation durant la construction XVI 17-23
— des engins et outils de l'entrepreneur XVI 27
— des équipements et matériaux XVI 24-26
— des structures temporaires XVI 17-23
— durant la période de garantie XVI 17
— globale XVI 14
— responsabilité contractuelle XVI 29
— responsabilité non contractuelle XVI 28
— responsabilité XVI 5, 28-37
— sur les biens XVI 5, 16-27
— tous risques XVI 20
arrangements relatifs à l' — XVI 6
assuré dans la police d' — XVI 19, 26
champ de l' — XVI 4-6, 15
chevauchements des — XVI 13
conséquences d'un changement de la date d'achèvement sur l' — IX 26
coordination des — XVI 13
coûts de l' — XVI, 10-12
défaut de souscription de l' — par l'entrepreneur XVI 39-41
lacunes des — XVI 13
montant de l' — XVI 8, 10, 11, 12, 26

obligation de souscrire une — XVI 2-4
paiement de l' — XVI 6
pertes ou dommages couverts par l' — XVI 21, 22
preuve de l' — XVI 38
rapports entre l' — et la responsabilité des parties XVI 7
règles impératives relatives à l' — XVI 15
risques devant être couverts par l' — XVI 20, 21, 24, 26
spécifications de l' — XVI 8
transfert de droits résultant d'une police d' — au moment de la réception XIII 30

Avance

— en tant qu'élément des conditions de paiement VII 67
caractéristiques de l' — VII 67
garantie de remboursement de l' — XVII 13

Calendrier

— de la construction, fondé sur la méthode du "chemin critique" IX 19
— de la construction IX 18-23
— de la formation VI 28
— de la fourniture des équipements et des matériaux VIII 9, 10, 28
— de réfection XIII 30
— des travaux préparatoires sur le chantier IX 7
— et formule des contrats distincts IV 16
modifications du — IX 24-26

Caractéristiques techniques

— de l'installation V 8, XIII 24, XXVIII 23
— des matériaux V 9, XXVIII 23

Cautionnement de bonne fin XVII 7, 11, 23, 30, 38

Certificat provisoire de paiement VII 72, 74

Chantier

accès au — IX 7, 31, 32, X 6, 29, XIII 23
caractère approprié du — VII 44, IX 6
dégagement du — IX 36
fourniture du — IX 6
identification du — IX 6
inspection du — III 25, IX 6
dégagement du — après la résiliation du contrat XXV 23, 24
travaux préparatoires sur le — IX 7

Choix

— de l'entrepreneur III 33-42, 44
— des entreprises pour les études précontractuelles I 13-16
— du garant XVII 14-16

Choix de la loi applicable au contrat

— par les parties IV 4, XXVIII 8-19
restrictions au — XXVIII 7

Clause de compétence exclusive XXIX 4, 51-53

Clause pénale

obtention de la somme payable en vertu de la — XIX 16, 17
plafonnement de la somme payable en vertu de la — XIX 13-15
quantification de la somme payable en vertu de la — XIX 11, 12
résiliation du contrat en vertu de la — XIX 15, 22

Clause sur la monnaie de paiement

— faisant appel à plusieurs monnaies de référence VII 59
— faisant appel à une monnaie de référence unique VII 58
Caractérisation de la — VII 58

Clause sur l'unité de compte

caractérisation de la — VII 60, 61
choix de la — VII 62

Clauses d'indexation

caractérisation des — VII 49
formule algébrique utilisée dans les — VII 50
fraction du prix à laquelle s'appliquent les — VII 52
indices à utiliser dans les — VII 54, 55
moments pertinents pour l'application des — VII 53
restriction à l'application des — VII 48

Communication

— entre l'acquéreur et les sous-traitants XI 35, 36
— entre l'entrepreneur et l'acquéreur II 16, IV 1

Comptes rendus des inspections et essais XII 27

Conception

assurance responsabilité concernant la — XVI 30
confidentialité de la — XI 8, 29
défauts dans la — XVIII 33, XXIV 7
fourniture de la — II 2, 4, 24, 25, V 2
garantie relative à la — de la part de l'entrepreneur XI 30
non-fourniture à temps par l'acquéreur d'une — exempte de défauts XVIII 62

Conciliation

caractérisation de la — XXIX 12
objet de la — XXIX 12, 15
règlement de — de la CNUDCI XXIX 14
règles applicables à la — XXIX 14
rapports entre la — et les autres modes de règlement des litiges XXIX 5, 12

Conditions de paiement

— dans le cadre du contrat au forfait VII 64
— dans le cadre du contrat en régie VII 65
— dans le cadre du contrat à prix unitaire VII 66
— et loi applicable VII 4
— pour l'entretien XXVI 28
— pour les pièces de rechange XXVI 18
— pour les services de réparation XXVI 33
— pour les services d'exploitation XXVI 39
avance au titre des — VII 67

caractérisation des — VII 63
crédit accordé compte tenu des — VII 77-79
paiement après l'expiration de la période de garantie en vertu des — VII 76
paiement après la prise en charge ou la réception de l'installation en vertu des — VII 75
paiement durant la construction en vertu des — VII 68-74, VIII 14

Conditions de travail IX 3

Confidentialité

— des techniques et de la conception XI 8, 29
— en ce qui concerne la construction IX 31
— en ce qui concerne les dispositions relatives au savoir-faire VI 23-25
— en ce qui concerne les renseignements divulgués durant les négociations III 44
— en ce qui concerne les spécifications, dessins et autres pièces techniques V 23
durée de la — VI 24
effets de la résiliation du contrat sur la — VI 24, XXV 36
portée de la — VI 24

Connaissement VIII 14

Consortium II 11

Construction

ampleur de la — V 3, 4, 6, 7
calendrier de la — IX 18-23
caractéristiques techniques de — V 3, 4, 8, 9
cessation de la — en cas de résiliation du contrat XXV 23
moment du début et moment de l'achèvement de la — IX 14-17
définition de la — IX 1
engins et outils nécessaires à la construction — IX 11-13
équipement et matériaux à utiliser pour la — VIII 1
méthode du "chemin critique" pour la — IX 19
règles impératives relatives à la — VII 46, XXVIII 23
relevés de la — XII 26

Construction des bâtiments

— en tant qu'élément des travaux de construction IX, 1, 2
détermination des caractéristiques techniques de la — V 3, 13
méthode de fixation du prix pour la — VII 26

Construction sur le chantier

conseils relatifs à la — IX 30
définition de la — IX 2
règles juridiques relatives aux normes ou procédures à respecter pendant la — IX 3
supervision de la — IX 27-29

Contrat

adaptation du — XXII 14, 23, XXIX 3 (voir aussi sous "Modification de la construction")
conclusion du — III 1-9, 48-50
définition du — de construction — Intr. 6, 7
définition dans le — IV 23-26 (voir aussi sous "Sens des termes et expressions")
entrée en vigueur du — III 50, VIII 18
forme du — III 44, 49, IV 11

interprétation du — IV 12-15
langue du — IV 7, 8
méthodes de conclusion du — III 1-9, 42
modification du — par convention III 49, IV 11
parties au — de construction IV 9, 10
pièce principale du — IV 11, 15, V 3
pièces relatives au — IV 11-16

Contrat à prix unitaire

caractère approprié du — VII 26
conditions de paiement dans le — VII 66
définition du — VII 2
incidence d'une modification sur le prix dans le — XXIII 30, 31
réduction du risque lié au — VII 27
risques liés au — VII 28
unités utilisées dans le — VII 25

Contrat clefs en main

ampleur de la construction dans le — V 6
caractérisation du — II 4-6

Contrat en régie

choix du — VII 11
comptabilité dans le — VII 24
conditions de paiement dans le — VII 65
définition du — VII 2
dépenses remboursables dans le — VII 16-20
effets des modifications dans le — XXIII 32
honoraires cibles dans le — VII 23
honoraires dans le — VII 21-23
méthodes d'atténuation des risques dans le — VII 13-15
recours au — VII 10-24
risques dans le — VII 12
vérification des coûts dans le — VII 73

Contrat produit en main

ampleur de la construction dans le — V 6
caractérisation du — II 7
obligation en matière de formation dans le — VI 30

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises XXI 6, XXVIII 20, 21

Coopération

— entre l'acquéreur et l'entrepreneur IV 17, IX 5
— entre l'acquéreur et un sous-traitant XI 35, 36
— pour atténuer le préjudice XXI 28

Course au moins-disant XI 13

Coûts cibles VII 13, 15

Crédit

— accordé par l'entrepreneur VII 78, 79
— accordé par le pays de l'entrepreneur VII 80

Dédouanement et droits de douane

— pour les engins et outils de construction IX 12
— pour les équipements et matériaux à incorporer dans l'installation VIII 15, 16
règles juridiques en matière de — XXVIII 22, 25

Défaut d'exécution

— après la construction XVI 46
— de l'obligation d'adapter le contrat XXII 14, 22, 23
— d'obligations concernant le transfert de droits et d'obligations XXVII 12
— imputable à un retard dans la construction XVIII 17-25
— imputable à un retard dans le paiement du prix XVIII 51-58
— imputable à un retard dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix XVIII 51, 57, 58
— imputable à une construction défectueuse XVIII 26-48
— ouvrant droit au versement de dommages-intérêts spécifiés ou d'une pénalité XIX 9
autres — XVIII 56, 63
caractérisation du — XVII 4
choix de recours en cas de — XVIII 14
délai supplémentaire d'exécution en cas de — XVIII 15

Dépendances de l'installation XIV 16

Description de l'installation

— au moyen de dessins V 17-19
— au moyen de normes V 14-16
— au moyen de spécifications V 10-13
ampleur de la construction dans la — V 3-7
caractéristiques techniques de la construction dans la — V 3-5, 8, 9
établissement de documents pour la — V 2
façons de concevoir la — V 8, 9

Dessins

— après la résiliation du contrat XXV 29
— complémentaires V 17
— d'atelier V 18
approbation des — V 19
caractérisation des — V 3, 17
fourniture des — V 18
manquement à l'obligation de confidentialité en ce qui concerne les — V 25
propriété des — V 24
protection des — V 23
responsabilité relative aux — V 20-22
utilisation des — V 24

Dessins ou modèles industriels VI 3

Documentation technique

détermination de la — à fournir VI 33
erreurs ou omissions dans la — VI 34
examen de la — aux fins de l'exploitation et de l'entretien XIII 5
moment de la fourniture de la — VI 34, 37

Dommages (voir aussi sous "Préjudice")
— aux biens de tiers XI 28, XX 16-18
— causés par un sous-traitant XI 28
réparation des — en vertu de dispositions autres que celles qui ont trait aux dommages-intérêts XX 6
remèdes aux — dont l'acquéreur assume le risque XIV 23
rémèdes aux — dont l'entrepreneur assume le risque XIV 23

Dommages-intérêts
— en cas de défaut de souscription d'une assurance XVI 39-41
— en cas de préjudice corporel ou matériel subi par un tiers XX 16-18
— en tant que recours additionnel en cas de défaut d'exécution XVIII 5
— pour manque à gagner XX 8
distinction entre les — et les autres recours XX 4-6
monnaie des — XX 19
obligation de verser des — XX 3, 7
plafonnement du montant des — XX 14
portée des — XX 2, 3, 7-10
rapports entre l'obligation de verser des — et la prise en charge du risque de perte ou d'endommagement XIV 4
réduction des — en cas de manquement à l'obligation d'atténuer le préjudice subi XX 15
réduction des — lorsque le défaut d'exécution se traduit par des gains XX 13
règles juridiques applicables aux — XX 1-3, XXVIII 9, 16, 17
types de préjudices pouvant ouvrir droit à — XX 7-12 (voir sous "Préjudice")

Dommages aux personnes XX 16-18

Dommages-intérêts spécifiés
— en tant que recours supplémentaire en cas de défaut d'exécution XVIII 5
— payables en cas de retard XIX 18-21
délimitation du défaut d'exécution couvert par les — XIX 10
effets de la résiliation du contrat sur les — XIX 22
effets d'empêchements exonératoires sur les — XIX 7, XXI 8
limitation de la somme payable en vertu d'une clause de — XIX 13-15
obtention de la somme payable en vertu d'une clause de — XIX 16, 17
quantification de la somme payable en vertu d'une clause de — XIX 11, 12
règles impératives relatives aux — XIX 6
rapports entre les — et les dommages-intérêts XIX 9
rapports entre les — et les autres recours XIX 5
rapports entre les — et l'exécution forcée XIX 8
résiliation du contrat en vertu d'une clause de — XIX 15, 22
rôle des — XIX 1-4

Empêchements exonératoires
conséquences des — XXI 8, XXV 22
détermination des — XXI 2, 3, 9-26
pertinence des — pour l'application de la clause d'indexation VII 53
pertinence des — pour la résiliation du contrat XXI 8, XXV 22
pertinence des — pour l'exécution du contrat XVIII 10, XXI 8
rôle des — XXVIII 5, XXI 2

Engins et outils nécessaires à la construction
— après la résiliation du contrat XXV 25
assurance des — XVI 27

dégagement du chantier des — IX 36
fourniture des — IX 11
licences et dédouanement relatifs aux — IX 12
paiement des — IX 11
prise en charge du risque relatif aux — XIV 24
transport des — sur le chantier IX 13

Entreposage sur le chantier

— des équipements et matériaux fournis par l'acquéreur XIV 19
— par l'acquéreur VIII 25, 26
— par l'entrepreneur VIII 22, 23, 24
incidence du choix de la formule contractuelle sur l' — VIII 23
installations pour l' — VIII 24
prise en charge du risque pendant l' — XIV 10-13
rédaction de dispositions relatives à l' — VIII 21
responsabilité en matière d' — VIII 24, 25

Entretien

— devant être assuré par l'entrepreneur XXVI 24, 25
caractérisation de l' — XXVI 22
commencement et durée des services d' — XXVI 42-44
conditions de paiement des services d' — XXVI 28
manuels d' — XXVI 23
modification des services d' — XXVI 43, 44
moyens nécessaires pour fournir des services d' — XXVI 40
normes pour l' — XXVI 25
programme d' — XXVI 23
rapport d' — XXVI 26
recours autres que la résiliation en ce qui concerne les services d' — XXVI 46
résiliation des services d' — XXVI 45
spécifications de l' — XXVI 25

Equipements

— dépendant de l'installation XIV 16
assurance des — XVI 24-26
caractéristiques techniques des — V 8
dédouanement des — et droits de douane y relatifs VIII 15, 16
description des — VIII 6, 7
emballage des — VIII 12
entreposage des — sur le chantier VIII 21-26
fourniture des — par l'acquéreur VIII 27-29 (voir aussi sous "Equipements et matériaux fournis par l'acquéreur")
fourniture des — par l'entrepreneur VIII 6-26 (voir aussi sous "Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur")
interdictions et licences relatives aux — VIII 17-18
méthode de fixation du prix pour la fourniture des — VII 7, 17, 26
méthode de fixation du prix pour la mise en place des — VII 26
non-fourniture par l'acquéreur des — XVIII 63
pièces de rechange pour les — XXVI 10-21
prise en charge des — par l'acquéreur VIII 19, 20
prise en charge des — par l'entrepreneur VIII 29
retrait des — défectueux du chantier XVIII 32
transfert de la propriété des — XV 6, 7
transfert du risque relatif aux — fournis par l'acquéreur XIV 18, 19

transfert du risque relatif aux — fournis par l'entrepreneur XIV 7-17
transport des — VIII 11-14
vices des — XVIII 8, 27-31

Equipements et matériaux fournis par l'acquéreur

caractérisation des — VIII 27
inspection des — VIII 29
non-livraison des — XVIII 63
spécification des — VIII 28

Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur

— disponibles sur place VIII 4
assurance liée aux — XVI 24-26
caractérisation des — VIII 2
dédouanement et droits de douane relatifs aux — VIII 15-16
description des — VIII 6, 7
entreposage des — VIII 21-26
inspections et essais des — XII 16-27
interdictions et licences relatives aux — VIII 17, 18
lieu de la livraison des — VIII 10
moment de la livraison des — VIII 8, 9
non-livraison des — XVIII 17-19, 28-32
prise en charge des — VIII 19, 20
responsabilité en matière d' — VIII 2, 5
transfert du risque lié aux — XIV 9-17
transport des — VIII 11-14

Essais après la construction

essais d'achèvement XIII 4-13 (voir sous "Essais d'achèvement")
essais de bon fonctionnement XIII 14, 17-19, 24-28 (voir sous "Essais de bon fonctionnement")

Essais d'achèvement

coûts des — XIII 9, 10
date des — XIII 4, 6
description des — XIII 5
effets d' — concluants XIII 7
empêchement des — XIII 7, 32
fonction des — XIII 4
formalités durant les — XIII 11
procès-verbal des — XIII 12
réalisation des — XIII 8, 11, XIV 22
règles impératives relatives aux — XIII 5, 11
répétition des — XIII 7
report des — XIII 8
responsabilité de l'entrepreneur en ce qui concerne les — XIII 4

Essais de bon fonctionnement

concluants XIII 24
conséquences d' — non concluants XIII 26, XVIII 35-37
conséquences de la non-réalisation par l'entrepreneur des — XIII 26, XVIII 34
conséquences d'une modification sur les — XIII 27
coût des — XIII 27
date de réalisation des — XIII 14, 17-19, 26
définition des — concluants XIII 24

description des — XIII 27
durée des — XIII 27
effets des — concluants XIII 29, XVIII 60
évaluation des — XIII 28
formalités durant les — XIII 27
objet des — XIII 24
procès-verbal des — XIII 28
réalisation des — XIII 27
répétition des — XIII 26
responsabilité de l'entrepreneur en matière d' — XIII 27

Essais durant la construction

— dans le cadre du système de contrôle de l'entrepreneur XII 4
—, par l'entrepreneur, des équipements et matériaux fournis par l'acquéreur XII 7
déroulement des — XII 25
institution engagée pour les — XII 6
normes pour les — XII 5
règles juridiques relatives aux — XII 2, 3

Essais durant la fabrication

— dans le cadre du système de contrôle de l'entrepreneur XII 4
— non concluants XII 16
— supplémentaires ou modifiés XII 15
accès de l'acquéreur aux — XII 10
coût des — XII 20
défaut de notification de vices durant les — XII 1, 8, 17
description des — XII 8, 9
institution engagée pour les — XII 6
moment du déroulement des — XII 12-14
moyens et services à fournir à l'acquéreur dans le cadre des — XII 11
non-participation de l'acquéreur aux — XII 14
normes pour les — XII 5
objet des — XII 8
procès-verbaux et certificats d' — XII 17-19
règles juridiques relatives aux — XII 2, 3

Etudes

— d'opportunité I 6
— de faisabilité I 9-11
— de sensibilité I 11
— détaillées I 12
— préliminaires I 7, 8

Exonération

— en ce qui concerne le défaut d'exécution de tiers engagés par l'entrepreneur XXI 25, 26
caractérisation de l' — XXI 1, 2
champ de l' — XXI 3
distinction entre l' — et la clause d'adaptation XXII 2
rapports entre l' — et les recours en cas de défaut d'exécution XVIII 13, XXI 7
rapports entre l' — et la prise en charge du risque de perte ou d'endommagement XIV 4
règles juridiques relatives à l' — XXI 5, 6

Expert-arbitre dans le règlement de litiges

questions de la compétence de l' — XXIX 18
rapports hiérarchiques entre l' — et la procédure arbitrale et judiciaire XXIX 20

recours à un — XXIX 16, 17
révision de la décision de l' — XXIX 21
rôle de l' — XXIX 18, 19

Fixation du prix

— dans un contrat en régie VII 10-25
— dans un contrat au forfait VII 6-9
— dans un contrat à prix unitaire VII 25-27
méthodes de — VI 18-20, VII 2-4
méthode de — pour le paiement des moyens et services nécessaires au personnel de l'entrepreneur IX 9
règles juridiques de caractère public relatives à la — VII 4, 5

Formation

— à l'entretien de l'installation XXVI 5, 27
— à l'exploitation de l'installation XXVI 5
— au montage des pièces de rechange XXVI 21
— du personnel de l'acquéreur VI 26-32
choix des personnes auxquelles une — sera dispensée VI 27, 30
coûts de la — du personnel de l'acquéreur durant la période d'essai XIII 20
étendue de la — VI 25
lieu de la — VI 29, 31
moment de la — VI 27, 28, 32
obligations des parties en matière de — VI 28-30

Garant

choix du — XVII 14-16
nature de l'obligation du — XVII 17-24

Garantie

— accessoire XVII 19, 27
— d'entretien XVII 12
— de bonne exécution XVII 77, XVII 9-12, 14-39
— de paiement par l'acquéreur XVII 40
— de qualité V 26-31, XIII 23
— de remboursement XVII 13
— de soumission III 28-30, XVII 9, 25
— payable sur première demande XVII 17
— relative aux pièces de rechange XXVI 19
— relative aux réparations XXVI 35
conséquences d'un changement de la date d'achèvement sur la — de bonne exécution IX 26

Garantie de bonne exécution

— monétaire XVII 11, 24
défaut de fourniture d'une — XVII 25
durée de la — XVII 35-39
effet de la réalisation du contrat sur la — XVII 34
effet d'une modification sur la — XVII 30-33
étendue de l'obligation créée par la — XVII 26-29
moment de la fourniture de la — XVII 25
prorogation de la durée de la — XVII 36
réduction du montant de la — XVII 28
rôle de la — XVII 10
types de — XVII 11

Garantie de qualité

— du fabricant V 31
caractérisation de la — V 26
commencement de la période de — V 29, XIII 23
durée de la — V 28
portée de la — V 26, 27
prorogation de la période de — V 30

Garantie de remboursement

caractérisation de la — XVII 13
date de constitution de la — XVII 25
durée de la — XVII 39
effets de la résiliation du contrat sur la — XVII 34
étendue de la responsabilité en vertu de la — XVII 29
rôle de la — XVII 9

Génie civil (voir sous "Travaux de génie civil")

Guide

définitions dans le — Intr. 13
économie générale du — Intr. 10-13
dispositions données à titre d'exemples dans le — Intr. 17, IV 6
nature du — Intr. 9, 16
objet des remarques générales dans le — Intr. 15
objet du — Intr. 8
recommandations dans le — Intr. 16
résumés dans le — Intr. 14

Honoraires dans la méthode du contrat en régie

— cibles VII 23
— en pourcentage du coût effectif VII 22
— fixes VII 21, 22

Imposition

— et prix VII 5, 7
dispositions contractuelles relatives à l' — IV 5, VII 5
double — IV 5, VII 5
influence de l' — sur la formule contractuelle II 3, IV 5

Incorporation des équipements et matériaux dans l'installation

— défectueuse — XVIII 31
caractérisation de l' — XIV 7, 8
effets de l' — sur la prise en charge du risque de perte ou d'endommagement XIV 7, 8
effets de l' — sur le transfert de la propriété XV 6, 7

INCOTERMS VIII 3, XIV 18

Ingénieur-conseil

— agissant au nom de l'acquéreur X 7, 8
accès de l' — au chantier X 29
avis et connaissances techniques offerts par l' — X 5, 6
caractérisation de l' — X 3
choix de l' — X 20-26
délégation de pouvoirs de l' — X 27

délivrance d'un certificat provisoire de paiement par l' — VII 72, 74
désignation de l' — dans les appels d'offres X 21
fonctions indépendantes de l' — X 9-19
nécessité d'engager un — X 1-4
objections de l'entrepreneur à la nomination de l' — X 24
règlement des litiges par l' — X 15, 17-19
remplacement de l' — X 25
renseignements à fournir à l' — X 29
rôle de l' — en ce qui concerne l'entretien de l'installation XXVI 24

Inspection lors de l'expédition ou de l'arrivée sur le chantier

conséquences de la découverte de vices durant l' — XII 22
défaut d' — VIII 20, XII 22
objet de l' — XII 21

Inspection durant la construction

— des équipements et matériaux fournis par l'acquéreur, effectuée par l'entrepreneur VIII 29
— lors de la prise en charge des équipements et matériaux par l'acquéreur VIII 20
institution engagée pour l' — XII 6
moyens et services à founir à l'acquéreur dans le cadre de l' — XII 11
objet de l' — XII 1
règles juridiques relatives à l' — XII 2, 3

Inspection durant la fabrication

accès de l'acquéreur aux lieux de fabrication dans le cadre de l' — XII 10
coûts de l' — XII 20
description de l' — XII 8, 9
institution engagée pour l' — XII 6
moyens et services à fournir à l'acquéreur dans le cadre de l' — XII 1
non-notification de vices découverts durant l' — XII 1
objet de l' — XII 1, 8
règles juridiques relatives à l' — XII 2, 3

Interdiction d'importer ou d'exporter VIII 17, 18

Intérêts en cas de retard de paiement XVIII 52-56, 64

Interprétation

— du contrat conclu en plusieurs langues IV 8
— des dispositions contractuelles IV 12-15

Invalidité de dispositions contractuelles III 49, 50, IV 4, 5, VI 7, 8, 11, VII 3-5

Lettre de crédit

— documentaire irrévocable XVII 1, 41-45
— stand-by XVII 7, 17
utilisation de la — XVII 1, 17

Lettre de crédit stand-by

caractérisation de la — XVII 17
rôle de la — XVII 7

Lettre de voiture VIII 14

Licences d'importation ou d'exportation VIII 17, 18, XXI 24

Loi

— applicable à la procédure arbitrale ou judiciaire XXVIII 3, 18, XXIX 34, 51-53
— applicable au transfert de la propriété des biens XV 3, XXVIII 3
— de caractère administratif ou public XXVIII 2, 22-25
choix de la — applicable au contrat XXVIII 4-21, XXIX 22
définition des mots "— applicable au contrat" XXVIII 1, 19
détermination de la — applicable au contrat XXIX 5-19

Marques de fabrique VI 3

Matériaux de construction

assurance des — XVI 5, 24-26
caractérisques techniques des — V 9, VIII 6, 7
dédouanement des — et droits de douane y relatifs VIII 15, 16
description des — VIII 6, 7
emballage des — VIII 12
entreposage des — sur le chantier VIII 21-26
fourniture des — par l'acquéreur VIII 27-29
fourniture des — par l'entrepreneur VIII 6-26
interdictions et licences relatives aux — VIII 17-18
non-fourniture par l'acquéreur des — XVIII 63
prise en charge des — par l'acquéreur VIII 19, 20
prise en charge des — par l'entrepreneur VIII 29
transfert du risque relatif aux — XIV 7-19
transport des — VIII 11-14
vices des — XVIII 28-32

Mesures provisoires ou conservatoires dans le règlement de litiges XXIX 2, 19, 26-28

Méthode des pièces justificatives

caractérisation de la — dans la révision du prix VII 56
différence entre la — et la méthode retenue dans le contrat en régie VII 56
fraction du prix soumise à révision dans la — VII 57
procédure utilisée dans la — VII 57
restrictions à l'application de la — VII 48
révision du prix par la — VII 56, 58

Méthode du "chemin critique" pour la construction IX 19

Mise en place des équipements

— dans le cadre de la construction IX 1, 2
conseils de l'entrepreneur relatifs à la — IX 30
formules contractuelles et — IX 27
inspection de la — IX 30
méthode de fixation du prix de la — VII 26
supervision de la — IX 2, 28, 29

Modification de la construction

— demandée par l'entrepreneur XXIII 20-22
— due à des obstacles naturels imprévisibles XXIII 23
— due à une modification de la réglementation et de la situation locales XXIII 23
— exigeant le consentement de l'entrepreneur XXIII 19
conceptions fondamentales de la rédaction d'une clause de — XXIII 5-7, 19, 20-22

définition de la — XXIII 1
effets de la — sur la garantie de bonne exécution XVII 30-33
effets d'une — sur le calendrier et la date d'achèvement IX 24-26, XXIII 9-11
effets de la — sur les essais de bon fonctionnement XIII 27
fondement juridique de la — XXIII 3, 12-19
ordre de — et ses conséquences XXIII 5, 6, 12-18
procédure de — XXIII 9-19
recours à une — XXIII 2, 4, 12

Monnaie

— à utiliser VII 32
— de paiement du prix VII 32
— locale — VII 35
réduction des risques liés à la — VII 33, 34, 36
risques liés à la — VII 31, 34

Négociation

— dans la procédure d'appel d'offres III 27, 47
— en cas de défaut d'exécution XVIII 10
— en remplacement de la procédure d'appel d'offres III 9, 44-46, IV 2, 3
— relative à la fourniture de services après la construction XXVI 42
— relative au règlement des litiges XXIX 5, 10, 11

Normes

— internationales V 15
— pour les moyens et services requis par le personnel de l'entrepreneur IX 9
caractérisation des — V 14
identification des — V 3, 16

Notification

— à un groupe d'entreprises et au nom d'un tel groupe II 16
— de faits pouvant ouvrir droit à une prorogation du délai d'achèvement IX 25
— de la nécessité de services de réparation XXVI 31
— de la suspension XXIV 8, 9, 11
— de pertes ou de dommages durant l'entreposage sur le chantier VIII 25
— d'essais durant la construction XII 24, 25
— d'essais durant la fabrication XII 18
— de vices de l'installation décelés durant la période de garantie XVIII 43-46
— de vices décelés lors de l'inspection des travaux de mise en place des équipements IX 29, 30
— d'obstacles à l'exécution XXI 27, 28
— du choix de l'ingénieur-conseil X 23
— du commencement de la construction IX 20
— du fait que les équipements ou matériaux peuvent être inspectés XII 21
— d'un groupe d'entreprises et en leur nom III 58
— d'une situation difficile XXII 15-17
— du personnel à superviser lors de la mise en place des équipements IX 28
— par l'entrepreneur de la perte ou de l'endommagement d'équipements et matériaux entreposés VIII 26
— par l'intermédiaire de l'ingénieur-conseil X 8
— par l'intermédiaire d'un représentant IV 21
absence de — IV 22, VIII 26, 29, XVIII 65
effets de la — IV 19, 20
forme de la — IV 19

Octroi de licences

— relatives à la propriété industrielle VI 3, 6

Offres (voir aussi sous "Soumission" et "Soumissionnaire")

évaluation des — III 33-40
formule type d' — III 26
rejet des — III 10, 43
validité des — III 24

Opération conjointe

— en tant qu'entrepreneur II 11
— entre l'entrepreneur et l'acquéreur II 26-31

Paiement

— après la prise en charge ou la réception de l'installation VII 75, XIII 23
— après la résiliation du contrat XXV 30-35
— après l'expiration de la période de garantie VII 76
— de droits de douane VIII 16
— des équipements et matériaux fournis VII 70, VIII 14
— des sous-traitants par l'acquéreur XI 32-34
— d'une avance VII 67
— d'une prime VII 28-30
— durant la construction VII 68-74
— du transfert de techniques VI 18-20
demande de — du prix et des intérêts XVIII 52-55
documents requis pour le — VII 71

Passation du contrat

— avec un groupe d'entreprises II 9-16
conséquences du choix de la formule de — sur la prise en charge des risques XIV 20-22
formule de — fondée sur des contrats multiples II 17-25
formule de — fondée sur le contrat clefs en main II 4-6
formule de — fondée sur le contrat produit en main II 7
formule de — fondée sur un contrat unique II 4-8
pertinence de la formule de — pour le calendrier de construction IX 20-23
pertinence de la formule de — pour le choix des sous-traitants XI 12

Pénalité

— en tant que recours supplémentaire en cas de défaut d'exécution XVIII 5
— payable en cas de retard XIX 18-21
définition du défaut d'exécution ouvrant droit au versement d'une — XIX 10
effets de la résiliation du contrat sur la — XIX 22
effets des empêchements exonératoires sur la — XIX 7, XXI 8
fonction de la — XIX 1-4
rapports entre la — et l'exécution forcée XIX 8
rapports entre la — et les dommages-intérêts XIX 9
rapports entre la — et les autres recours XIX 5
règles impératives relatives à la — XIX 6

Période d'essai

coûts durant la — XIII 20
durée de la — XIII 20, XVIII 61
objet de la — XIII 15
production de l'installation durant la — XIII 20
supervision de l'installation durant la — XIII 16

Personnel

assurance concernant le — XVI 32-37
conditions de travail du — IX 3
formation du — de l'acquéreur VI 26-32
moyens et services à fournir au — de l'entrepreneur IX 9
participation du — de l'acquéreur aux essais pendant la fabrication XII 9
visas et permis de travail du — de l'entrepreneur IX 8

Pièces de rechange

acquisition de — auprès des fournisseurs de l'entrepreneur XXVI 16
assistance pour la mise en place des — XXVI 21
catégories de — XXVI 12-15
commencement et durée de la période de fourniture de — XXVI 41-44
disponibilité des — XXVI 10, 11, 14
fourniture de — après l'achèvement de la construction XXVI 1, 7-21
fourniture de — lors de l'achèvement de la construction XXVI 12, 13
garantie relative aux — XXVI 19
modification de la fourniture de — XXVI 43, 44
recours autres que la résiliation en ce qui concerne les — XXVI 46
résiliation de la fourniture de — XXVI 45
spécifications techniques des — XXVI 19
vérification des — lors de l'achèvement de la construction XIII 5

Plafonnement du montant total des dépenses remboursables VII 13, 15

Préjudice

— causé par la suspension XXIV 16
— dont le lien de causalité avec l'inexécution est lointain XX 11, 12
— imprévisible XX 9, 10
— indirect XX 12
atténuation du — XX 15
atténuation du — causé par des empêchements exonératoires XXI 28
compensation du — XX 3, 6, 7
compensation du — en vertu de dispositions autres que celles qui ont trait aux dommages-intérêts XX 12
déduction du montant du — des gains résultant d'un défaut d'exécution XX 13
réparation du — dont le risque est à la charge de l'acquéreur XIV 23
réparation du — dont le risque est à la charge de l'entrepreneur XIV 23
types de — XX 7-12

Prestations liées à la construction

— défectueuses XVIII 29-31
définition des — IX 1

Prime

détermination de la — VII 28, 29
moment du paiement de la — VII 30

Prise en charge de l'installation

— du fait de la résiliation du contrat XXV 26
conséquences de la — XIII 22, XIV 20-22
date de la — XIII 2, 22
définition de la — XIII 1
moment de la — XIII 14, 17-19, 21
obligation de — par l'acquéreur XIII 21, XVIII 59
procès-verbal de — XIII 22

Prise en charge des équipements et matériaux

— fournis par l'acquéreur VIII 29, XIV 18, 19
— fournis par l'entrepreneur VIII 19, 20
conséquences de la — VIII 19, 20, XIV 12, 18, 19
défaut de — VIII 19
définition de la — VIII 19
moment de la — VIII 19

Prix

— dans un contrat en régie VII 2, 10-24
— de l'atelier IX 10
— de l'entretien XXVI 28
— de la formation VI 31
— des pièces de rechange XXVI 18
— des services d'exploitation XXVI 39
— des services de réparation XXVI 33
— du transfert des techniques VI 18-20
— ferme VII 3
— final à convenir VII 3
— forfaitaire VI 19, 20, VII 2, 6-9
— provisoire VII 3
— unitaire VII 2, 25-27
ajustement du — VII 3, 38-46 (voir sous "Ajustement du prix")
détermination du — VII 3
monnaie de paiement du — VII 31-37
rétention du — VII 76
révision du — VII 3, 38-40, 47-62 (voir sous "Révision du prix")

Prix forfaitaire

— dans le transfert de techniques VI 19, 20
— en tant que méthode de fixation du prix VII 6-9
— et formule contractuelle VII 6
conditions de paiement du — VII 64
définition du — VII 2
incidences de modifications sur le — XXIII 26-29
ventilation du — VII 7, XXV 30

Procédure judiciaire XXIX 50-53

Propriété industrielle

actions de tiers fondées sur la — VI 20
différentes formes de — VI 3

Rapport

— sur l'entretien XXVI 26
— sur les essais d'achèvement XIII 12
— sur les essais de bon fonctionnement XIII 28
— sur les réparations nécessaires XXVI 32

Réception de l'installation

— limitée à certaines parties de l'installation XIII 33
— malgré la présence de vices XVIII 38-42
— provisoire — XIII 35, 36
— sans essais de bon fonctionnement XIII 25

défaut de — de la part de l'acquéreur XVIII 59-61
définition de la — XIII 1
effets de la — XIII 23, 34, XIV 20, 21
incidences de la période d'essai sur la — XIII 15-19
moment de la — XIII 17, 25, 29, 31, 32 et XVIII 60
date prévue pour la — XIII 2, 14, 17-19, 29, 33
procès-verbal de — XIII 29, 30, 31
refus de prendre — XVIII 35-37
obligation de — à la charge de l'acquéreur XIII 29, XVIII 38, 59

Redevances VI 18-20

Réduction du prix

— en cas de vices de l'installation XVIII 39-42, 47, 48
rapports entre la — et les dommages-intérêts XVIII 13

Règlement des litiges

— concernant la substitution du consentement d'une partie XXIX 3
— concernant le complètement des conditions contractuelles XXIX 3
— concernant le transfert de droits en vertu du contrat XXVII 7
— concernant les renégociations XXII 14, 23, XXIX 3
— concernant les services de réparation XXVI 34
— concernant l'évaluation des essais de bon fonctionnement XIII 28
— concernant un sous-traitant XI 17, 18, 26
— concernant une modification XXIII 7, 18, XXIX 3
— concernant une modification des conditions contractuelles XXIX 3
— *ex aequo et bono* XXIX 29
— multipartite XXIX 4
— par l'arbitrage XXIX 6, 7, 21-49
— par l'ingénieur-conseil X 15-19
— par la conciliation XXIX 12-15
— par la négociation XXIX 10, 11
— par un arbitre faisant office d'amiable compositeur XXIX 29
— par un expert-arbitre XXIX 16-21
— par voie judiciaire XXIX 4, 6, 50-53
méthodes de — XXIX 5-9

Règles de droit international privé XXVIII 5-8, 16-18, XXIX 50

Relevés de la construction XII 26

Renégociation

délai imparti à la — XXII 18
directives pour la — XXII 19, 20
impossibilité d'arriver à un accord par la — XXII 14, 23, XXIX 3
notification de la — XXII 15-17
obligation de recourir à la — XXII 1, 3, 14
statut des obligations pendant la — XXII 21, 22

Résiliation du contrat

— au gré de l'acquéreur XXV 17, 18
— en cas de défaut d'exécution d'une obligation concernant le transfert de droits et d'obligations XXVII 12
— en cas de défaut d'exécution du nouvel entrepreneur engagé aux frais et aux risques de l'entrepreneur XVIII 25

— en cas de dépassement du coût cible VII 15
— en cas de faillite ou d'insolvabilité XXV 11-16, 21
— en cas de non-fourniture d'une garantie de bon fonctionnement ou de remboursement XVII 25, XXV 8, 9
— en cas de non-souscription d'une assurance XVI 40, XXV 8, 9
— en cas de perturbation des travaux de l'entrepreneur ou d'obstruction à ses travaux XXV 20
— en cas de retard dans l'achèvement de l'intégralité de la construction XVIII 19, 20, XXV 8, 9
— en cas de retard dans l'achèvement d'une partie de la construction XVIII 18, XXV 8, 9
— en cas de retard dans le commencement de la construction XVIII 17, XXV 8, 9
— en cas de suspension dépassant un certain délai XXIV 17
— en cas de vices graves décelés durant les essais de bon fonctionnement XVIII 36, 37, XXV 8, 9
— en cas de vices graves décelés pendant la construction XVIII 31
— en cas de violation par l'entrepreneur de restrictions relatives au transfert du contrat XXV 10
— en cas de violation par l'entrepreneur de restrictions relatives à la sous-traitance XXV 10
— en cas d'obstacle à la construction dû à un empêchement exonératoire XXV 22
— en ce qui concerne les pièces de rechange et services à fournir après la construction XXVI 45
— en raison de modifications de la réglementation locale XXIII 23
— en cas de défaut d'exécution d'une obligation concernant la confidentialité V 25
— en raison d'obstacles naturels imprévisibles XXIII 23
— en tant que recours en cas de défaut d'exécution XVIII 12, 14, XXV 8-23, 19-21
— en vertu d'une clause de dommages-intérêts spécifiés ou d'une clause pénale XIX 14, 21
— et versement d'une somme convenue XIX 21
— lorsque l'acquéreur ne fournit pas la conception de l'installation XVIII 62, XXV 19
— lorsque l'acquéreur ne fournit pas les équipements ou matériaux XVIII 63, XXV 19
— lorsque l'acquéreur n'exige pas que la construction commence IX 20, XXV 8, 9
— lorsque l'acquéreur tarde à payer le prix XVIII 57, 58, XXV 19
— lorsque la lettre de crédit n'est pas émise à la date convenue XVII 42
— par convention III 49
effets de la — XXV 23-36
effets de la — sur les garanties de bon fonctionnement et de remboursement XVII 34
motifs de — XXV 8-23
portée de la — XXV 7
recours à la — XVII 12, 2
règles juridiques relatives à la — XXV 3-5

Responsabilité conjointe et solidaire des entrepreneurs II 13

Restrictions

— à l'exportation et à l'importation VI 15, VIII 17, 18, XXVIII 22, 24
— concernant le transfert des techniques VI 8, 9, XXVIII 22, 24
— en matière de change VII 4, XXVIII 22, 24
— en matière de transport VIII 13

Retard

— dans l'achèvement de la construction tout entière XVIII 19-25
— dans l'achèvement d'une partie de la construction XVIII 18

— dans la fourniture de la conception par l'acquéreur XVIII 62
— dans la fourniture d'équipements et matériaux par l'acquéreur XVIII 63
— dans la fourniture d'une garantie de paiement du prix XVIII 51, 57, 58
— dans la prise en charge de l'installation XVIII 59, 61
— dans la réception de l'installation XVIII 59, 60
— dans le commencement de la construction XVIII 17
— dans le paiement de sommes autres que le prix XVIII 64
— dans le paiement du prix XVIII 52-58
— dans l'exécution d'obligations accessoires XVIII 65, 66
définition du — XVIII 4
suspension excluant le — XXIV 13

Rétention de la propriété XV 8

Révision du prix
— conformément à une formule mathématique VII 40
— conformément aux critères du contrat VII 40
— en application d'une clause d'indexation VII 49-55
— en application d'une clause sur la monnaie de paiement VII 58, 59
— en application d'une clause sur l'unité de compte VII 60-62
— en raison d'une modification du coût VII 39, 47, 49-57
— en raison d'une modification du taux de change VII 39, 47, 58-62
— par accord VII 40
— par la méthode des pièces justificatives VII 56, 57
— par un tribunal VII 40
définition de la — VII 39
restriction à l'application de clauses sur la — VII 48

Risque de perte ou d'endommagement
— causé par un événement fortuit XIV 4
— causé par un tiers XIV 3
— dans l'installation XIV 23-26
— des outils et engins de construction de l'entrepreneur XIV 30
— exclu XIV 6
assurance couvrant le — XVI 17-26
caractérisation du — XIV 1, 3
conséquences de la prise en charge du — XIV 2, 23
incidences du transfert de la propriété sur la prise en charge du — XV 2
prise en charge du — avant l'incorporation des équipements et matériaux XIV 9-15
prise en charge du — des équipements et des matériaux entreposés XIV 10-13
prise en charge du — des équipements et des matériaux fournis par l'acquéreur XIV 18-19
rapport entre la prise en charge du — et l'obligation de verser des dommages-intérêts XIV 4
réparation des pertes ou dommages couverts par le risque à la charge de l'acquéreur XIV 23

Risques exclus XIV 8

Savoir-faire
— en tant que forme du transfert de techniques VI 5
confidentialité du — VI 23-25

Sécurité III 11, IX 3

Sens des termes et expressions

achèvement de la construction XIII 1
ajustement du prix VII 39
avance VII 67
cautionnement de bonne fin XVII 11
clause de versement d'une somme convenue XIX 4
conciliation XXIX 12
construction IX 1
construction (prestations liées à la) IX 1, 2
construction sur le chantier IX 2
contrat IV 25
contrat à prix unitaire VII 2
contrat au forfait VII 2
contrat clefs en main (formule du) II 4-6
contrat de construction — Intr. 6, 7
contrat en régie VII 2
contrat produit en main (formule du) II 7
désignation pour le choix des sous-traitants (système de) XI 21
dommages-intérêts spécifiés XIX 1, 4
écrit IV 25
empêchement exonératoire XXI 2
engins et outils nécessaires à la construction IX 11
entretien XXVI 22
équipements et matériaux à incorporer dans l'installation VIII 1
études précontractuelles I 1
essais de bon fonctionnement concluants XIII 24
exécution défectueuse XVIII 4
exonération XXI 2
expédition d'une notification IV 25
exploitation (services d') XXVI 37
fournisseur XI 1, 2
fourniture des équipements et des matériaux par l'acquéreur VIII 27
fourniture des équipements et des matériaux par l'entrepreneur VIII 2, 5
garantie de bonne exécution XVII 11
garantie de qualité V 26
garantie de remboursement XVII 13
garantie de soumission III 28
incorporation des équipements et des matériaux dans l'installation XIV 7, 8
indexation (clause d') VII 49
inexécution XVIII 4
installation industrielle — Intr. 6
lettre de crédit stand-by XVII 17
loi applicable au contrat XXVIII 1
modification XXIII 1
monnaie de paiement (clause sur la) VII 58
paiement (conditions de) VII 64
pénalité XIX 1, 4
pièces justificatives (méthodes des) VII 56
prime (paiement d'une) VII 28
prise en charge de l'installation XIII 1
prise en charge des équipements et des matériaux VIII 19
réception de l'installation XIII 1
remise d'une notification IV 25
réparation (services de) XXVI 29
résiliation XXV 1
retard dans l'exécution XVIII 4
révision du prix VII 39

risque de perte ou de dommage XIV 1, 3
situation difficile XXII 1
sous-traitance XI 1, 2
suspension de la construction XXIV 1
système de désignation des sous-traitants XI 21
unité de compte (clause sur l') VII 60
versement d'une somme convenue XIX 1
vice grave XVIII 27

Services de réparation

caractérisation des — XXVI 29
commencement et durée des — XXVI 41-44
étendue des — XXVI 30
modification des — XXVI 43, 44
moyens nécessaires pour fournir des — XXVI 40
normes pour les — XXVI 33
notification de la nécessité de fournir des — XXVI 31
prix des — XXVI 32, 33
recours autres que la résiliation dans le cadre des — XXVI 46
résiliation des — XXVI 45
transports liés aux — XXVI 36
utilisation des — XXVI 29

Services d'exploitation

autorité exercée par le personnel dans le cadre des — XXVI 38
commencement et durée des — XXVI 41-44
étendue des — XXVI 37
modification des — XXIII 43, 44
recours autre que la résiliation en ce qui concerne les — XXVI 46
résiliation des — XXVI 45

Situation difficile (hardship) (voir aussi sous "Adaptation")

conséquences de la — XXII 14-23
définition de la — XII 1, 8-11
renégociation due à une — XXII 14-22

Soumission (voir aussi sous "Offres")

garantie de — III 28-30
ouverture des — III 31, 32
sélection préliminaire des — III 37-39

Soumissionnaire (voir aussi sous "Offres")

documents à fournir aux — III 19-20
instructions aux — III 20-25

Sous-traitance

cadre autorisé de la — XI 4
caractéristiques de la — XI 1, 2
restriction à la — XI 7-11

Sous-traitants

— locaux XI 3, 11
actions de l'acquéreur contre les — XI 29-31
assurance en matière de — XVI 28, 32-37

caractérisation des — XI 1
la méthode du contrat en régie et l'emploi de — VII 14, 19, 73
mention du nom des — dans le contrat XI 13, 14
objections de l'acquéreur aux — XI 19
objections de l'entrepreneur aux — XI 24, 25
paiement des — XI 32-34
rapports entre l'acquéreur et les — XI 5, 6, 27, 29-34
règlement des litiges concernant les — XI 17, 18, 26
responsabilité en matière de — XI 23, 27, XVIII 6, XXI 25, 26
sélection des — VII 14, 73, XI 4, 10-26
système de désignation des — XI 20-26
transfert de contrats avec les — après la résiliation du contrat XXV 27, 28
transfert du risque lié aux fournitures assurées par les — XIV 14

Spécifications

— des équipements et matériaux V 12, 13
— des travaux de génie civil V 13
— du bâtiment V 13
caractérisation des — V 3, 10
non-respect de la confidentialité en matière de — V 25
protection des — V 23
responsabilité en matière de — V 20-22
types de — V 11

Sûretés réelles sur les biens XVII 2

Suspension de la construction

— en cas de non-fourniture par l'acquéreur d'équipements ou de matériaux XVIII 63
— en cas de retard de l'acquéreur dans le paiement du prix XVIII 57
— par l'acquéreur XXIV 3, 4
— par l'entrepreneur XXIV 5-7
cessation de la construction en raison de la — XXIV 12
définition de la — XXIV 1
durée de la — XXIV 10, 11
effets de la — XXIV 12-18
effets de la — sur le calendrier et sur la date d'achèvement IX 24-26
interruption de la construction par opposition à la — XXIV 1
procédure de — XXIV 8-11
rapports entre la — et les autres recours XXIV 12
recours à la — XXIV 1, 2
reprise de la construction après la fin de la — XXIV 19

Système de désignation des sous-traitants XI 20-26

Techniques

actions intentées par des tiers à propos des — VI 21-22
adaptation des — VI 12
amélioration des — VI 15
caractérisation du transfert des — VI 1
choix des — VI 10
conditions limitant l'utilisation des — VI 12-16
description des — VI 11
formules contractuelles en matière de transfert des — VI 2, 4, 5, 11
fourniture d'une documentation sur les — VI 33-34
garanties relatives aux — XI 17
innovations apportées aux — VI 14

nature du contrat de transfert des — VI 3, 4, 5
paiement des — VI 18-20
règles impératives relatives au transfert des — VI 8
transfert de — en ce qui concerne les pièces de rechange, l'entretien et la réparation XXVI 3-5, 17
transfert de — par la fourniture de documents techniques VI 32
transfert des — VI 1-34
violation de droits de propriété intellectuelle dans le cadre du transfert de — VI 22

Transactions sur crédit documentaire VIII 14

Transfert (voir aussi sous "Contrat")
— de droits contractuels XXVII 1-4, 7-12
— de droits de l'entrepreneur envers des sous-traitants XI 31
— du contrat ou d'obligations contractuelles XXVII 1-6, 8-12

Transfert de droits et obligations contractuels
caractérisation du — XXVII 1, 3
défaut d'exécution d'obligations concernant le — XXVII 12
notification du — XXVII 11
protection de la partie non transférante XXVII 9, 10
règles juridiques relatives au — XXVII 2
restriction au — XXVII 4-7

Transfert de la propriété
— de l'installation après son achèvement XV 8
— de l'installation durant la construction XV 8
— des équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur XV 6, 7
— des équipements fournis par l'acquéreur XV 7
importance pratique du — XV 1
loi applicable au — XV 3, 4, XXVIII 3
moment du — XV 4, 6-8
rapports entre le — et le transfert du risque XV 2
règles impératives relatives au — XV 3, 4
rétention de la propriété dans le cadre du — XV 8

Transfert du risque
— dans le cadre des INCOTERMS XIV 15
— relatif à l'installation XIII 23, XIV 20-22, XVIII 61
— relatif aux équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur VIII 20, XIV 9-17
— relatif aux fournitures de sous-traitants XIV 14
— relatif aux équipements et matériaux fournis par l'acquéreur XIV 18, 19
— relatif aux équipements et matériaux à incorporer dans l'installation XIV 7-15
— relatif aux équipements et matériaux devant être entreposés par l'acquéreur XIV 10-13
— relatif aux équipements ne devant pas être incorporés dans l'installation XIV 16-17
conséquences du — XIV 23
facteurs déterminant le — XIV 5

Transport
— dans le cadre des services de réparation XXVI 36
— des engins et outils nécessaires à la construction IX 13
— des équipements et matériaux à incorporer dans l'installation VIII 11-14
fourniture de documents de — VII 70, VIII 14

Travaux de génie civil

— en tant que partie de la construction IX 1, 2
détermination de l'ampleur et des caractéristiques techniques des — V 3, 13
méthode de fixation du prix pour les — VII 26

Travaux préparatoires à la construction IX 6-10

Validité du contrat III 50

Vices

— couverts par la garantie de qualité V 26, 27, XVIII 42-47
— dans l'installation réceptionnée XVIII 38-48
— dans la conception XI 28, XVIII 33
— dans les équipements et matériaux VIII 20, XVIII 26, 28-32
— dans les services de construction XVIII 29-31
— décelés durant les essais de bon fonctionnement XVIII 35-42
— dont il est établi qu'ils sont irrémédiables au moment du refus de réceptionner l'installation XVIII 37
— dont il n'est pas établi qu'ils sont irrémédiables au moment du refus de réceptionner l'installation XVIII 36
— graves — XIII 24, XVIII 27
calendrier de réfection des — XIII 30
— non décelés par l'acquéreur dans les équipements et matériaux durant la fabrication et la construction XII 1, 8, XVIII 8
non-notification de — décelés durant la construction XII 1, XVIII 8
non-notification de — décelés durant la fabrication XII 1, XVIII 8
non-notification de — décelés lors de l'expédition XII 1, XIII 20, XVIII 8
non-notification par l'acquéreur de — décelés dans les équipements ou matériaux lors de la prise en charge VIII 20, XVIII 8
non-notification par l'acquéreur de — décelés lors de la réception XIII 1, XVIII 8
non-notification par l'entrepreneur de — décelés lors de la prise en charge VIII 29
notification de — décelés dans l'installation durant la période de garantie XVIII 43-46
remèdes à apporter aux — dont l'entrepreneur n'est pas responsable XVIII 49