

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie[†]

Guy LEFEBVRE* et Juliette d'HOLLANDER**

Résumé

Cet article porte sur la pratique contractuelle en matière de contrats internationaux d'ingénierie. Dans une première partie, les auteurs présentent le contexte dans lequel évoluent ces contrats et les principaux facteurs qui déterminent leur contenu. Une deuxième partie s'attache à cerner le processus d'élaboration de ces contrats. Les auteurs démontrent que ce processus fait l'objet d'un important effort de concertation. Enfin, une troisième partie est consacrée à dresser un inventaire des principaux modèles de contrats normalisés qui peuvent servir au juriste désirant rédiger un contrat international d'ingénierie.

Abstract

This article deals with contract practice relating to international engineering contracts. In the first part, the writers present the context of these contracts and the factors which determine their content. The second part outlines the process of elaboration of these contracts. The authors demonstrate that this process is often subject to a quite developed form of concertation. In the third part, the authors draw up a list of the most important examples of standard conditions which can served as guide to prepare international engineering contracts.

[†] La publication de cet article a été rendue possible grâce à la générosité des organismes suivants : le Fonds FCAR, la Fondation du Barreau du Québec et le ministère de la Justice du Canada.

* Professeur et directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

** LL.M. (McGill), candidate au doctorat en droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan de l'étude

Introduction	213
I. Considérations générales : réalité du contrat d'ingénierie	215
A. Définition et contexte.....	215
B. Évolution du rôle de l'ingénieur-conseil.....	217
C. Les différentes formules contractuelles en fonction du mode de fixation de leur prix.....	223
D. Les autres intervenants dans la réalisation d'un projet.....	225
E. Les particularités du contrat international d'ingénierie.....	227
II. L'élaboration des contrats normalisés	228
A. Intérêt de la normalisation.....	229
B. Le mode d'élaboration des contrats normalisés : la concertation.....	235
C. Les règles d'application immédiate.....	238
D. Le cas particulier de la <i>lex mercatoria</i>	240
III. Inventaire des principaux contrats normalisés	242
A. Le cadre national.....	243
1. Les conditions générales anglaises.....	244
2. Les conditions générales américaines.....	246
3. Les conditions générales françaises.....	247
4. Les conditions générales canadiennes.....	249
5. Les conditions générales japonaises.....	251

B. Le cadre international	252
1. Les conditions générales de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC)	253
2. Les conditions générales de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU.....	258
3. Le cahier général des charges du Fonds européen de développement.....	259
4. Le guide juridique de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international.....	260
5. Les modèles de contrats-types de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel.....	261
Conclusion.....	Erreur! Signet non défini.

Depuis l'antiquité, les juristes ont l'habitude d'utiliser des formules pour rédiger leurs contrats¹. On n'a qu'à penser au domaine du droit maritime, par exemple, où les connaissements, les chartes-parties et les polices d'assurance subissent toujours une forte influence des anciens modèles, et ce, depuis plusieurs siècles². Les contrats normalisés³ sont aujourd'hui très abondants. Partout où le marché est important et où le nombre de transactions est élevé dans un secteur déterminé, on voit apparaître de tels contrats⁴. Toutefois, la doctrine a prêté peu d'attention à ce phénomène⁵. Conscients de cette lacune et devant l'ampleur du sujet, il ne saurait être question d'étudier l'ensemble des contrats normalisés.

C'est à un secteur particulier que le présent article est consacré : les contrats internationaux d'ingénierie. Ce choix est motivé par trois raisons principales. D'une part, si la doctrine relative à la normalisation des contrats est peu abondante, on peut affirmer qu'elle est quasiment inexistante en matière d'ingénierie. D'autre part, et contrairement à la plupart des autres secteurs d'activités, l'harmonisation du droit de l'ingénierie au niveau international s'effectue particulièrement par le biais de la normalisation contractuelle. Enfin, il importe de souligner que notre choix est aussi motivé par des considérations économiques.

L'ingénierie occupe, en effet, un volet primordial de l'activité économique canadienne. Le Canada constitue un des plus grands exportateurs mondiaux de services dans le domaine du génie-

¹ Jacques LÉAUTÉ, « Les contrats-types », *Rev. trim. dr. civ.* 1953.429, 430.

² H. B. SALES, « Standard Form Contracts », (1953) 16 *M.L.R.* 318, 319.

³ Dans le cadre de cet article, l'expression « contrat normalisé » désigne sans distinction « les conditions générales, le contrat-type et la formule-type ». Nous préférons utiliser cette expression plutôt que d'employer les mots « contrats standardisés » qui constituent un anglicisme.

⁴ Jean-François LECLERCQ, Jacques MAHAUX et Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Quelques aspects des contrats standardisés*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1982, p. 240; J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 433 : « Contrats-types de vente, police-type d'assurances, contrats-types d'édition, ouverture de crédit documentaire, connaissance-type, contrats-types de transport terrestre, constituent quelques exemples d'un phénomène qui est devenu général. »

⁵ H. B. SALES, *loc. cit.*, note 2, 318.

conseil⁶. Les entreprises québécoises prennent une place importante dans ce secteur d'activités⁷. Un des principaux facteurs pouvant expliquer la vivacité de ces entreprises est l'octroi de contrats gouvernementaux. Le gouvernement québécois accorde depuis longtemps, au secteur privé, la plupart des contrats relatifs à des travaux de construction et de réfection de routes ainsi que d'aménagement de centrales hydro-électriques. La province contribue ainsi à l'accroissement des compétences et de la compétitivité des entreprises de génie-conseil du Québec, tout en leur permettant de hausser leurs possibilités d'exportation⁸. Souvent impliquées dans des projets de construction à long terme à l'étranger, ces firmes ont recours à des contrats inspirés de modèles élaborés dans différents pays ou par des organismes internationaux.

La démarche proposée dans cet article comporte trois étapes. Dans une première partie, nous présenterons un aperçu de la réalité du contrat d'ingénierie. Il nous paraît utile d'esquisser quelques remarques à ce sujet, lesquelles, en dépit de leurs limites, aideront à mieux comprendre les différents facteurs qui orientent la normalisation de la pratique contractuelle. La seconde partie sera consacrée à un examen des éléments essentiels du processus de normalisation des contrats d'ingénierie. On insistera alors sur l'intérêt de la normalisation et sur la concertation qui caractérise ce processus. Enfin, dans une troisième partie, nous dresserons un inventaire des principaux contrats normalisés.

⁶ Le Canada occupait, en 1993, la quatrième place mondiale en termes d'exportation de services de génie-conseil. Voir ASSOCIATION DES INGÉNIEURS-CONSEILS DU CANADA, *Rapport Annuel 1994-1995*, Ottawa, p. 7. Pour une étude plus approfondie de l'importance de l'ingénierie canadienne, voir Jorge NIOSI, *La montée de l'ingénierie canadienne*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1990.

⁷ Voir INDUSTRIE, SCIENCES ET TECHNOLOGIE CANADA, *Ingénieurs-conseils : Profil de l'industrie, 1990-1991*, Ottawa, 1992, p. 2; Laurent FONTAINE, « Des exportations de génie », *Les Diplômés*, n° 381, Automne 1993, p. 21.

⁸ INDUSTRIE, SCIENCES ET TECHNOLOGIE CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 6. Au début des années 60, SNC a été la première entreprise québécoise à travailler sur la scène internationale et à utiliser l'approche EPC, « c'est-à-dire une approche plus globale, incluant l'ingénierie, l'approvisionnement et la construction ». Voir Suzanne LALONDE, *SNC Génie sans frontières*, Montréal, Libre-Expression, 1991, p. 6.

I. Considérations générales : réalité du contrat d'ingénierie

A. Définition et contexte

L'ingénierie couvre de nombreux aspects de l'activité industrielle. Aux fins de cette étude, nous adopterons une définition large du contrat d'ingénierie. Nous entendrons, par contrat d'ingénierie, toute activité technique portant non seulement sur la réalisation d'un ouvrage de génie civil, mais aussi sur la construction d'équipements complexes et d'ensembles industriels comprenant les travaux de bâtiment⁹. Ce contrat est par nature très complexe car il est constitué d'une juxtaposition de plusieurs contrats qui constituent l'ensemble contractuel. Il a pour objet la conception et la direction d'un ouvrage d'une grande ampleur relevant de la technique de l'ingénieur. Il peut comprendre divers types de projets allant de la construction d'une autoroute, d'un aéroport, d'un pont, d'un barrage ou d'une installation portuaire, jusqu'à la conception de satellites, de réacteurs nucléaires ou la livraison d'usines ou d'hôtels prêts à fonctionner.

Selon le schéma classique, l'élaboration d'un ouvrage de construction met en cause une relation tripartite entre l'ingénieur-conseil, le client (ou le maître d'ouvrage) et l'entrepreneur. Le maître d'ouvrage engage d'abord un ingénieur ou un architecte qui prépare les plans et devis. En suivant l'avis de cette personne, il embauche ensuite un entrepreneur général auquel s'adjoindront des sous-traitants et des fournisseurs pour l'exécution des travaux. Néanmoins, ce schéma a évolué et, aujourd'hui, le rôle de l'ingénieur-conseil est parfois confondu avec celui d'entrepreneur, comme nous le verrons plus loin.

En général, l'entrepreneur est une société ou un groupe de sociétés. En effet, l'élaboration d'ouvrages impliquant une haute technicité et une technologie importante nécessite souvent la participation de plusieurs sociétés. Le rôle d'ingénieur est assumé par un bureau d'études ou une société d'ingénierie. Dans certains

⁹ En ce sens, notre définition se rapproche de celle donnée par Philippe Fouchard pour les contrats de construction. Voir Philippe FOUCHARD, « Rapport français », dans *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, t. XLII, année 1991, Paris, Litec, 1993, p. 293, à la page 295.

cas, l'ingénieur est un salarié du maître d'ouvrage. Le client est la plupart du temps un État ou une entité étatique, et ce, surtout dans le cadre des contrats de construction dans les pays en voie de développement. Ces contrats sont communément régis par des réglementations publiques spécifiques¹⁰.

L'ingénieur-conseil ne possède en principe aucun lien contractuel avec l'entrepreneur¹¹. Différents contrats sont passés entre le maître de l'ouvrage et l'ingénieur, d'une part, et le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, d'autre part. Cependant, étant donné que l'ingénieur et l'entrepreneur sont appelés à travailler ensemble, leurs responsabilités sont connexes et s'enchevêtrent. Dans certains cas, leurs rôles sont presque confondus¹².

Habituellement, la société d'ingénierie provient d'un pays occidental et le client, d'un pays en voie de développement. Néanmoins, certains pays en voie de développement possèdent maintenant une industrie de construction et d'ingénierie développée, qu'ils exportent. L'Inde, le Brésil et la Corée du Sud occupent ainsi une place de plus en plus importante dans le marché international de l'ingénierie.

Dans les années 80, ce marché était dominé par les firmes d'ingénierie britanniques, américaines et françaises. La prédominance des sociétés de ces nationalités expliquent le rayonnement des conditions générales utilisées par celles-ci. De nos jours, les firmes japonaises sont beaucoup plus présentes¹³. Les dix dernières années ont en effet apporté des changements considérables. Bien que leur taux de compétitivité ait décliné, les États-Unis demeurent le leader de l'industrie. Le Japon a sensi-

¹⁰ Il s'agit des réglementations afférentes aux marchés publics. Nous ne traiterons pas de celles-ci dans le cadre de cet article, sauf dans le cas où il s'avère nécessaire de les mentionner pour l'objet de notre étude.

¹¹ André BRABANT, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 172 et 173.

¹² C'est le cas du contrat clé en main où un seul contractant s'engage à prendre en charge le projet dans sa totalité, c'est-à-dire de la conception, en passant par la fourniture de procédés jusqu'à la réalisation de l'ouvrage lui-même. Voir Alfred HUBERT, *Le contrat d'ingénierie-conseil*, Paris, Masson, 1984, p. 43.

¹³ Y. SOUBRA, « The Construction and Engineering Design Services Sectors : Some Trade and Development Aspects », (1989) 23 *Journal of World Trade* 97, 104.

blement augmenté sa part de marché tandis que celle des pays européens est demeurée constante¹⁴.

B. Évolution du rôle de l'ingénieur-conseil

Le concept de contrat d'ingénierie a fait l'objet d'une évolution. Le rôle de l'ingénieur-conseil a été modifié en raison de la complexité et de l'ampleur des techniques mises au point. On est passé de l'ingénierie indépendante à l'ingénierie-construction.

Pendant longtemps, l'ingénierie ne couvrait que les prestations intellectuelles. Le rôle de l'ingénieur-conseil indépendant se limitait à effectuer les études de conception, les plans et les prestations d'assistance. Le maître d'ouvrage passait les commandes aux différents fournisseurs et entrepreneurs. Il devait lui-même en coordonner les activités. Il lui revenait donc de supporter les risques de coordination des divers contrats¹⁵.

Aujourd'hui, cette formule est toujours utilisée. Cependant, la création de grands projets industriels implique la participation croissante de nombreux entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services spécialisés dans plusieurs domaines. La coordination des intervenants est une oeuvre délicate demandant des connaissances techniques que le client ne possède pas toujours. Par conséquent, le rôle de chef d'orchestre doit être confié à un spécialiste. Ainsi, la fonction de coordination est maintenant souvent assumée par l'ingénieur-conseil. Bien que l'intervention de ce dernier augmente le coût du projet pour le client, elle présente l'avantage de réduire sensiblement les risques de coordination¹⁶. L'ingénieur-conseil peut être recruté dans le cadre

¹⁴ *Id.*

¹⁵ A. HUBERT, *op. cit.*, note 12, p. 28.

¹⁶ Il existe également d'autres moyens de réduire les risques liés à la coordination des divers intervenants au projet. Le maître d'ouvrage peut recruter une personne chargée de la construction, tout en assumant des responsabilités plus étendues. Il a aussi la possibilité de confier la responsabilité d'une partie des travaux de coordination à l'un des entrepreneurs. Le maître d'ouvrage peut de même conclure un contrat de construction avec un entrepreneur unique chargé de construire l'ensemble de l'installation, et ce, conformément aux techniques et à la conception qui lui sont fournies. Voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide juridique de la C.N.U.D.C.I. pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, n° E.87, vol. 10, New York, Publication des Nations Unies, 1988,

d'un contrat unique ou de contrats multiples. Dans le cadre de contrats multiples, le maître d'ouvrage a la possibilité de recourir à un entrepreneur unique ou à de multiples entrepreneurs. Si un entrepreneur unique est engagé, le rôle de l'ingénieur-conseil ne consiste alors qu'à contrôler la qualité et la progression des travaux de construction. Ses attributions sont plus étendues si le client opte pour une formule faisant intervenir plusieurs entrepreneurs. L'ingénieur doit alors coordonner les multiples prestations de ces derniers¹⁷.

Le recrutement de l'ingénieur dans le cadre d'un contrat unique correspond à une évolution majeure dans le domaine de l'ingénierie-conseil. L'ingénieur voit son champ d'activité s'élargir. Sous l'empire du progrès technique, les projets sont devenus de plus en plus complexes. Ainsi, par exemple, la construction d'un satellite requiert davantage de procédés techniques et technologiques que celle d'un pont. Les contrats d'ingénierie-conseil ont évolué avec la pratique et portent désormais non seulement sur les prestations de conception d'études, mais également sur la fourniture de procédés techniques (cession de brevets ou de « *know-how* »), sur des entreprises (d'installation, de travaux de génie civil, etc.), sur la fourniture d'équipement, et même parfois sur les opérations financières ou sur la commercialisation des produits¹⁸. La multiplicité des prestations amène Alfred Hubert à affirmer que « l'ingénierie couvre pratiquement la plupart des aspects de l'activité industrielle »¹⁹. En ce sens, le contrat d'ingénierie se confond avec le contrat de construction. On peut dès lors faire référence aux firmes d'ingénierie-construction. Un praticien a décrit l'envergure de l'activité de ces firmes en ces termes :

[elles] *dirigent l'exécution de projets d'investissement depuis la conception jusqu'au démarrage de la production, en fournissant une gamme complète de services. Selon le projet, les services fournis incluent une partie ou l'ensemble des études de faisabilité, de la conception détaillée, de la gestion de projet et de la construction, de la mise en service et de l'exploitation. Les firmes d'ingénierie-construction fournissent de nombreux autres services tels que les évaluations envi-*

pp. 14 et 15.

¹⁷ *Id.*, p. 24.

¹⁸ A. HUBERT, *op. cit.*, note 12, p. 27.

¹⁹ *Id.*

*ronnementales, la gestion des ressources hydriques, les programmes de bonification des terres agricoles et d'irrigation, et le transfert de technologie.*²⁰

Il est intéressant de noter que cette nouvelle conception de l'ingénierie est similaire à celle de l'« *engineering* » aux États-Unis²¹.

Afin de prendre en compte cette évolution, on devrait faire référence au terme « ingénierie-construction ». Le concept d'ingénierie-construction désigne toute une gamme d'opérations, allant de la conception du projet jusqu'à la réalisation de l'installation industrielle. L'évolution de ce concept est reflétée dans la documentation d'appel d'offres qui ne fait plus la distinction entre, d'une part, les services d'ingénierie, d'approvisionnement et de gestion et, d'autre part, les travaux de construction proprement dits²². Dans le cadre de cet article, le terme « contrat d'ingénierie » sera entendu comme englobant également le contrat d'ingénierie-construction.

Les nouvelles formules de construction d'installations industrielles n'ont pas enlevé le rôle classique de l'ingénieur-conseil. Il continue toujours de fournir la matière grise et demeure chargé de la préparation du projet. Cependant, le cadre juridique de son intervention a changé. Sa responsabilité a été modifiée et étendue. Traditionnellement, l'ingénieur-conseil assumait une obligation de moyen, ses prestations étant essentiellement intellectuelles. Avec l'élargissement de ses fonctions, comprenant désormais la fourniture de matériels d'équipement, de brevets, de transferts de procédés ou de « *know-how* », le bureau d'études voit fréquemment ses responsabilités étendues à des obligations de résultat. Des règles différentes sont susceptibles de régir les prestations de services et la fourniture de matériels. Dans certains cas, chaque contrat est soumis à sa propre règle (complexe de contrats), alors que dans d'autres, l'ensemble des contrats est

²⁰ Georges DUBÉ, « Quelques facettes du contrat d'ingénierie », (1993) *Lect. Meredith* 73, 75.

²¹ Sur l'évolution du rôle de l'ingénieur-conseil, voir A. HUBERT, *op. cit.*, note 12, pp. 36-40; Michael E. SCHNEIDER, « International Construction Contracts », (1983) 9 *D.P.C.I.* 277, 307 et suiv. La deuxième partie de cette étude a été publiée dans le numéro suivant de la même revue : (1983) 9 *D.P.C.I.* 429 et la troisième partie a été publiée à : (1983) 9 *D.P.C.I.* 649.

²² G. DUBÉ, *loc. cit.*, note 20, 78.

soumis aux mêmes dispositions (contrats complexes). Ces dernières dispositions sont souvent inspirées des usages internationaux²³.

Selon le choix effectué par le maître d'ouvrage, les obligations de la société d'ingénierie varieront considérablement. Le rôle de la société d'ingénierie peut être limité à fournir une prestation intellectuelle ou comprendre la construction, la fourniture des différents éléments, et même la mise en marche d'un ensemble industriel. Dans ces derniers cas, il s'agit alors de contrats « clé en main » ou « produit en main ». Dans le contrat clé en main, l'ingénieur est non seulement l'auteur du projet mais aussi un assembleur. Il doit remettre au maître d'ouvrage l'ensemble industriel complètement terminé et prêt à fonctionner. Le maître d'ouvrage contracte alors avec une seule entreprise qui endosse la responsabilité du projet, de la conception jusqu'à la réalisation, tout en fournissant les procédés. Dans un contrat clé en main, l'ingénieur assume donc une obligation de résultat²⁴. Les obligations de celui-ci sont encore plus étendues dans le cadre du contrat produit en main. Il garantit le fonctionnement de l'ouvrage et son exploitation par le personnel local, qu'il a lui-même formé.

Cette formule a été conçue afin de favoriser l'industrialisation des pays en voie de développement. Par exemple, elle a été utilisée en Algérie, mais n'a pas apporté le succès escompté. En effet, la société d'ingénierie assume d'énormes responsabilités et n'est pas toujours en mesure de remplir son obligation de résultat, à savoir faire fonctionner l'usine par le personnel local, et ce, selon le rendement promis. De nombreuses sociétés ont ainsi subi des pertes considérables. Pour remédier à cette difficulté, les parties emploient maintenant une formule contractuelle modifiée. Cette formule sépare les différentes prestations de la société d'ingénierie et limite sa responsabilité pour certaines d'entre elles²⁵.

²³ Alfred HUBERT, « Évolution des conventions de consulting engineering », (1977) 3 *D.P.C.I.* 627, 630.

²⁴ Jean-Albert BOON et René GOFFIN, *Les contrats « clé en main »*, 2^e éd., Paris, Masson, 1987, p. 29 et suiv.; Vincent KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 103 et suiv.; A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 85.

²⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 311.

Proche des contrats clé en main, la formule « *Built Operate & Transfer* » (BOT) s'est développée récemment²⁶. Le contrat BOT sert lors de la réalisation d'importants travaux de bâtiments ou de génie civil.

*Dans le cadre d'un tel arrangement, le soumissionnaire convient de financer, de construire, de posséder et d'exploiter l'installation, habituellement dans un pays étranger, pendant un certain nombre d'années, jusqu'à ce qu'il ait recouvré les coûts du projet. L'installation est alors transférée aux exploitants du pays hôte.*²⁷

Cette formule constitue une amélioration sensible comparativement à celles du clé en main ou du produit en main. En effet, elle permet l'industrialisation des pays en voie de développement sans toutefois compromettre leur viabilité économique causée par un endettement excessif²⁸.

Parallèlement aux formules BOT, une autre forme de contrat a également bouleversé les rôles classiques des opérateurs dans le domaine de l'ingénierie internationale. Un contrat intitulé « gestion de projet » a vu le jour dans le but de procurer une gestion optimale de l'opération de construction de jour en jour, et ce, « quelle que soit la modalité de la dévolution des marchés choisie ou la répartition des rôles parmi les différents intervenants »²⁹.

²⁶ Panayotis G. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly Éditions, 1993, p. 252 et suiv.; J. D. APPIAH, « Infrastructure projects : BOT Projects, developed country structuring », (1991) *I.B.L.* 206; Didier LAMETHE, « Les nouveaux contrats internationaux d'industrialisation », *J.D.I.* 1992.81. Le sigle BOT est occasionnellement remplacé par CPET qui signifie : construction-possession-exploitation-transfert.

²⁷ INDUSTRIE, SCIENCES ET TECHNOLOGIE CANADA, *op. cit.*, note 7, p. 2.

²⁸ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 254 : « Le *clé en main* et sa forme plus intégrée de produit en main ont été utilisés pour la réalisation des grands projets d'industrialisation des pays en voie de développement à partir des années 70. La hausse des prix du pétrole a engendré un mouvement d'industrialisation rapide des pays producteurs qui payaient cher l'acquisition des installations industrielles. La nécessité de recycler les pétrodollars a poussé les banques occidentales à accorder aux PVD non producteurs de pétrole d'importants crédits, sans se préoccuper de leur utilisation effective. Les modes classiques de financement ont permis la construction de grands travaux d'infrastructure et d'industrialisation, mais ont conduit au surendettement actuel. La technique *Bot* permet d'éviter l'endettement et de stimuler la croissance, qui, elle seule, permettra le remboursement d'une dette qui crée des situations explosives. »

²⁹ *Id.*, p. 389; Martin BARNES, « Proposals for a New Style Contract for Engineering Projects », (1987) *I.C.L.R.* 295.

Le contrat de gestion de projet implique une extension des attributions et des responsabilités de l'ingénieur ou de l'entrepreneur. Un ingénieur ou un entrepreneur expérimenté, appelé gestionnaire de projet (« *project manager* »), prend en charge la direction du projet. Son but est de le réaliser en se conformant aux exigences du client relatives au coût, au délai et à la qualité.

Bien que les modalités d'intervention du gestionnaire de projet puissent varier selon les projets en cause, on classe généralement ses tâches en trois groupes : la coordination des activités, le temps et la planification. La coordination des activités constitue la prestation caractéristique de la gestion de projet. Glavinis décrit les fonctions du gérant de projet relativement à cette première tâche de la façon suivante :

*La coordination, devenue la substance même de la mission du « project manager », est exercée dans trois niveaux. Le premier concerne la coordination du projet principal et du contrat de construction, le deuxième les contrats de conception et d'exécution de l'ouvrage et le troisième la coordination du chantier. Dans tous les cas, le « project manager » devra assurer l'harmonisation des contrats, la coordination des contractants et la succession des tâches qu'il aura préalablement réparties. Il intervient depuis la conception du projet dans son ensemble et la mise en place de l'opération. Il dirige les activités de réalisation comme un ingénieur, un maître de l'ouvrage et un entrepreneur général réunis.*³⁰

Quant au temps, la mission primordiale du gestionnaire consiste à réduire le plus possible la période de réalisation du projet, de façon à en minimiser les coûts. De plus, s'il s'agit, par exemple, de la construction d'une usine, on comprendra aisément qu'une exploitation hâtive aura des répercussions importantes sur les revenus de l'entreprise. Finalement, en ce qui concerne la planification, le gestionnaire a pour rôle d'établir la planification d'exécution des travaux dans le temps.

³⁰ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 393.

C. Les différentes formules contractuelles en fonction du mode de fixation de leur prix

Les formules des contrats d'ingénierie diffèrent également en fonction du mode de fixation du prix des travaux. Ces diverses façons de fixer le prix ont des répercussions pratiques importantes sur la structure contractuelle et les documents utilisés³¹.

Le contrat à forfait (« *fixed price* » ou « *lump sum contract* ») prévoit un prix global pour l'ensemble des prestations contractuelles. Lorsque la société d'ingénierie propose sa soumission, elle doit prendre en compte tous les coûts relatifs à la réalisation des travaux. Par conséquent, elle ne pourra réclamer un supplément ultérieurement à la conclusion du contrat. Le contrat à forfait fait reposer sur l'ingénieur tous les risques d'accroissement des coûts des matériaux, des équipements et de la main-d'oeuvre. Une façon de limiter ces risques est d'insérer une clause de révision des prix. Cependant, dans beaucoup de pays et notamment au Moyen-Orient, cette clause est rarement acceptée par les maîtres d'ouvrage.

Cette formule contractuelle est utilisée fréquemment aux États-Unis, car l'idée qui prévaut dans ce pays est que l'ingénieur doit finaliser tous les détails avant de présenter une soumission et, en conséquence, il lui faut être en mesure de fixer un prix global.

Un autre mode de fixation de prix, les contrats à bordereaux de prix et quantités présumés (« *bill of quantities contracts* ») emploient des prix fixés à l'avance qui s'appliquent à chaque type de travail ou d'élément d'ouvrage. Ces contrats doivent donc prévoir des descriptions des unités et leur prix, ainsi que la méthode pour mesurer chaque unité effectuée : kilomètre pour les routes, mètre cube de béton armé, etc. Ces contrats incluent des bordereaux de prix détaillant des quantités présumées ou des « *schedules of rates* ». Le bordereau décrit sommairement chacun des travaux, des prestations et des fournitures, et donne le prix de chaque unité. Le prix global est la somme de l'évaluation du coût de l'ensemble des unités. Par la suite, les quantités réellement utilisées sont mesurées par un géomètre, et leur prix est

³¹ C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *Civil Engineering Contracts, Practice and Procedure*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1988, pp. 41 et 42.

évalué sur la base du prix unitaire. Ces contrats sont souvent utilisés lors de travaux routiers ou de terrassements importants, car l'ingénieur est payé pour le travail réellement effectué. Ils présentent l'avantage de fournir une base juste de paiement, tout en laissant une certaine liberté pour des modifications éventuelles³².

S'inscrivant dans la même veine que les contrats à prix unitaire et quantité mesurée, les contrats à « *schedules of rates* » comprennent également une liste de prix unitaires s'appliquant aux matériaux et aux fournitures, mais n'indiquent pas les quantités. Celles-ci sont évaluées en cours de chantier lors d'une mesure des travaux réellement exécutés. Les prix unitaires font l'objet de négociations entre l'entrepreneur et l'ingénieur agissant pour le compte du maître d'ouvrage. Mis à part les cas où l'entrepreneur dispose des données complètes, il lui sera difficile d'évaluer le coût global du projet lorsque les quantités ne sont pas connues. Ainsi, les formules contractuelles des « *schedules of rates* » présentent moins d'avantages que les bordereaux. Cependant, ces formules sont surtout employées pour des travaux qui nécessitent d'effectuer un entretien³³.

Enfin, une dernière catégorie de contrat, le contrat en régie ou à dépenses contrôlées (« *cost reimbursement* » ou « *cost plus fee contracts* ») est basé sur le principe du remboursement des coûts. Dans cette catégorie de contrat, on distingue les coûts imputables au chantier (salaires, matériaux, outillage, assurances, etc.) auxquels s'ajoutera un pourcentage (« *fee* ») pour couvrir les frais généraux et le bénéfice de l'ingénieur. Cette rétribution est souvent exprimée en termes d'un pourcentage des coûts imputables au chantier. Le prix global est donc constitué des « *cost plus fee* ». Ce contrat fait reposer les risques de majoration sur le maître d'ouvrage. Toutefois, il y est souvent inséré un prix plafond (« *target price* ») qui ne sera sujet à variation que si les prix ou les quantités venaient à être modifiés. Au cas où le coût global de l'ouvrage serait inférieur au prix plafond, une clause prévoit généralement l'allocation d'une prime à l'ingénieur³⁴.

³² A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 126 et suiv.; C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 31, p. 26 et suiv.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

Selon Schneider³⁵, les contrats à dépenses contrôlées permettent au maître d'ouvrage d'être très flexible dans ses demandes. De plus, la conclusion de ces contrats peut s'effectuer antérieurement à la conception détaillée du projet. Cela permet aux parties de transiger avant que toutes les spécifications techniques puissent être mises en place, soit parce qu'elles manquent de temps, soit parce que ces spécifications sont trop coûteuses à effectuer préalablement à une étude sur le terrain (comme c'est le cas lorsque le sol présente des conditions difficiles).

Ainsi, la conception d'une opération internationale d'ingénierie peut prendre des formes contractuelles variées. La complexité et les caractéristiques spécifiques d'un tel projet expliquent le foisonnement des formules contractuelles. Néanmoins, comme nous le verrons ultérieurement, la tendance est à la normalisation des contrats.

Avant de se pencher sur ce phénomène, il est nécessaire de passer en revue les autres intervenants au projet et d'observer les caractéristiques majeures des contrats internationaux d'ingénierie.

D. Les autres intervenants dans la réalisation d'un projet

D'autres parties que le maître d'ouvrage, l'ingénieur-conseil et l'entrepreneur éventuel sont également impliquées dans la réalisation d'un projet³⁶. Dans la plupart des contrats, les ingénieurs ou les entrepreneurs ont recours à des sous-traitants. Du fait de la complexité croissante des projets de construction d'ensembles industriels, il n'est plus possible pour une entreprise d'assurer seule la réalisation d'un projet. De plus, le lancement d'un appel d'offres au niveau international oblige les ingénieurs à se grouper, parfois avec leurs concurrents, en vue de présenter une offre commerciale avantageuse. Les ingénieurs ou les constructeurs sont souvent prêts à assumer le rôle d'entrepreneur principal ou celui de sous-traitant. Les sous-traitants occupent une place importante dans les projets internationaux de construction. Ils peuvent être choisis par l'entrepreneur ou être imposés par le

³⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 314.

³⁶ Sur les autres parties concernées par les projets internationaux, voir *id.*, 292-294.

maître d'ouvrage qui désire faire réaliser une partie des travaux par une entreprise spécifique ou par des sociétés locales. Parfois, la complexité technique des travaux nécessitera le recours à une entreprise spécialisée dans un domaine particulier. Récemment, la sous-traitance est devenue de plus en plus spécialisée. Le sous-traitant se trouve alors en position de force et a la possibilité de choisir lui-même ses cocontractants. L'entrepreneur principal et les sous-traitants concluent habituellement un contrat séparé auquel le maître d'ouvrage n'est pas lié. Néanmoins, il est souvent stipulé dans le contrat principal, entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal, que les sous-traitants doivent être approuvés par le client³⁷.

Bien qu'elles ne soient pas directement parties au contrat, les institutions financières internationales jouent un rôle important dans la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie. En tant que bailleurs de fonds, elles sont en mesure d'influencer de façon déterminante les négociations ainsi que le contenu du contrat. Leur influence se manifeste en particulier quant aux modalités de paiement, aux garanties, aux droits réels et aux assurances, mais également en ce qui a trait au choix de la formule contractuelle. La Banque mondiale se réserve ainsi un droit de regard sur les conditions générales utilisées par l'emprunteur. Néanmoins, les institutions financières refusent de supporter toute responsabilité pour le contrat principal³⁸.

Enfin, les organismes nationaux et internationaux, comme l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) pour l'assurance-crédit et autres risques à l'exportation, ainsi que les organismes d'aide à l'étranger, exercent une influence sur divers aspects du contrat. Ces organismes sont en général constitués par les États dans le but de promouvoir leurs exportations tout en permettant d'aider les pays moins favorisés économiquement. Au Canada, il s'agit de l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et de la Société pour l'expansion des exportations (SEE). Concernant cette dernière, il est très important pour l'ingénieur d'obtenir une assurance contre les risques politiques ou contre la carence ou l'arbitraire

³⁷ Sur la sous-traitance, voir P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, pp. 312-340 et A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, pp. 211-223; Jean-Louis BISMUTH, « Le contrat international de sous-traitance », (1986) *R.D.A.I.* 535.

³⁸ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 603.

du maître d'ouvrage, et ce, plus particulièrement lorsque celui-ci est un État où le régime politique est instable³⁹. La société d'ingénierie doit alors se conformer aux exigences de l'assureur-crédit afin d'obtenir sa couverture⁴⁰.

E. Les particularités du contrat international d'ingénierie

Le contrat international d'ingénierie présente des traits particuliers dont il faut tenir compte lors du processus de normalisation. Ces particularités ressortent dans la durée du contrat, le lieu d'exécution des travaux, le matériel utilisé sur les chantiers, la coordination des intérêts des parties⁴¹, ainsi que dans le fait qu'il s'agit souvent d'un contrat d'État.

Le contrat international d'ingénierie porte généralement sur la construction d'un ouvrage de grande envergure. C'est donc un contrat à long terme : de nombreuses années peuvent s'écouler entre le moment des soumissions des diverses parties et l'achèvement de l'ouvrage. Les circonstances sont susceptibles de changer et d'affecter l'équilibre des conditions contractuelles. Il est donc nécessaire d'insérer des clauses visant la révision du contrat.

Afin d'acquérir le matériel nécessaire à la construction, le contrat d'ingénierie exige de lourds investissements financiers. Les rédacteurs du contrat doivent s'en soucier dans les conditions détaillées de paiement.

Le caractère international du contrat d'ingénierie est aussi marqué par la présence de divers facteurs : la nationalité différente des parties et l'accomplissement des travaux par l'une d'entre elles dans le pays de l'autre. L'internationalité du contrat engendre des conséquences légales importantes quant à la loi applicable, la langue utilisée dans le contrat et le mode de règlement des litiges.

Un autre trait caractérise le contrat international d'ingénierie : le client est fréquemment un État ou une entité publique. Le ca-

³⁹ A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 286.

⁴⁰ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 609.

⁴¹ Ce sujet a déjà fait l'objet de commentaires lorsque nous avons étudié l'évolution du rôle de l'ingénieur-conseil. Voir *supra*, B.

ractère étatique entraîne l'application de règles spécifiques pour la passation de marchés publics. Les entités publiques bénéficient également de certains pouvoirs, comme celui de changer la loi (dans certains pays) ou de mettre fin unilatéralement au contrat.

Après avoir décrit sommairement les particularités du contrat d'ingénierie, il importe maintenant d'étudier le processus de normalisation des contrats.

II. L'élaboration des contrats normalisés

La complexité des contrats internationaux d'ingénierie ainsi que les diverses formes qu'ils peuvent prendre sont illustrées dans l'ensemble de la documentation contractuelle. Cette documentation se présente dans un ensemble de documents, à savoir : les documents d'appel d'offres, les spécifications techniques, les plans, les dispositions financières et les conditions générales. Ces dernières décrivent les obligations et les responsabilités du maître d'ouvrage ainsi que les pouvoirs et les obligations de l'ingénieur et des autres intervenants.

Les conditions générales sont complétées par des conditions particulières qui contiennent les caractéristiques de chaque projet. Parfois, lorsque les formules contractuelles sont imposées par des réglementations publiques, une simple référence dans l'appel d'offres suffit pour savoir quelle formule contractuelle va s'appliquer⁴².

Bien que les juristes aient tendance à porter leur attention sur les conditions générales, les autres documents concernant les aspects plus techniques du projet d'ingénierie présentent un intérêt juridique non négligeable. Ils contiennent souvent des dispositions légales et doivent être pris en compte dans l'interprétation du contrat. Cependant, dans le cadre de cet article, ces documents ne seront pas analysés.

La plupart des contrats internationaux d'ingénierie sont conclus à la suite d'appels d'offres publics au niveau internatio-

⁴² Par exemple, le Fonds européen de développement impose l'application de ses conditions générales.

nal⁴³. En général, les documents contractuels sont inclus dans l'appel d'offres. Ils sont préparés par l'ingénieur ou l'architecte qui se réfère normalement à des conditions normalisées. Ces documents sont utilisés par la suite lors de la conclusion du contrat⁴⁴. Le choix des conditions contractuelles résulte habituellement d'une décision unilatérale du maître d'ouvrage. Elles ne sont pas nécessairement renégociables par les soumissionnaires. Il arrive fréquemment que les règlements pour les marchés publics n'autorisent pas d'altérations. Cette imposition des conditions contractuelles répond à une nécessité commerciale et est dictée par un souci d'égalité des candidats⁴⁵.

Le fait que le maître de l'ouvrage impose les conditions générales pourrait conduire à les analyser comme un contrat d'adhésion. Cette analyse paraît infondée, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les soumissionnaires ont la possibilité d'émettre certaines réserves dans leur soumission sans courir le risque que leur offre soit automatiquement rejetée par le maître de l'ouvrage. De plus, le prix et l'objet du contrat sont toujours négociés. Enfin, les projets de construction sont sujets à des modifications, et par conséquent, renégociables tout au long des travaux⁴⁶.

Cette documentation a fait l'objet d'un processus général de normalisation au moyen d'une concertation entre les divers intervenants.

A. Intérêt de la normalisation

La pratique de la normalisation des contrats a des avantages indéniables. On note, en premier lieu, qu'elle favorise

⁴³ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 51. Les conditions générales de la FIDIC le supposent, voir FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, *Guide to the Use of Fidic Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*, 4^e éd., Lausanne, 1989, p. 22 (ci-après cité : « Guide FIDIC »).

⁴⁴ Guide FIDIC, *id.*, p. 22.

⁴⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 318.

⁴⁶ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 54; Justin SWEET, « Standard Construction Contracts : Some Advice to Construction Lawyers », (1991) 7 *Constr. L.J.* 8, 9. Voir aussi *Alta Ltée c. Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, J.E. 95-1567 (C.S.).

l'accroissement du rythme des transactions⁴⁷. En effet, les parties, ayant à leur disposition des contrats-types qui synthétisent leurs droits et obligations, sont alors en mesure de réserver l'essentiel de la négociation aux facteurs économiques, plutôt que de voir la transaction avortée ou retardée à cause d'une mésentente d'ordre juridique. Cette normalisation a également pour effet d'écarter la suspicion qui entoure la conclusion d'un contrat lorsqu'une des deux parties propose ou exige l'emploi de son propre modèle contractuel. Del Marmol observe une intéressante analogie entre les contrats normalisés et la simplification du processus industriel. Il indique à cet égard qu'« à l'automatisation [sic] dans l'équipement industriel, à la normalisation des matières traitées, à la simplification des méthodes de travail répondent pour des soucis identiques, sur le plan juridique, les contrats-types préfabriqués et les conditions générales stéréotypes »⁴⁸. La normalisation des contrats satisfait ainsi au besoin du commerce moderne. Elle aide à réduire la durée de la phase précontractuelle et rend possible de suivre le rythme effréné du monde des affaires⁴⁹, tout en limitant les dépenses liées aux honoraires des juristes⁵⁰. Enfin, elle permet de déléguer la conclusion de contrats à des subalternes sans pouvoir de décision⁵¹.

Un second avantage généralement reconnu aux contrats normalisés concerne la sécurité juridique. La doctrine estime qu'en les rédigeant de façon claire et selon la phraséologie propre au secteur commercial concerné, il en résultera inévitablement une diminution des litiges. On évitera ainsi une perte de temps considérable aux avocats et aux tribunaux à examiner quels documents forment le contrat et comment ils s'intègrent entre eux⁵². De plus, même si l'on doit s'adresser aux tribunaux pour interpréter certaines clauses des contrats normalisés, le bilan ne

⁴⁷ J.-F. LECLERCQ, J. MAHAUX et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, note 4, p. 9.

⁴⁸ Charley DEL MARMOL, « Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial », dans *Liber Amicorum Baron FREDERICQ*, t. I, Gand, Faculté de droit de Gand, 1965, p. 307, à la page 310. Voir aussi J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 434.

⁴⁹ J. LÉAUTÉ, *id.*, 434; J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 8.

⁵⁰ H. B. SALES, *loc. cit.*, note 2, 340.

⁵¹ J.-F. LECLERCQ, J. MAHAUX et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, note 4, p. 10.

⁵² *Id.*, p. 10; H. B. SALES, *loc. cit.*, note 2, 340.

pourra être que positif, puisque les usagers bénéficieront alors d'un corpus plus complet pour appréhender la matière en cause⁵³. D'aucuns parleront alors d'uniformisation des risques juridiques⁵⁴ ou dans le cadre d'une approche plus globale, de gestion des risques⁵⁵.

Un autre argument complète celui de la sécurité juridique. Les usagers estiment souvent que le droit commun n'est pas assez adapté à leurs besoins⁵⁶. Cette assertion n'en est pas véritablement une puisque le rôle du droit commun est fondé sur son caractère supplétif. Il n'en demeure pas moins que les contrats normalisés relèguent le droit commun au second plan. Le professeur Léauté décrit ce phénomène de la façon suivante :

*Le rôle même des règles légales interprétatives et supplétives explique ce résultat. Elles ne doivent s'appliquer que si les parties n'ont pas voulu les écarter. Elles servent alors à interpréter la volonté des contractants, quand celle-ci n'est pas claire; elles permettent aussi [...] de suppléer aux lacunes de cette volonté. Mais les professionnels préfèrent s'en remettre au contrat-type du soin de trancher ces questions imprévues au moment de la rencontre des consentements. Le petit code est plus proche d'eux que le grand. Il est l'oeuvre de pairs en qui ils ont confiance; il est récent, plus détaillé. Dans l'esprit des contractants, c'est à lui qu'il faut se référer pour interpréter et suppléer leur volonté, de préférence aux règles interprétatives et supplétives légales, qui ne s'appliquent plus qu'à défaut de solution donnée par le contrat-type.*⁵⁷

Ce désir de s'affranchir du droit commun se répercute inévitablement quant au mode de règlement des litiges. Ainsi, observons-nous un délaissement des tribunaux judiciaires au

⁵³ H. B. SALES, *id.*, 319. Le droit maritime constitue un excellent exemple pour illustrer ce phénomène. Les polices d'assurance, les chartes-parties et les connaissements maritimes sont encore, à l'heure actuelle, basés sur des modèles qui datent souvent depuis plusieurs siècles, sans que l'on se bouscule pour les modifier substantiellement. Voir aussi J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 8.

⁵⁴ J.-F. LECLERCQ, J. MAHAUX et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, note 4, p. 10.

⁵⁵ Voir par exemple Nicole LACASSE et Louis PERRET (dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson et Lafleur, 1991.

⁵⁶ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 434; Note, « Private Lawmaking by Trade Associations », (1949) 62 *Harv. L.R.* 1346.

⁵⁷ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 438.

profit des institutions arbitrales⁵⁸. Lorsque des litiges surviennent, les usagers préfèrent s'en remettre à leurs pairs qui ont élaboré les contrats normalisés⁵⁹, ou bien à des spécialistes du domaine concerné. Les autres avantages généralement reconnus à l'arbitrage (simplicité, rapidité et économie des coûts) contribuent également à accentuer le délaissement des tribunaux judiciaires.

Un quatrième avantage favorise l'essor des contrats normalisés. Ces contrats atténuent les possibilités de conflits de lois⁶⁰. En effet, ils ont souvent vocation à s'appliquer à l'échelle internationale et permettent alors de créer un consensus quant aux règles applicables à des transactions données. Les contrats normalisés « créent ainsi un droit corporatif international pour lequel les frontières n'ont que relativement peu d'importance »⁶¹.

Les contrats normalisés n'offrent pas seulement que des avantages. Parmi les désavantages les plus fréquemment énumérés, on peut citer l'accroissement des litiges, et ce, lorsque la rédaction de ces contrats est déficiente⁶². Cette situation est selon nous beaucoup plus fréquente que ce à quoi l'on pourrait s'attendre. Nous verrons, ci-après, que la normalisation des contrats est souvent le résultat d'une concertation entre les divers intervenants d'un secteur concerné. Bien que la concertation puisse favoriser l'utilisation des contrats normalisés par l'ensemble des intervenants, elle implique souvent néanmoins un marchandage qui a pour effet de créer certaines ambiguïtés. Un deuxième désavantage réside, selon nous, dans le fait que ces contrats ne laissent pas véritablement de place à l'innovation ou aux autres façons de faire, la différence étant alors considérée comme suspecte. Un troisième désavantage est lié aux clauses dites « de style ». En effet, la normalisation crée la possibilité d'amener, dans certains cas, une utilisation abusive de ces clauses qui ne répondent pas aux besoins des contrats, et auxquelles les tribunaux ne donnent pas de suite parce qu'elles ne reflètent

⁵⁸ *Id.*, 444; Note, *loc. cit.*, note 56, 1359.

⁵⁹ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 444.

⁶⁰ *Id.*, 435.

⁶¹ *Id.*

⁶² H. B. SALES, *loc. cit.*, note 2, 338.

pas véritablement la volonté des parties⁶³. Notons, enfin, que la normalisation comporte aussi le danger de déjouer les règles normales de la concurrence, surtout si le groupe qui établit le contrat a le pouvoir de dicter ses conditions⁶⁴.

Dans le domaine de l'ingénierie, la normalisation des contrats est un phénomène courant. Cette pratique se retrouve aussi bien en droit interne qu'en droit international. Au niveau international, la normalisation présente un intérêt particulier dans la mesure où elle vient combler un certain vide juridique. En effet, à l'échelon national, le droit commun de l'ingénierie ou de la construction est généralement incomplet et inadapté aux grands projets de construction internationaux. Les procédures ordinaires de conclusion des contrats en droit interne se révèlent souvent inadéquates. Ces observations sont d'autant plus valables pour les pays de tradition civiliste où, bien qu'il existe des codes réglementant divers aspects juridiques du contrat d'ingénierie, ceux-ci ont été conçus pour s'appliquer au droit interne et visent donc des contrats différents⁶⁵. Un autre intérêt de la normalisation de la documentation sur les marchés internationaux est sa contribution à une certaine homogénéisation ou uniformisation des règles du jeu dans le domaine de l'ingénierie.

La normalisation des contrats d'ingénierie présente également des avantages importants au niveau du droit interne. De nombreux pays, surtout occidentaux, ont mis au point une documentation contractuelle utilisée par l'industrie locale qui peut être transposée dans d'autres pays au plan interne⁶⁶. Cet ensemble contractuel constitue ce qui a été défini comme le droit commun de la construction. Certains travaux nationaux de nor-

⁶³ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 430. Voir aussi J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 9, qui s'exprime comme suit : « Additionally, contract interpretation problems are more difficult when the language is prepared by a third party [...]. Usually a court seeks the intention of the parties, but intent may be difficult to ascertain when the parties, in many instances, had no particular input regarding particular language. If so, do we look to the intention of the drafters, the third parties? Who are they? How does a court find their intention? »

⁶⁴ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 435; J.-F. LECLERCQ, J. MAHAUX et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, note 4, p. 10.

⁶⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 316.

⁶⁶ J. LÉAUTÉ, *loc. cit.*, note 1, 439 et suiv.

malisation ont servi de référence pour l'élaboration de contrats-types d'ingénierie au niveau international.

Le développement technologique a aussi favorisé le recours à des documents contractuels normalisés. Ce progrès a rendu les projets d'ingénierie internationaux de plus en plus complexes. Cette complexité s'est manifestée par un accroissement des problèmes juridiques. Les rédacteurs des conditions normalisées ont pris en compte ces nouveaux développements. Ils réagissent donc immédiatement au progrès technologique en adaptant les contrats en conséquence.

La normalisation des contrats dans le domaine de l'ingénierie internationale est surtout un phénomène qui s'est développé comme conséquence des besoins de la pratique. Il s'avère plus simple pour les parties de recourir à une formule normalisée, qu'elles peuvent modifier, plutôt que de rédiger un contrat pour chaque projet international⁶⁷.

Chacun des intervenants au projet d'ingénierie trouve certains avantages pratiques à se servir des conditions normalisées. L'ingénieur et l'architecte sont enclins à les utiliser, car ils savent qu'elles répondent aux exigences du maître d'ouvrage. En effet, ce dernier est censé participer au processus de concertation dans l'élaboration des modèles. Les conditions normalisées facilitent également la gestion du projet et la coopération avec l'entrepreneur⁶⁸. Grâce à celles-ci, l'entrepreneur a la possibilité d'effectuer une évaluation rapide des risques, ce qui facilite sa proposition d'offre. Pour sa part, le maître d'ouvrage peut, en se basant sur ces modèles, prendre une décision objective sur la répartition des risques⁶⁹ et le prix à payer.

L'utilisation croissante des contrats normalisés a également pour effet d'augmenter la concurrence entre les entreprises, car les nouvelles sociétés entrant sur le marché n'ont pas à se soucier de la pratique contractuelle. Enfin, si les conditions générales sont claires et équitables, elles facilitent la gestion du contrat et

⁶⁷ J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 8.

⁶⁸ *Id.* Toutefois, cet avantage peut se transformer en désavantage, car les parties négligent souvent de se conformer strictement aux procédures prévues dans les contrats normalisés. Cela est susceptible d'engendrer un accroissement des litiges lorsqu'il y a absence de concertation.

⁶⁹ *Id.*

évitent des conflits résultant de malentendus. Néanmoins, chaque projet d'ingénierie possède ses particularités et il s'ensuit que les conditions générales doivent souvent être modifiées. À cet effet, les conditions générales de la FIDIC contiennent une deuxième partie appelée les « conditions particulières » destinée à inclure les particularités de chaque contrat.

L'utilisation des contrats normalisés n'entrave pas le principe de la liberté contractuelle. Les parties sont libres de contracter et peuvent modifier toute clause qu'il leur semble opportun d'améliorer. Toutefois, une mise en garde s'impose à cet égard. En effet, les contrats d'ingénierie contiennent différentes parties qui sont fréquemment liées les unes aux autres, et la modification d'une clause se répercute ainsi sur plusieurs clauses situées dans d'autres parties. Par ailleurs, certains types de conditions générales prévoient des clauses optionnelles que les parties ont la possibilité d'insérer⁷⁰.

Les conditions normalisées ont acquis beaucoup d'autorité dans leur pays d'origine et au niveau international. Leur succès est dû, tout au moins en partie, au fait qu'elles ont été rédigées par les organismes professionnels des branches dans lesquelles les intervenants oeuvrent.

B. Le mode d'élaboration des contrats normalisés : la concertation

Les conditions générales relatives aux projets internationaux d'ingénierie sont élaborées par le biais d'un processus particulier : elles font l'objet d'une concertation au sein d'organismes professionnels qui ont pour but de recueillir l'opinion de leurs membres. Ce processus de concertation n'est pas propre au secteur de l'ingénierie. On le retrouve également dans d'autres sphères d'activités. À titre d'exemple, on peut nommer les chartes-parties en droit maritime (Baltimex, Gencon, etc.) et les contrats de vente de matières en vrac (GAFTA : Grain & Feed Trade Association de Londres ou New York Exchange Product Contracts). Dans d'autres domaines, la préparation des contrats normalisés est effectuée par les fournisseurs de biens et services

⁷⁰ John UFF, *Construction Law*, 5^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, p. 147.

ou par leurs associations. Les bénéficiaires de ces services n'interviennent pas normalement dans le processus de codification contractuelle. On parle alors de contrat normalisé unilatéral⁷¹.

En matière d'ingénierie, cette tendance à la concertation est très nette en ce qui concerne les « conditions générales collectives »⁷². Ces conditions, élaborées et révisées par les membres concernés, requièrent pour leur adoption l'unanimité ou tout au moins un certain consensus. Les règlements de marchés publics font également appel à un processus de concertation. Les conditions sont généralement préparées en commun par l'État et les entrepreneurs. Celles-ci ont vocation à s'appliquer non seulement aux travaux publics, mais aussi à des contrats privés⁷³.

Le processus de concertation présente l'avantage de représenter les intérêts de toutes les parties investies dans le projet. En théorie, les formules contractuelles doivent satisfaire les intérêts de l'ensemble des intervenants. Les formules de contrat ainsi élaborées sont très différentes de celles rédigées, par exemple, par les sociétés de crédit-bail qui désirent en premier lieu protéger leurs intérêts. S'il existe un vide juridique dans le contrat de crédit-bail, il sera facilement comblé par le crédit-bailleur. Il n'en est pas de même pour les conditions générales relatives à l'ingénierie. Si une clause ne paraît pas claire, il ne sera pas facile de la modifier, car il faudra alors obtenir le consentement de tous les organismes professionnels participants à l'élaboration de ces documents. Le processus de concertation implique nécessairement des concessions qui se reflètent alors dans la rédaction des documents. Il s'ensuit que certaines ambiguïtés demeurent, bien qu'elles soient connues⁷⁴. Toutefois, la concertation offre un avantage indéniable comparativement aux législations nationales et aux conventions internationales. Elle comporte une plus grande flexibilité et permet ainsi de réagir plus rapidement aux évolutions de la pratique⁷⁵.

⁷¹ J.-F. LECLERCQ, J. MAHAUX et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, note 4, p. 14.

⁷² M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 434.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ J. UFF, *op. cit.*, note 70, p. 231.

⁷⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 435.

Divers organismes publient des conditions générales. Au niveau international, on peut citer les institutions financières internationales, telles que le Fonds européen de développement, et des institutions professionnelles du secteur de la construction, comme la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC). Au niveau national, il est possible de se référer aux organismes de normalisation, comme l'Association française de normalisation, et à des institutions professionnelles du secteur de l'ingénierie, comme l'Association canadienne des ingénieurs-conseils, l'Association des ingénieurs-conseil du Québec⁷⁶, la Fédération nationale des travaux publics ou la Syntec pour la France, l'Institution of Civil Engineers ou le Royal Institute of British Architects pour le Royaume-Uni, l'Engineers' Joint Contract Documents Committee et l'American Institute of Architects pour les États-Unis et l'Engineering Advancement Association of Japan pour le Japon. Il est intéressant de noter qu'au Royaume-Uni et aux États-Unis, des associations distinctes, représentant respectivement les ingénieurs de génie civil et les architectes, ont chacune élaboré leur formule contractuelle normalisée. Au Canada, un comité unique, le Comité canadien des documents de construction (CCDC), est chargé de la préparation des conditions générales.

Les textes mis au point par ces organismes professionnels n'ont aucune valeur impérative. L'objectif poursuivi n'est pas d'acquiescer la force obligatoire, mais plutôt d'éclairer et de conseiller les parties en leur fournissant des guides et des modèles de contrats élaborés à partir de la synthèse des acquis, et de l'expérience de diverses branches professionnelles.

Le rôle confié aux organismes professionnels est d'autant plus important qu'ils élaborent un ensemble de normes contractuelles formant en quelque sorte un droit de l'ingénierie. Ces normes acquièrent une importance de premier ordre dans certains pays où le législateur a tardé à manifester un intérêt dans ce domaine. Ceci est vrai tout au moins pour la France.

Le fait que les conditions générales soient rédigées à la suite d'un processus de concertation n'a pas pour effet d'évincer toute influence législative. Les règles d'application immédiate exercent

⁷⁶ Il faut noter que chaque province canadienne possède sa propre association d'ingénieurs-conseils.

une influence certaine lors de l'élaboration des conditions normalisées.

C. Les règles d'application immédiate⁷⁷

Les rédacteurs des contrats normalisés doivent prendre en compte l'existence de lois d'ordre public. Ces règles impératives, que l'on désigne sous l'appellation de lois d'ordre public, lois d'application immédiate, ou lois de police, soumettent certains aspects de l'opération internationale d'ingénierie à l'ordre juridique ayant compétence pour les régir⁷⁸. L'entrepreneur et l'ingénieur devront se soumettre à ces règles. Le juge sera obligé de les appliquer, et ce, quel que soit le droit applicable au contrat. L'interaction de ces règles est d'autant plus fréquente dans le cadre de contrats internationaux d'ingénierie où plusieurs ordres juridiques sont en relation. Les lois d'application immédiate proviennent pour la plupart de l'État du lieu d'exécution du contrat, mais aussi de l'État du lieu de résidence de l'entrepreneur et de l'ingénieur-conseil.

Les clients sont souvent des États ou des entités publiques. Cette qualité étatique peut engendrer l'application du droit public de l'État contractant. Il existe des règles spéciales pour la passation et le contenu des contrats conclus par les entités publiques. Les règles régissant les marchés publics s'inscrivent fréquemment en parallèle des formules-types. Nous ne ferons pas référence à ces règles dans le cadre de cette étude, sauf dans les cas où elles ont une influence prononcée sur les contrats normalisés internationaux.

Lors de la rédaction du contrat, certaines règles du droit local doivent être prises en considération en tant que lois de police. Les règles d'application immédiate ont vocation à répondre à des impératifs économiques de développement, dont les grands projets visant la réalisation d'un ensemble industriel font partie. Il est donc compréhensible que l'État concerné veille à ce que le projet réponde à ces impératifs. Les règles d'application immédiate ser-

⁷⁷ Pour les développements suivants, voir P.G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, pp. 528-581.

⁷⁸ Bien que la doctrine effectue parfois une distinction entre ces différents termes, ils seront utilisés indifféremment dans le cadre de cette étude.

vent cet objectif. À cet effet, elles régissent de nombreux aspects de l'opération.

Les lois d'application immédiate requièrent, en premier lieu, le respect des réglementations locales de la construction. Ces réglementations imposent l'obtention d'un permis de construire, visent à sauvegarder l'hygiène et la sécurité et gouvernent souvent la responsabilité du constructeur. De nombreuses dispositions de droit social sont également d'application immédiate. Par exemple, les clauses de congé payé ou les indemnités de licenciement sont soumises au droit local, et ce, quel que soit le droit applicable au contrat. La réglementation locale nécessite fréquemment le recrutement de personnel local. Les réglementations des douanes, du fisc, des changes et autres questions monétaires sont aussi d'application territoriale. Il est évident que ces réglementations affectent le contrat international d'ingénierie. Les rédacteurs des contrats normalisés doivent donc en tenir compte.

Par exemple, les conditions générales de la FIDIC ont envisagé l'effet des lois d'ordre public. La clause 26.1 des conditions relatives au génie civil énonce le principe général selon lequel l'entrepreneur doit se soumettre aux lois d'application immédiate⁷⁹. Mais ces conditions générales sont allées plus loin que de simplement énoncer le principe de respect des lois d'ordre public. Elles anticipent les difficultés pratiques résultant de l'application de ces lois. À cet effet, la clause 26.1 *in fine* indique qu'il revient au maître d'ouvrage d'effectuer les démarches nécessaires pour obtenir un permis de construire⁸⁰. D'autres clauses ont traité à la santé et la sécurité sur le chantier⁸¹, aux exigences douanières⁸² et aux exigences monétaires et fiscales⁸³.

Les règles d'application immédiate du pays de l'ingénieur exercent une influence moindre sur le contrat international d'ingénierie, mais ne doivent pas pour autant être complètement négligées. L'exportateur de services peut subir certaines contraintes auxquelles le contrat n'est pas insensible. Notons, par

⁷⁹ Guide FIDIC, *op. cit.*, note 43, art. 26.1, p. 80.

⁸⁰ *Id.*, art. 26.1 *in fine*, p. 80.

⁸¹ *Id.*, « conditions particulières », art. 19.1, p. 10.

⁸² *Id.*, art. 53.4 et 54.4, p. 120.

⁸³ *Id.*, art. 72.2, p. 170.

exemple, les embargos, les permis d'exportation et la réglementation fiscale.

D. Le cas particulier de la *lex mercatoria*

La *lex mercatoria*, le droit international des marchands formé d'usages professionnels, de montages juridiques, de clauses contractuelles et de sentences arbitrales, contribue-t-elle à l'élaboration du contrat international d'ingénierie⁸⁴?

Une partie de la doctrine a soutenu que les conditions générales de la FIDIC participent à modeler un droit international des marchands. En ce sens, il a été avancé que les « usages constatés par des organismes professionnels, tels que la FIDIC, réalisent une uniformisation plus poussée qui, ce faisant, contribuent à une unification du droit du commerce international »⁸⁵. La haute propension à l'utilisation des conditions générales de la FIDIC renforce en effet cette conclusion. La plupart des documents d'appel publics internationaux et les conditions générales qui y sont attachées se réfèrent aux modèles de la FIDIC ou s'en inspirent très largement⁸⁶. Eric Petersen en a déduit :

*le désir du Maître d'Ouvrage ou de l'Ingénieur-conseil d'unifier les conditions contractuelles à imposer aux divers entrepreneurs concourant au même projet quelle que soit la diversité de leurs techniques respectives ou de leur souci d'appliquer le schéma le plus rigoureux.*⁸⁷

Il existe en effet deux modèles de conditions générales de la FIDIC, un pour les contrats de génie civil et un autre pour les ouvrages électromécaniques. Les parties recourent fréquemment au premier dans les cas où le second aurait vocation à s'appliquer. Cette tendance à la concentration sur un modèle unique révèle l'existence d'une volonté des parties d'unifier les conditions contractuelles sans distinguer les techniques employées.

⁸⁴ La question de savoir si la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique national autonome ne sera pas discutée dans le cadre de cette étude.

⁸⁵ Filali OSMAN, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 282.

⁸⁶ Éric PETERSEN, « Vente d'ensemble industriel et Condition FIDIC (Génie Civil) », (1978) 4 *D.P.C.I.* 221.

⁸⁷ *Id.*, 222.

Ainsi, pourrait-on estimer que les conditions générales de la FIDIC constituent une des sources formelles du droit international des marchands. Les tenants de la *lex mercatoria* soulignent l'importance du caractère répétitif engendrant la transformation de clauses contractuelles en règles coutumières. Les conditions de la FIDIC ont connu beaucoup de succès et de nombreuses parties à un contrat d'ingénierie ne contractent plus que sous ces conditions⁸⁸. Cependant, il ne semble pas qu'elles soient utilisées universellement et de manière constante. Certes, les chiffres correspondant aux transactions exactes ne sont pas connus, les contrats n'étant ni publiés ni accessibles au public. Toutefois, il importe de remarquer que les chiffres cités par la doctrine ne dépassent jamais 40% des transactions⁸⁹. De plus, de nombreuses associations à travers le monde ont établi leurs propres modèles relatifs à la rédaction de contrats internationaux de construction. Cette diversité de modèles prouve que les conditions générales de la FIDIC ne peuvent être associées à la *lex mercatoria*⁹⁰.

Une question connexe demeure : la *lex mercatoria* constitue-t-elle une source du contrat d'ingénierie? Les organismes professionnels, investis dans la rédaction des conditions générales, ont pour objectif de fournir aux opérateurs dans le domaine de l'ingénierie les moyens techniques afin de rédiger leurs contrats sans risque d'erreurs⁹¹. À cet effet, ils recensent les usages professionnels, s'inspirent d'expériences de transactions passées dans la pratique, et se réfèrent aux sentences arbitrales. On peut ainsi en déduire que les conditions générales puisent partiellement leurs sources dans la *lex mercatoria* formée des usages suivis dans ce domaine. La même analyse s'applique pour les codes et les guides élaborés par les organismes internationaux.

⁸⁸ F. OSMAN, *op. cit.*, note 85, pp. 275 et 276.

⁸⁹ Voir Hani SARI-ELDIN, « Operation of FIDIC Civil Engineering Conditions in Egypt and Other Arab Middle Eastern Countries », (1994) 28 *Int. Lawyer* 95; H. ANDRÉ-DRUMONT, « The FIDIC Conditions and Civil Law », (1988) 5 *I.C.L. Rev.* 43.

⁹⁰ T. BALLARINO, « Rapport Général », dans *La responsabilité des constructeurs*, *op. cit.*, note 9, p. 215, à la page 219.

⁹¹ F. OSMAN, *op. cit.*, note 85, p. 270.

Cependant, il a été avancé que les usages du commerce international n'entrent pas dans les sources du contrat d'ingénierie⁹². Ainsi, les contrats-types sont souvent basés sur le droit interne qui est ensuite adapté au droit international. Par exemple, les conditions générales de la FIDIC empruntent leurs techniques contractuelles au droit anglais. Les techniques contractuelles empruntées au droit interne perdent ensuite leurs caractéristiques nationales pour se forger au milieu international. Par conséquent, les références au droit d'origine doivent s'effectuer avec prudence⁹³.

Si les usages du commerce international ne forment pas une source des contrats internationaux d'ingénierie, on ne peut nier leur influence sur l'élaboration des conditions générales.

Après cette revue du processus d'élaboration des contrats normalisés, il est nécessaire de procéder à un inventaire des principaux modèles de contrats normalisés dont le juriste peut s'inspirer lorsqu'il rédige un contrat international d'ingénierie.

III. Inventaire des principaux contrats normalisés

Une pluralité de contrats-types et de guides coexistent au niveau national ou international dans le domaine de l'ingénierie. Les modèles de contrats reçoivent des appellations diverses, telles que : conditions générales d'intervention de l'ingénierie, conditions de contrats applicables aux marchés de travaux de génie civil et cahier général des charges des marchés publics de travaux. Que l'intitulé de ces modèles contractuels et des guides soit relatif à l'ingénierie, aux marchés de travaux de génie civil, aux travaux électriques et mécaniques, à la construction d'installations industrielles, à la fourniture et au montage du matériel d'équipement, au transfert de technologie ou à un autre secteur ayant une relation avec le domaine de l'ingénierie, ils

⁹² P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 600.

⁹³ *Id.* H. André-Drumont a mis l'accent sur le fait que les conditions générales de la FIDIC étaient pratiquement une copie conforme des conditions générales de l'Institute of Civil Engineers (ICE) et que, vu des différences existant entre le droit civil et la common law anglaise, elles n'étaient pas adaptées au droit civil. Voir H. ANDRÉ-DRUMONT, « Conditions FIDIC et droit civil », (1986) *L'Entreprise et le droit* 186, 189.

présentent tous un intérêt pour le juriste qui désire rédiger un contrat international.

Le nombre de contrats normalisés est particulièrement imposant. Il convient de situer les principaux modèles, et ce, tant dans leur cadre national que dans leur cadre international.

A. Le cadre national

La source principale du contrat international d'ingénierie se trouve à l'échelon national. En effet, le modèle normalisé le plus utilisé au niveau international, le Guide FIDIC, est inspiré d'un droit national, le droit britannique. Il est une réplique des contrats normalisés de l'ICE.

L'influence des contrats nationaux ne se limitent pas aux contrats de l'ICE. Beaucoup d'autres contrats normalisés ont acquis une grande autorité dans leur pays d'origine. Il s'ensuit que les ingénieurs, qui doivent rédiger des conditions générales pour des marchés exécutés à l'étranger, s'inspirent souvent des conditions générales d'origine interne. On peut observer que les conditions générales nationales exercent une influence très importante sur les contrats internationaux d'ingénierie. Du fait de la présence importante des firmes américaines, anglaises, françaises, canadiennes et maintenant japonaises, les conditions générales respectives de ces pays ont un impact certain sur le choix de la formule contractuelle utilisée dans les marchés internationaux. Par exemple, une enquête, que nous avons effectuée auprès des sociétés d'ingénierie québécoises, nous a révélé qu'une de celles-ci utilisait les modèles normalisés japonais dans le cadre de contrats clé en main, et ce, sans procéder à des modifications substantielles.

Au niveau national, l'élaboration de contrats normalisés pour des projets d'ingénierie est marquée par la concertation des différents groupes concernés. Les sources des modèles de contrats d'Angleterre, des États-Unis, de France, du Canada et du Japon seront examinées sommairement.

1. Les conditions générales anglaises

En Angleterre, comme aux États-Unis, une distinction est établie entre les travaux de construction et ceux de génie civil⁹⁴. De cette dichotomie traditionnelle, il résulte deux modèles contractuels établis par deux institutions différentes.

Dans le domaine du génie civil, les conditions générales sont préparées par l'ICE⁹⁵. La première version de ces conditions date de 1945. La dernière version a été publiée en juin 1973, puis, elle a été révisée en 1979, en 1986 et en 1991. Les conditions sont destinées à être utilisées dans le cas de contrats à « prix unitaire ou à prix mesuré »⁹⁶. Elles s'appliquent dans la grande majorité des projets de génie civil au Royaume-Uni.

Le comité de rédaction de ces conditions, le Joint Contract Committee (JCC), est représentatif des intérêts des groupes concernés, puisqu'il comprend plusieurs associations de génie civil ainsi que celles défendant les intérêts des maîtres d'ouvrage⁹⁷. Le JCC a été constitué en institution permanente sous le nom de ICE Conditions of Contracts Standing Joint Committee (CCSJC). Le CCSJC a pour fonction de réviser les conditions générales⁹⁸.

La sixième version, de 1991, comprend un formulaire de soumission, un modèle contractuel et un formulaire de cautionnement⁹⁹. Elle est utilisée en majorité pour des ouvrages commandés par des entreprises publiques, mais elle peut également servir pour des projets provenant de clients privés¹⁰⁰.

Rappelons que les conditions de l'ICE revêtent une importance capitale, en pratique, puisqu'elles sont la source du principal guide utilisé à l'échelon international, soit celui

⁹⁴ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 441.

⁹⁵ Voir Max W. ABRAHAMSON, *Engineering Law and the I.C.E. Contracts*, 4^e éd., Londres, Applied Science Publishers, 1979; I. N. Duncan WALLACE, *The I.C.E. Conditions of Contract*, 5^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1978.

⁹⁶ C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 31, p. 53.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 444.

⁹⁹ John UFF, « The ICE Conditions of Contract, 6th edition : New Thoughts on Old Issues », (1991) *I.C.L.R.* 259; Martin BARNES, « The New Engineering Contract », (1991) *I.C.L.R.* 247.

¹⁰⁰ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 445.

consacré au génie civil par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC).

Le modèle ICE correspond, dans le domaine du génie civil, aux conditions générales du Joint Contract Tribunal (JCT) relativement aux bâtiments.

Depuis le XIX^e siècle, en matière de bâtiment, le Royal Institute of British Architects (RIBA) oeuvre à l'élaboration d'un modèle contractuel normalisé. À cette époque, le RIBA recourait déjà à un processus de concertation en consultant les associations d'entrepreneurs¹⁰¹. Le JCT fut créé en 1931 afin d'assurer la révision de ces modèles. Bien qu'il reçoive l'appellation de tribunal, le JCT est une institution permanente composée des représentants de toutes les parties impliquées dans les projets de construction de bâtiments¹⁰². Le modèle JCT est élaboré par le Joint Contract Tribunal avec la collaboration du RIBA et de différentes associations représentant les maîtres d'ouvrage, les autorités locales et les entrepreneurs¹⁰³. D'autres professionnels impliqués dans les projets de construction, à savoir les ingénieurs-conseils et les métresseurs-vérificateurs, interviennent également dans le processus d'élaboration de ce modèle.

La dernière édition du modèle JCT date de 1980, telle qu'amendée en 1992. Elle existe en plusieurs versions, incluant des formules types pour les contrats passés avec les autorités publiques et d'autres pour les contrats conclus avec des parties privées. Ces versions sont applicables aux contrats forfaitaires et aux contrats à prix unitaires. Toutefois, depuis 1981, de nouvelles versions ont été introduites pour les contrats clé en main et semi-clé en main¹⁰⁴.

Il faut noter qu'il existe d'autres formules contractuelles qui servent fréquemment dans le domaine des travaux de bâtiments et de génie civil. On peut citer, parmi d'autres, les « *General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Enginee-*

¹⁰¹ *Id.*; Marck C. McGAW, « Insolvency Project Integrity and the JCT Standard Forms », (1994) 10 *Constr. L. J.* 266, 270 et suiv.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ J. UFF, *op. cit.*, note 70, p. 129; M. C. McGAW, *loc. cit.*, note 101.

¹⁰⁴ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 442.

ring Work » et les modèles préparés par l'Institution of Electrical Engineers¹⁰⁵.

2. Les conditions générales américaines

Comme au Royaume-Uni, la distinction entre travaux de bâtiment et de génie civil a produit deux modèles différents.

En ce qui concerne les travaux de bâtiment, l'American Institute of Architects (AIA) a publié des conditions générales¹⁰⁶. Ces conditions sont approuvées par les entrepreneurs. Leur succès est dû à leur rédaction efficace, à leur contenu adéquat et à leur présentation claire. Certains auteurs ont été jusqu'à affirmer qu'elles représentaient « *the best thinking of leaders in the construction industry* »¹⁰⁷.

En matière de génie civil, quelques modèles normalisés sont préparés par l'Engineers' Joint Contract Documents Committee (EJCDC). Ce comité est composé de deux associations d'ingénieurs (la National Society of Professional Engineers (NSPE) et l'American Consulting Engineering Council (ACEC))¹⁰⁸. Ces modèles ne jouissent toutefois pas de la même renommée que ceux de la AIA¹⁰⁹.

¹⁰⁵ C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 31, p. 69.

¹⁰⁶ Voir AIA Document A101-1987 : *Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor Where the Basis of Payment Is a Stipulated Sum*; AIA Document A201-1987 : *General Conditions of the Contract for Construction*, telles que modifiées; AIA Document A111-1987 : *Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor Where the Basis of Payment Is the Cost of The Work Plus a Fee*; AIA Document A401-1987 : *Standard Form of Agreement Between Contractor and Subcontractor*; AIA Document B141-1987 : *Standard Form of Agreement Between Owner and Architect*, telles que modifiées; AIA Document A701-1987 : *Instructions to Bidders*; AIA Document A305-1986 : *Contractor's Qualification Statement*.

¹⁰⁷ W. LORENZ, « Contracts for Work on Goods and Building Contracts », vol. VIII - 8 *International Encyclopedia of Comparative Law*, cité par M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 488. Voir aussi Justin SWEET, « The American Institute of Architects : Dominant Actor in the Construction Documents Market », (1991) *Wisconsin L. Rev.* 315. En se référant aux conditions normalisées AIA, il s'exprime ainsi : « As I see it, the promulgation of these standard documents amounts to private legislation. »

¹⁰⁸ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 448. Voir aussi J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 10. Ce dernier indique les références à d'autres modèles moins connus.

¹⁰⁹ J. SWEET, *loc. cit.*, note 46, 20.

En plus de ces deux modèles, il importe de souligner l'influence considérable des conditions contractuelles de l'U.S. Army Corps of Engineers System¹¹⁰. Bien que ces conditions se rapportent principalement à la conception, à la coordination et à la direction de projets militaires, il semble que de nombreux ingénieurs et constructeurs américains s'en inspirent « dans les documents et spécifications qu'ils imposent à leurs sous-traitants dans le monde entier »¹¹¹. Leur influence se manifeste principalement au Proche et au Moyen-Orient. Il importe de souligner que, contrairement aux conditions générales de la FIDIC, les conditions des U.S. Engineers ne sont pas modelées sur des concepts propres à la common law. Elles sont ainsi susceptibles de recevoir une acceptation plus favorable de la part des sous-traitants provenant de pays civilistes¹¹².

3. Les conditions générales françaises

Les conditions générales françaises sont publiées par l'Association française de normalisation (AFNOR). L'AFNOR a rédigé les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui sont des contrats privés préparés avec la collaboration de l'État et des associations professionnelles. En droit interne, l'application de ces conditions générales aux marchés de travaux publics est parfois obligatoire. Si l'État est le cocontractant, les CCAG doivent impérativement s'appliquer. Par contre, si le cocontractant est une collectivité locale, l'utilisation de ces conditions n'est pas obligatoire. Néanmoins, si le marché est conclu en méconnaissance du cahier des charges, les parties courent le risque que ce celui-ci ne soit pas approuvé par les autorités de tutelle¹¹³. Quant à la passation d'un contrat international où le client serait l'État français, il est tout à fait concevable qu'il puisse imposer l'utilisation des Cahiers des clauses administratives générales. Les conditions générales françaises

¹¹⁰ A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, pp. 162 et 163.

¹¹¹ *Id.*, p. 162.

¹¹² *Id.*, p. 414. On peut consulter ces conditions aux pages 415 et suivantes de ce volume.

¹¹³ François LLORENS, « Le devoir de conseil des constructeurs », *RD imm.*, 1986.1.

sont également employées par les pays francophones limitrophes de la France, comme le Luxembourg¹¹⁴.

Il existe deux formes de cahier des charges, une pour les contrats de bâtiment faisant l'objet de contrats privés (NF P03-001) et une pour les contrats de construction *ne varietur* (NF P03-011)¹¹⁵. La première formule est fréquemment utilisée dans les contrats privés. La formule *ne varietur*, qui avait été créée pour les grands travaux de bâtiment au sein desquels le maître d'ouvrage est prêt à accepter les plans et les spécifications d'un projet final avant le début des travaux, a connu beaucoup moins de succès¹¹⁶.

La rédaction des clauses administratives générales marque l'aboutissement d'un processus de concertation entre différents groupes. Ces groupes comprennent des architectes, par l'intermédiaire du Conseil national de l'ordre des architectes, des entrepreneurs, par l'intermédiaire de la Fédération nationale du bâtiment et des consommateurs, par le biais de l'Institut national de la consommation. Afin d'obtenir un consensus sur la rédaction et le contenu de ces contrats, des enquêtes publiques sont conduites. Les groupes intéressés sont consultés sur les projets de clauses administratives générales. Un comité spécial est créé pour examiner les résultats de cette enquête et pour modifier le projet en fonction de ces propositions. Par la suite, les autorités publiques concernées procèdent à l'examen du texte qui est finalement homologué par le ministre compétent¹¹⁷.

Il existe également des modèles types publiés par la Syntec¹¹⁸, la Fédération nationale des travaux publics et la Fédération nationale du bâtiment¹¹⁹.

¹¹⁴ P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 9, 314.

¹¹⁵ Voir *Dictionnaire permanent, droit des affaires*, Paris, Éditions législatives et administratives, 1995, sous « Normalisation », feuillet 139, p. 1185 et suiv.; Anne PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, 1989.

¹¹⁶ Cette formule date de 1966. Elle n'a pas été révisée en 1982 et a ainsi perdu son statut en tant que norme homologuée. Voir M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 450.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Voir *Syntec-Ingénierie, Guide des relations contractuelles : clauses et conditions générales d'intervention de l'ingénierie dans le domaine du bâtiment*, février 1987, Chambre syndicale des sociétés d'études et de conseils; *Syntec-Ingénierie, Guide des relations contractuelles : clauses et conditions générales d'intervention de l'ingénierie dans le domaine de l'infrastructure*, février 1987,

Glavinis estime que tous ces modèles sont largement utilisés dans le cadre de la pratique contractuelle internationale¹²⁰.

4. Les conditions générales canadiennes

Le Comité canadien des documents de construction (CCDC) est chargé de préparer des documents normalisés ayant vocation à s'appliquer aux contrats publics ou privés dans l'industrie de la construction. Ce comité est composé de plusieurs associations oeuvrant dans le domaine de l'ingénierie, à savoir : l'Association des ingénieurs-conseils du Canada (AICC), l'Association canadienne de la construction (ACC), le Conseil canadien des ingénieurs, Devis de construction du Canada et le Comité des conseils d'architecture du Canada. Il comprend également des représentants de maîtres d'ouvrage¹²¹. Lors de l'élaboration des formules normalisées, chaque association va défendre les intérêts qu'elle représente. Un processus de concertation est ainsi mis en place.

Le CCDC est assisté de deux sous-comités permanents spécialisés dans les domaines de l'assurance et des cautionnements. Le CCDC rédige les textes normalisés qui sont ensuite publiés par l'ACC en français et en anglais. La distribution de ces documents est ensuite confiée aux différentes associations constituantes du CCDC¹²². Le CCDC a rédigé trois principaux modèles contractuels normalisés dans le domaine de la construction : 1. marché à forfait (CCDC 2, datant de 1994) 2. marché à prix coûtant majoré (CCDC 3, datant de 1986) 3. marché à prix unitaires (CCDC 4, datant de 1982)¹²³.

Chambre syndicale des sociétés d'études et de conseils; *Syntec-Ingénierie, Guide des relations contractuelles : clauses et conditions générales d'intervention de l'ingénierie dans le domaine de l'industrie*, mars 1987, Chambre syndicale des sociétés d'études et de conseils.

¹¹⁹ Voir M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 451 et P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 11.

¹²⁰ P. G. GLAVINIS, *op. cit.*, note 26, p. 11.

¹²¹ Henri P. LABELLE, « Les formules de contrats standards du CCDC », dans *Superconférence sur la construction : contrats, litiges, réclamations*, Toronto, Institut Canadien, 1994, section 1. Voir aussi dans ce recueil William W. McNAMARA, « L'ensemble des documents contractuels », section II.

¹²² H. P. LABELLE, *loc. cit.*, note 121.

¹²³ *Id.*, 2. Voir aussi les documents normalisés suivants : CCDC 9A-1982 : *Déclaration statutaire à être exécutée par l'entrepreneur et devant*

Ces contrats-types sont utilisés fréquemment dans le secteur privé. Dans le secteur public, les contractants n'y recourent que très peu. En effet, les maîtres d'ouvrages publics imposent souvent unilatéralement les conditions contractuelles. La majorité des entités publiques, comme les ministères de la santé et des services sociaux, les ministères de l'éducation, les grandes villes et les entreprises publiques ont développé leurs propres conditions générales¹²⁴.

Pour sa part, l'Association des ingénieurs-conseils du Canada (AICC) a publié des contrats-types s'appliquant aux rapports entre ingénieurs et clients, et aux rapports entre ingénieurs et sous-consultants¹²⁵. Dans l'élaboration de ces documents normalisés, les rédacteurs ont pris en compte les différents courants légaux ainsi que la jurisprudence canadienne, américaine et anglaise. Ces documents sont rédigés en s'inspirant de la common law. La philosophie sous-jacente est d'arriver à un équilibre contractuel

accompagner sa demande de libérer la retenue, le dépôt de sécurité ou les deux, lors de l'achèvement substantiel ou du parachèvement; CCDC 9B-1982 : *Déclaration statutaire à être exécutée par l'entrepreneur ou le sous-traitant et devant accompagner sa seconde demande de paiement et toute telle demande subséquente*; CCDC 9C-1982 : *Déclaration statutaire à être exécutée par le sous-traitant et devant accompagner sa demande de libérer la retenue, le dépôt de sécurité ou les deux, lors de l'achèvement substantiel ou du parachèvement*; CCDC 10-1994 : *Formule de soumission pour contrat à forfait*; CCDC 20-1994 : *Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2-1994*; CCDC 21-1982; *Guide des assurances de construction*; CCDC 22-1979 : *A Guide to Construction Surety Bonds* (en anglais seulement); CCDC 23-1982 : *A Guide to Calling Bids and Awarding Contracts* (en anglais seulement); CCDC 24-1988 : *A Guide to Administrative Support Documents* (en anglais seulement); CCDC 40-1994 : *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux travaux de construction*; CCDC 220-1979 : *Cautionnement concernant une soumission*; CCDC 221-1979 : *Cautionnement concernant l'exécution d'un marché*; CCDC 222-1979 : *Cautionnement concernant le paiement de la main-d'oeuvre et des matériaux*.

¹²⁴ H. P. LABELLE, *loc. cit.*, note 121, 3.

¹²⁵ ACEC, *Document 31 : Prime Agreement between Client and Engineer (Revised 1992)*; ACEC, *Guidelines For Engineering Practice, Companion to Document 31 (Revised 1991)*; *Document 32 (Long Form) ou 32-S (Short Form) : Agreement between Engineer and Sub-Consultant (Revised 1991)*; ACEC, *Document 33s : Agreement between Client and Geotechnical Engineer (1986)*; ACEC, *Document 35PM : Agreement of Project Management (1985)*; ACEC, *Document 36s : Agreement of Studies and Reports (1984)*. Voir aussi le modèle publié par l'Association des ingénieurs-conseils du Québec, *Contrat de service entre client et ingénieur*, 1987, dernière révision : novembre 1994.

et à une répartition équitable des risques entre les diverses parties¹²⁶.

Le guide accompagnant le modèle contractuel entre ingénieur et client (document n° 31) précise que ce modèle s'applique uniquement à l'industrie canadienne de construction, et qu'il ne doit pas être utilisé pour les contrats internationaux, et ce, sans l'obtention préalable d'une opinion juridique¹²⁷. En effet, l'AICC recommande l'emploi des conditions générales de la FIDIC au niveau international.

5. Les conditions générales japonaises

L'Engineering Advancement Association of Japan (ENAA)¹²⁸ a publié des conditions générales applicables aux contrats globaux qui ont une influence certaine lors de la rédaction des contrats. En effet, le Japon occupe une place de plus en plus importante dans l'exportation de travaux d'ingénierie. La hausse du yen a eu pour conséquence d'importants investissements japonais à l'échelle internationale. Devant l'augmentation du prix de leurs exportations, les industries japonaises ont dû s'implanter à l'étranger. Les pays d'accueil devinrent ainsi des marchés pour les firmes d'ingénierie et les entrepreneurs japonais¹²⁹.

Les conditions générales japonaises sont préparées par des juristes spécialisés provenant de compagnies privées. Un comité a été créé pour la normalisation des contrats. Contrairement à la majorité des autres pays où des conditions générales normalisées ont été élaborées, le gouvernement japonais n'intervient pas dans le processus de concertation. Cette absence d'intervention gouvernementale s'explique par le fait que les entreprises japonaises

¹²⁶ H. P. LABELLE, *loc. cit.*, note 121, 4.

¹²⁷ *Id.*, 2.

¹²⁸ ENGINEERING ADVANCEMENT ASSOCIATION OF JAPAN (ENAA), *Model Form International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lumpsum Basis) with Process Licence*, 1992; vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*; vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*; vol. 3 : *Guide Notes*; vol. 4 : *Work Procedures*.

¹²⁹ M. TSUCHIYA, « Hurdles for Japanese Contractors when Working with Contractors Abroad », (1994) *Int. Bus. Lawyer* 165.

d'ingénierie effectuent principalement leurs travaux à l'étranger¹³⁰.

Tel que nous l'avons déjà mentionné, il appert que les conditions générales de l'ENAA auraient servi de modèle à une importante société d'ingénierie québécoise lors de la rédaction de contrats internationaux. Élaborées avec l'objectif d'être utilisées à l'étranger, les conditions générales japonaises présentent un aspect plus internationaliste que les autres contrats-types nationaux.

Toutefois, il existe des conditions générales et des guides pour la rédaction de contrats d'ingénierie qui ont vocation à s'appliquer uniquement au niveau international.

B. Le cadre international

Le contrat international d'ingénierie s'inscrit dans un contexte plus large que celui de la relation ponctuelle entre l'ingénieur-conseil, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur. Il se déroule en général dans un cadre international mettant en cause un entrepreneur et un ingénieur du monde industrialisé et un client du Tiers-Monde. La relation internationale se résume souvent à une relation nord-sud. Différentes conventions internationales, d'application universelle, régionale ou bilatérale, tentent d'orchestrer les rapports économiques entre les pays industrialisés et ceux en voie de développement. Ces conventions sont issues des travaux d'organisations internationales, telles que la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) ou l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI). Les organisations internationales publiques ou privées ont également élaboré des guides et des conditions générales destinés à aider les parties lors de l'élaboration de leurs contrats d'ingénierie¹³¹.

Il faut aussi citer les travaux des institutions financières internationales pour le développement. Dans la plupart des cas, elles assistent leurs emprunteurs dans la préparation des

¹³⁰ T. SASAKI, « E.N.N.A. Model Form of Contract », (1987) *I.C.L.R.* 97.

¹³¹ Voir Patricia JOURDAIN, *L'actualité du contrat de consulting-engineering*, thèse de doctorat de 3^e cycle, Paris, Université de Paris 1- Panthéon-Sorbonne, 1982, p. 111 et suiv.

contrats qu'elles financent. Elles ont parfois élaboré des règles de conduite et des formules de contrats-types qui doivent être suivies par les pays emprunteurs ou par les fournisseurs de services¹³².

Au niveau privé, les conditions générales de la FIDIC jouissent d'une influence considérable. Dans le cadre de l'Union européenne, le Cahier général des charges du Fonds européen de développement (FED) est obligatoirement utilisé pour les projets avec les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), de même qu'avec les pays et territoires d'outre-mer français (PTOM). Les conditions générales de la Commission pour l'Europe de l'ONU ont également une influence marquée dans le domaine de l'ingénierie internationale. De plus, quelques modèles de contrats-types ont été rédigés par l'ONUDI. Il existe, en parallèle de ces modèles contractuels internationaux, des guides destinés à aider les parties dans la rédaction de leurs contrats, tel que le guide juridique de la CNUDCI.

1. Les conditions générales de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC)

Les conditions générales de la FIDIC sont utilisées dans le monde entier. Elles ont été reconnues par diverses associations dont l'Associated General Contractors of America, l'Inter American Federation of Asian et la Western Pacific Contractor's Association. Elles sont expressément recommandées par la Banque mondiale. Elles bénéficient donc d'une très grande autorité et

¹³² Voir, par exemple, en ce qui concerne la Banque mondiale *Guidelines for the Use of Consultants by World Bank Borrowers and by the World Bank as Executing Agency*, août 1981; *Contrat type, Services de Consultants*, mai 1993; *Directives pour la passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les Crédits de l'IDA*, avril 1993; *Dossier type d'appel d'offres pour la passation des marchés de fournitures*, mai 1993 (Conjointement avec la Banque interaméricaine de développement); *Standard Prequalification Documents for Procurement of Works-Major Equipment and Industrial Installations*, avril 1993; *Standard Bidding Documents for Procurement of Works-Smaller Contracts*, mars 1994; *Standard Bidding Documents for Procurement of Commodities-Fertilizers and Fertilizer Raw Materials*, mai 1993; *Disbursement Handbook*, 2^e éd., octobre 1992. Quant à la Banque de développement asiatique, voir *Guide on Prequalifications of Civil Works Contractors*, mars 1987; *Procurement of Goods' Sample Bidding Documents*, juin 1986. Pour ce qui est de la Banque inter-américaine de développement, voir *Guidelines for Procurement under IBD Loans*, 1993.

d'une large diffusion. Ces conditions sont considérées comme le modèle le plus courant. En effet, la plupart des appels d'offres internationaux, auxquels les entreprises de génie civil répondent, se réfèrent au modèle de la FIDIC. À titre d'exemple, on peut citer le cas du contrat de construction du tunnel sous la Manche, dont les conditions générales sont dérivées des conditions de la FIDIC¹³³.

Les conditions de la FIDIC comportent trois modèles principaux de contrats : un modèle ayant trait aux travaux de génie civil (le livre rouge)¹³⁴, un modèle relativement aux ouvrages électromécaniques (le livre jaune)¹³⁵ et enfin, un modèle concernant les contrats globaux (le livre orange)¹³⁶. Néanmoins, en pratique, ce sont les conditions internationales applicables aux travaux de génie civil qui sont utilisées majoritairement, et ce, peu importe la nature des travaux¹³⁷. Seules ces dernières conditions seront analysées¹³⁸.

Les conditions générales de la FIDIC en matière de génie civil constituent le premier contrat normalisé mis en place au niveau international. Ces conditions furent créées à l'origine en 1957 par la Fédération des ingénieurs-conseils et par la Fédération interna-

¹³³ P. MALINVAUD, « Rapport de synthèse », dans *La responsabilité des constructeurs*, *op. cit.*, note 9, p. 17, à la page 22.

¹³⁴ FIDIC, *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction — Part 1 & 2*, 4^e éd., 1987 (amendé en 1992) (ci-après citées : « conditions de la Fidic »). Ce modèle est complété par un guide d'utilisation de couleur rouge, d'où son appellation « livre rouge ». Voir E. C. CORBETT, *FIDIC 4th — A Practical Legal Guide*, Londres, Sweet and Maxwell, 1992; I. N. Duncan WALLACE, *The International Civil Engineering Contract*, Londres, Sweet and Maxwell, 1974 (Supplément publié en 1980 sur la troisième édition).

¹³⁵ FIDIC, *Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*, 3^e éd., 1987. Voir Andrew PIKE, « Review of the FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition 1987 », (1991) *I.C.L.R.* 417.

¹³⁶ FIDIC, *Conditions of Contract for Design — Build and Turnkey*, 1995.

¹³⁷ E. PETERSEN, *loc. cit.*, note 86, 222. La parution récente du livre orange pourrait venir contredire cette affirmation. Toutefois, il est encore trop tôt pour se prononcer sur cette question.

¹³⁸ La FIDIC publie plusieurs autres modèles contractuels normalisés et divers documents destinés à aider les parties impliquées dans un contrat international d'ingénierie. Parmi ceux-ci, nommons : FIDIC, *Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction*, 1994; FIDIC, *Client/Consultant Model Services Agreement*, 2^e éd., 1991 (le livre blanc); FIDIC, *Guide to Joint Venture and Sub-Consultancy Agreement*, 1992; FIDIC, *Joint Venture (Consortium) Model Agreement*, 1992, (le livre bleu); FIDIC, *Model Sub-Consultancy Agreement*, 1992.

tionale du bâtiment et des travaux publics (FITB), devenue depuis lors la Fédération internationale européenne de construction (FIEC). Elles existent aujourd'hui dans leur quatrième version.

Les conditions de la FIDIC sont inspirées des conditions britanniques de l'Institute of Civil Engineers (ICE). Elles ont été préparées pour pallier l'insuffisance des législations des États du Tiers-Monde, et tendent à fournir aux entrepreneurs et maîtres d'ouvrage un droit matériel professionnel propre à régir leur relation au niveau international¹³⁹.

La version originale des conditions de la FIDIC a été modifiée en 1969. La deuxième édition n'a apporté que peu de changements à la première, à l'exception du fait qu'elle a ajouté une troisième partie aux conditions générales. Cette partie supplémentaire est destinée à permettre aux contractants d'apporter les modifications nécessaires pour les travaux de dragage et de remblaiement¹⁴⁰. La troisième édition, de 1977, est une révision complète. Elle est accompagnée de notes explicatives intitulées *Notes on Documents for Civil Engineering Contracts*¹⁴¹.

L'édition la plus récente des conditions de la FIDIC date de 1987, telle que modifiée en 1992. Elle a été traduite en français en 1990. Les conditions de la FIDIC ont fait l'objet d'une nouvelle version pour deux raisons principales. D'une part, beaucoup de maîtres d'ouvrages reprochaient à ces conditions leur caractère trop anglo-saxon, aussi bien en ce qui concerne les concepts utilisés que le langage¹⁴². Ce reproche s'est traduit en pratique par le fait que les clients effectuaient systématiquement des amendements à ces conditions. D'autre part, celles-ci envisageaient le cas où les responsabilités sont déléguées à l'ingénieur, alors que dans certains projets se déroulant dans des pays en développement, le représentant du maître d'ouvrage ne possède pas les pouvoirs nécessaires pour accomplir cette délégation¹⁴³.

¹³⁹ Patrick SIMARD, *Le contrat international de génie civil*, thèse de doctorat de 3^e cycle, Paris, Université de Paris I- Panthéon-Sorbonne, 1980, p. 5.

¹⁴⁰ Guide FIDIC, *op. cit.*, note 43, p. 18.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*

Notons que certains changements procéduraux sont apparus dans le processus d'élaboration de la quatrième édition. Alors que les représentants des entrepreneurs avaient pris part à ce processus dans le cadre de la troisième édition, ils n'ont maintenant qu'un statut de consultants. La responsabilité du document final incombe donc uniquement à la FIDIC¹⁴⁴. Par contre, la Banque mondiale fut davantage consultée. La FIDIC a également demandé l'opinion d'experts dans le domaine des assurances et du droit.

Malgré les critiques adressées à la place accordée à l'ingénieur par les conditions de la FIDIC, son rôle a été maintenu dans la nouvelle version. Cependant, le rôle du maître d'ouvrage a été considérablement accru. Il incombe désormais à l'ingénieur de consulter préalablement le maître d'ouvrage et l'entrepreneur lorsqu'il s'agit d'augmenter les coûts ou de rallonger les délais d'exécution¹⁴⁵. Les autres changements apportés par la nouvelle version concernent l'élargissement de la deuxième partie des conditions générales. Cette dernière incorpore maintenant toute une série de clauses destinées à aider les parties qui désirent adapter les conditions générales à leurs situations particulières. Mentionnons qu'elle a été refondue avec la troisième partie tout en étant imprimée dans un volume séparé. La première partie, qui traite des normes applicables à tout projet, peut ainsi être attachée aux documents d'appel d'offres¹⁴⁶.

Les conditions de la FIDIC envisagent le cas où les services d'un ingénieur indépendant sont requis¹⁴⁷. Le système FIDIC est fondé sur l'indépendance de l'ingénieur par rapport au maître d'ouvrage et à l'entrepreneur. En Europe, cette indépendance est caractéristique de la fonction des ingénieurs-conseils et des architectes. Cela les distingue des sociétés d'ingénierie qui assument une fonction d'ensemblier¹⁴⁸. Cependant, ainsi qu'il a été préalablement constaté, le rôle de l'ingénieur-conseil a fait l'objet d'une évolution pour englober également la fonction d'ensemblier. On

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* Sur les changements apportés par la quatrième édition, voir également C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 31, p. 65.

¹⁴⁷ Guide FIDIC, *op. cit.*, note 43, p. 21.

¹⁴⁸ A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 177.

peut se demander, dès lors, si les conditions de la FIDIC sont adaptées au rôle désormais assumé par les firmes d'ingénierie-construction. La parution d'un nouveau guide, en 1995, quant aux contrats globaux (le livre orange) constitue certainement une réponse à ce problème¹⁴⁹. De plus, l'ingénieur, en principe indépendant, est souvent un préposé d'une société d'État. Par conséquent, l'indépendance de celui-ci peut être facilement entravée¹⁵⁰.

Selon la conception anglo-saxonne, l'ingénieur est un « agent » du maître d'ouvrage. Les règles de l'*apparent authority* s'appliquent¹⁵¹. Les conditions de la FIDIC doivent prévoir de manière détaillée la responsabilité de l'ingénieur et de l'entrepreneur étant donné le caractère flou des règles de la responsabilité en droit anglais. De plus, bien que les conditions de la FIDIC soient inspirées d'un modèle de common law, l'entrepreneur est privé de la majorité des recours qu'il possède normalement de plein droit en vertu de ce système juridique¹⁵².

On a souvent reproché aux conditions de la FIDIC d'être un modèle de common law et donc de ne pas être adapté au droit civil. Cette critique est basée sur la mission bicéphale confiée à l'ingénieur. D'une part, l'ingénieur est mandataire du maître d'ouvrage. Nommé par ce dernier, il a l'obligation de superviser et diriger les travaux pour le compte du client. D'autre part, il assume un rôle quasi-juridictionnel. En effet, les conditions de la FIDIC lui ont confié la mission de résoudre les différends qui pourraient survenir entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage. L'ingénieur agit en tant qu'expert ou quasi-arbitre, et sa décision lie les parties¹⁵³. Dans ce cas, l'ingénieur doit exercer ses fonctions impartialement et en toute indépendance du maître

¹⁴⁹ FIDIC, *op. cit.*, note 136.

¹⁵⁰ Comme cela a été le cas, en 1979, en Iran. Voir A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 177.

¹⁵¹ M. R. LUDLOW et J. G. REES, « Engineer's Role under FIDIC Standard Conditions of Contract », (1992) *Int'l Bus. Lawyer* 525; Fritz NICKLISCH, « The Role of the Engineer as Contract Administrator and Quasi-arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects », (1990) *I.C.L.R.* 322.

¹⁵² A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 184.

¹⁵³ Une partie peut toutefois contester la décision de l'ingénieur en demandant un arbitrage. Voir Guide FIDIC, *op. cit.*, note 43, art. 67, p. 153 et suiv.

d'ouvrage¹⁵⁴. Il s'ensuit que l'ingénieur peut se trouver très facilement en situation de conflit d'intérêts¹⁵⁵.

Toutefois, le double rôle de l'ingénieur présente des avantages pratiques indéniables pour chaque partie impliquée dans un projet. Pour le maître d'ouvrage, qui ne dispose pas d'un personnel qualifié et expérimenté, le fait de bénéficier des services d'un ingénieur qui supervise le travail est un atout considérable. Cette situation est fréquente lorsque le client provient d'un pays en voie de développement.

Pour l'entrepreneur et le maître d'ouvrage, la fonction assumée par l'ingénieur-arbitre leur donne la possibilité de profiter d'un professionnel compétent et expérimenté. En effet, ce dernier peut gérer efficacement le projet et prendre des décisions rapidement en cas de conflits. Cette fonction de résolution des litiges permet d'éviter de ralentir la réalisation du projet. Selon Ludlow et Rees, le rôle d'ingénieur-arbitre a été un succès¹⁵⁶.

Dans les cas où le différend est trop important et que l'ingénieur n'a pas la capacité de le résoudre, un véritable arbitrage est prévu sous les auspices de la Chambre de commerce internationale¹⁵⁷.

2. Les conditions générales de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU

Depuis 1955, la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies (CÉE de l'ONU) a élaboré différents types de contrats normalisés destinés à répondre aux besoins des opérateurs du commerce international. Ces textes ont été rédigés par des experts choisis par les États membres de la CÉE, les ex-pays de l'Est et de l'Accord européen de libre-échange (AELE), et sont très complets. Ils s'adressent aux situations les plus courantes¹⁵⁸ et sont adaptés *ab initio* aux exigences du

¹⁵⁴ H. ANDRÉ-DRUMONT, *loc. cit.*, note 93, 190.

¹⁵⁵ M. R. LUDLOW et J. G. REES, *loc. cit.*, note 151, 526.

¹⁵⁶ *Id.*, 529.

¹⁵⁷ Voir Guide FIDIC, *op. cit.*, note 43, art. 67.3, pp. 155 et 156; Isabelle HAUTOT et Georges FLÉCHEUX, « La clause de règlement des différends dans les conditions F.I.D.I.C. génie civil de 1987 », *Rev. Arb.* 1989.609.

¹⁵⁸ Voir ONU (CÉE), *Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des*

commerce international puisque leurs rédacteurs ont pris en compte les systèmes juridiques continentaux européens, anglo-saxons et des ex-pays de l'Est¹⁵⁹. Ces conditions connaissent un grand succès¹⁶⁰.

3. Le cahier général des charges du Fonds européen de développement

Le Fonds européen de développement (FED) est un organisme qui gère l'aide financière de la Communauté européenne aux pays en voie de développement, et surtout aux pays ACP¹⁶¹ et

matériels d'équipement, n° 188, Genève, 1953; ONU (CÉE), *Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation*, n° 188A, Genève, 1957; ONU (CÉE), *Articles additionnels pour la supervision du montage des matériels d'équipement à l'étranger*, n° 188B, Genève, 1964; ONU (CÉE), *Conditions générales pour le montage à l'étranger des matériels d'équipement*, n° 188D, Genève, 1963; ONU (CÉE), *Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des matériels d'équipement*, n° 574, Genève, 1955; ONU (CÉE), *Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation*, n° 574A, Genève, 1957; ONU (CÉE), *Articles additionnels pour la supervision du montage des matériels d'équipement à l'étranger*, n° 574B, Genève, 1964; ONU (CÉE), *Conditions générales pour le montage à l'étranger des matériels d'équipement*, n° 574D, 1963; ONU (CÉE), *Conditions générales de vente à l'importation et à l'exportation de biens de consommation durables et d'autres produits des industries mécaniques fabriqués en série*, n° 730, Genève, 1961; ONU (CÉE), *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*, Doc. ECE/TRADE/117, Genève, 1973; ONU (CÉE), *Guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle*, Doc. ECE/TRADE/124, Genève, 1976; ONU (CÉE), *Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé*, Doc. ECE/TRADE/131, Genève, 1979; ONU (CÉE), *Guide pour la rédaction de contrats internationaux d'ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d'assistance technique*, Doc. ECE/TRADE 145, Genève, 1983; ONU (CÉE), *Guide pour la rédaction de contrats portant sur le transfert international de « know how » dans l'industrie mécanique*, Doc. ECE/TRADE/222/rév.1, Genève, 1970; ONU (CÉE), *Guide on drawing up international contracts for services relating to maintenance, repair and operation of industrial and other works*, Doc. ECE/TRADE/154, New York, 1987.

¹⁵⁹ A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 160; H. CORNIL, « The E.C.E. General Conditions of Sale », (1969) *J. of World Trade Law* 390; Clive M. SCHMITTHOFF, « The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions », (1968) 17 *I.C.L.Q.* 551; André TUNC, « L'élaboration des conditions générales de vente », (1960) 12 *Rev. int. dr. comp.* 108.

¹⁶⁰ A. BRABANT, *op. cit.*, note 11, p. 160.

¹⁶¹ Les pays ACP sont les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique.

PTOM¹⁶². Le FED a mis au point ses propres contrats-types pour les travaux de bâtiment et les contrats de fourniture qu'il finance. Le cahier général des charges du FED est inspiré des cahiers généraux français. Ces textes normalisés, qui étaient déjà prévus dans la convention de Yaoundé en 1969, ont été complétés en 1973.

Le cercle des pays ACP bénéficiant de l'aide financière européenne s'étant élargi, le FED a préparé de nouveaux documents. Le Fonds a établi une distinction entre les contrats de fourniture de services et ceux de travaux de bâtiment¹⁶³.

En 1990, un nouveau cahier des charges a été mis au point¹⁶⁴. Ce nouveau cahier est inspiré du modèle FIDIC. Il a été élaboré par le FED en collaboration avec les professions intéressées. Toutes les parties au projet ont également participé à sa rédaction, à savoir, les maîtres d'ouvrage (les gouvernements des pays ACP et PTOM), ainsi que les entrepreneurs et les ingénieurs, par le biais des gouvernements de l'Union européenne. Ce cahier a concilié les éléments des systèmes juridiques de common law et de droit civil. Comme dans les conditions de la FIDIC, il a confié une mission de supervision et de responsabilité à une partie au projet. L'ingénieur, dans les conditions FED, correspond donc au rôle assumé par celui-ci dans les conditions générales de la FIDIC. Il a également une fonction de règlement préliminaire des litiges¹⁶⁵.

4. Le guide juridique de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international

En 1986, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) a adopté le *Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*¹⁶⁶. L'élaboration de ce guide a été décidée suite à la demande de l'Assemblée générale des Nations

¹⁶² Les PTOM sont les pays et territoires d'outre-mer français.

¹⁶³ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 662 et suiv.

¹⁶⁴ Décisions de Conseil du 29 mars 1990 et du 16 décembre 1991, JOCE no L 40 du 15 février 1992.

¹⁶⁵ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 667.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, note 16.

Unies à la CNUDCI de prendre en compte le nouvel ordre économique international. Un groupe de travail a été créé au sein de la CNUDCI. Ce groupe a colligé des informations sur les différentes pratiques dans le domaine des projets industriels dans le but d'élaborer un guide sur les contrats individuels. Ce guide est conçu pour la rédaction de contrats et s'adresse aux juristes ainsi qu'aux administrateurs¹⁶⁷.

Selon une enquête que nous avons effectuée et qui n'est certes pas exhaustive, il semble que ce guide n'obtient pas le succès escompté par les Nations Unies. Les principales sociétés d'ingénierie lui reprochent en effet d'être trop favorable aux pays en voie de développement.

5. Les modèles de contrats-types de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

L'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) a également élaboré des modèles de contrats-types. L'ONUDI a préparé des conditions générales pour la construction d'une usine d'engrais¹⁶⁸. L'élaboration de ces conditions est le résultat d'un processus de consultation entre les pays développés et les pays en voie de développement. Les représentants de l'industrie, des syndicats, des consommateurs sont également intervenus dans le cadre de cette concertation¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Voir Leif SEVON, « Le guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Cinquième colloque de droit commercial international : procès-verbal*, Ottawa, 1987, p. 27; I. N. Duncan WALLACE, « The Uncitral Legal Guide on Industrial Work Contract », (1991) *I.C.L.R.* 233.

¹⁶⁸ Voir ONUDI, *Modèle de contrat type élaboré par l'ONUDI pour la construction d'une usine d'engrais livrée clefs en main à prix forfaitaire avec ses directives d'emploi et annexes techniques*, Vienne, UNIDO/PC.25/Rev.2, 1984; ONUDI, *Modèle de contrat type semi-clés en main élaboré par l'ONUDI pour la construction d'une usine d'engrais avec ses directives d'emploi et annexes techniques*, Vienne, UNIDO/PC.74/Rev. 1, 1986; ONUDI, *Directives accompagnées d'exemples d'articles d'un accord de licence et de services techniques*, UNIDO/PC.141, 1986.

¹⁶⁹ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 21, 685.

*

* *

Le juriste impliqué dans la rédaction d'un contrat international d'ingénierie doit évidemment avoir pris connaissance des divers modèles normalisés, et ce, afin de remplir adéquatement son rôle de conseil auprès de son client. La sélection d'un modèle particulier dépend largement du pouvoir de négociation du client. En effet, à la grande déception du juriste, les impératifs économiques semblent l'emporter sur les impératifs juridiques. L'entreprise d'ingénierie est parfois obligée d'accepter la formule contractuelle imposée par le client, si elle désire obtenir le marché.

Dans les autres cas, le juriste peut s'inspirer de divers modèles nationaux et internationaux. L'Association des ingénieurs-conseils du Canada recommande l'emploi des conditions de la FIDIC au niveau international. Toutefois, les sociétés d'ingénierie demeurent libres de choisir d'autres contrats-types ou d'élaborer leurs propres modèles, qui s'inspireront alors plus ou moins des contrats normalisés, selon le cas.

Même si chaque contrat doit répondre à un projet particulier et aussi tenir compte des lois d'application immédiate, il n'en demeure pas moins que les contrats normalisés jouent un rôle considérable en matière d'ingénierie. Ils fournissent des règles généralement acceptées par les usagers et favorisent l'accomplissement d'un marché souvent complexe, et ce, à un coût raisonnable. Évidemment, d'aucuns souligneront le fait qu'ils constituent une arme dangereuse s'ils sont utilisés incorrectement ou si l'on méconnaît leurs désavantages. Toutefois, s'il se trouvait qu'ils fussent de quelque utilité pour les praticiens du commerce international, ils méritent certainement d'y avoir consacré cet article...