

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

Le contrat international d'ingénierie-construction : étude comparée des contrats-types et de la pratique contractuelle des sociétés québécoises*

Juliette D'HOLLANDER** et Guy LEFEBVRE***

Résumé

Cet article porte sur la pratique contractuelle en matière de contrats internationaux d'ingénierie. Il vise à analyser les contrats utilisés par les sociétés québécoises et à les comparer aux contrats normalisés élaborés par les principaux organismes s'intéressant à ce domaine. Afin d'effectuer cette comparaison, nous proposons de diviser les contrats en plusieurs catégories de clauses, à savoir : les clauses concernant les obligations des parties (I), la responsabilité des constructeurs (II), le paiement (III),

Abstract

This article focuses on contractual practice in relation to international engineering contracts. It aims to analyse contracts used by Quebec companies, and to compare them to standardized contracts developed by principal players in the field. To make the comparison, the contracts were divided by clause-type into several categories, those being : clauses concerning the obligations of the parties (I), the responsibility of builders (II), payment (III), insurance and financial guarantees (IV), and, lastly, failure to perform and litiga-

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

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

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

*les assurances et les garanties fi-
tion (V).
nancières (IV) et, finalement, les
défauts d'exécution et les litiges (V).*

Plan de l'article

Introduction	161
I. Les obligations des parties	169
A. Les obligations générales des prestataires de services	170
B. Les obligations générales du maître de l'ouvrage	174
C. Le cas particulier des délais dans l'exécution des travaux	175
II. La responsabilité des constructeurs	178
A. Délimitation et nature de la responsabilité	178
B. La période de garantie.....	185
C. La réception de l'ouvrage	188
III. Le paiement	189
A. Les termes de paiement selon les types de contrats.....	189
B. Les modalités de paiement.....	192
C. La variation du prix en fonction de l'adaptation du contrat.....	193
IV. Les assurances et les garanties financières	195
A. Les assurances	195
B. Les garanties financières.....	198

V. Les défauts d'exécution et les litiges	201
A. Les clauses d'exonération de responsabilité	202
B. La résolution des litiges	206
Conclusion	208

L'ampleur du marché des grands projets internationaux a atteint des proportions énormes ces dernières années¹. On n'a qu'à penser à la construction du tunnel sous la Manche, par exemple, qui a coûté, à lui seul, 10 milliards en dollars américains². Le Canada prend une place importante dans le domaine du génie-conseil³. Les sociétés québécoises, quant à elles, sont des acteurs de premier plan dans ce secteur d'activités⁴ :

*Aux quatre coins du monde, dans des territoires parfois très reculés et des cultures très différentes, le génie [québécois] est à l'oeuvre. SNC-Lavalin, Dessau, Tecsalt, Canac, pour ne citer que quelques-unes des entreprises [québécoises] leaders sur le marché mondial du génie, construisent des ponts, des routes, des ports, des chemins de fer, des barrages, des centrales, des réseaux électriques, des cimenteries, des usines, des fermes, des réseaux de distribution d'eau, d'irrigation de champs, de collectes de déchets... Elles recensent les forêts, développent des cultures, préparent l'exploitation de mines, et font bien d'autres choses encore.*⁵

La diversité et la complexité des projets internationaux d'ingénierie entraînent la rédaction de nombreux documents contractuels, à savoir : les documents d'appels d'offres, les spécifications techniques, les plans, les dispositions financières et les

¹ Voir P. H. GANEM, « Financement de grands projets internationaux », (1996) 5 *R.D.A.I.* 672.

² *Id.*, 674.

³ 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 1994-95, Ottawa, p. 7. Il est actuellement « le cinquième pays exportateur de services de génie-conseil avec 6% du marché mondial, derrière l'Allemagne (6,3%), la Hollande (14%), le Royaume-Uni (18,9%) et les États-Unis (31,5%) ». Voir LES AFFAIRES 500, « SNC-Lavalin, le 6e plus important exportateur de services d'ingénierie au monde », Édition 1997, Montréal, p. 138. Pour une étude 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.

⁴ Voir INDUSTRIE, SCIENCES ET TECHNOLOGIE CANADA, *Ingénieurs-conseils : Profil de l'industrie*, 1990-91, Ottawa, 1992, p. 2; Laurent FONTAINE, « Des exportations de génie », *Les Diplômés*, n° 381, Automne 1993, p. 21; Suzanne LALONDE, *SNC Génie sans frontières*, Montréal, Libre-Expression, 1991.

⁵ L. FONTAINE, *loc. cit.*, note 4, 21.

conditions générales⁶. Ces dernières décrivent les obligations et les responsabilités du maître de l'ouvrage ainsi que les pouvoirs et les obligations de l'ingénieur et de l'entrepreneur. Les conditions générales sont complétées par des conditions particulières qui contiennent les caractéristiques de chaque projet.

Des parties autres que le maître de l'ouvrage, l'ingénieur et l'entrepreneur éventuel sont également impliquées dans la réalisation d'un projet⁷. Dans la plupart des contrats, les ingénieurs ou les entrepreneurs ont recours à des sous-traitants. Ceux-ci peuvent être choisis par l'ingénieur ou par l'entrepreneur, ou être imposés par le maître de l'ouvrage qui désire faire réaliser une partie des travaux par une entreprise spécifique ou par des sociétés locales. De temps à autre, la complexité technique des travaux nécessitera le recours à une entreprise spécialisée dans un domaine particulier. 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 commercialement avantageuse (contrats de coopération, de consortium, de *joint-venture*, etc.).

Bien que tous les contrats énumérés ci-dessus soient importants, cette étude se concentrera sur le contrat d'ingénierie uniquement. Ce contrat 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 de l'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 contrats⁸.

⁶ Seules les conditions générales seront analysées dans cet article. Certaines références seront parfois faites aux conditions particulières, mais il ne sera pas traité des spécifications financières et des descriptions techniques.

⁷ Voir Michael E. SCHNEIDER, « International Construction Contracts », (1983) 9 *D.P.C.I.* 277, 292-294. 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.

⁸ Alfred HUBERT, *Le contrat d'ingénierie-conseil*, Paris, Masson, 1984, p. 28.

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 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 coordination⁹. L'ingénieur-conseil peut être recruté dans le cadre d'un contrat unique ou de contrats multiples. Dans le cadre de contrats multiples, le maître de l'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 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 derniers¹⁰.

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

⁹ 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, pp. 14 et 15 (ci-après cité : « *Guide ONU* »).

¹⁰ *Id.*, p. 24.

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 produits¹¹. La multiplicité des prestations amène Alfred Hubert à affirmer que « l'ingénierie couvre pratiquement la plupart des aspects de l'activité industrielle »¹². En ce sens, le contrat d'ingénierie se confond avec le contrat de construction. On peut dès lors faire référence aux sociétés d'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 dits. Dans le cadre de cet article, le terme « contrat d'ingénierie » sera entendu comme englobant également le contrat d'ingénierie-construction.

Malgré la place importante que prennent les sociétés d'ingénierie québécoises sur la scène internationale, il est surprenant de constater que la doctrine québécoise a prêté peu d'attention aux aspects juridiques reliés aux activités de celles-ci. Devant l'étendue de la matière, il ne saurait être question d'étudier toutes les questions susceptibles de se présenter en pratique.

Le présent article est consacré à un sujet particulier : la rédaction des contrats internationaux d'ingénierie-construction. En fait, il vise à analyser les contrats utilisés par les sociétés québécoises et à les comparer aux contrats normalisés¹³ élaborés par les principaux organismes s'intéressant à ce domaine¹⁴. Il est utile de voir si les entreprises québécoises d'ingénierie-

¹¹ A. HUBERT, *op. cit.*, note 8, p. 27.

¹² *Id.*

¹³ Dans le cadre de cet article, l'expression « contrats normalisés » désigne sans distinction « les conditions générales, les contrats-types et les formules-types ».

¹⁴ Voir Guy LEFEBVRE et Juliette D'HOLLANDER, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », (1997) 31 *R.J.T.* 209; (1996) 22 *D.P.C.I.* 231.

construction s'inspirent ou non de ceux-ci lorsqu'elles rédigent des contrats internationaux¹⁵.

Les modèles auxquels nous ferons référence sont les suivants : les conditions générales de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC)¹⁶, les conditions générales canadiennes¹⁷, les conditions générales anglaises ICE¹⁸, les conditions

¹⁵ La mention « contrats québécois » correspond aux contrats des principales sociétés québécoises d'ingénierie-construction consultées pour les fins de notre étude. Ces contrats ont été colligés dans le cadre d'un projet de recherche visant à étudier la pratique contractuelle des entreprises québécoises oeuvrant au niveau international.

¹⁶ Les conditions FIDIC comportent trois modèles principaux de contrats : un modèle ayant trait aux travaux de génie civil (*FIDIC, Conditions de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil — Partie 1 & 2*, (Ce modèle est complété par un guide d'utilisation) 4^e éd., 1987 amendé en 1992 (traduction française 1990), un modèle relativement aux ouvrages électromécaniques (*FIDIC, Conditions de contrat pour les travaux électriques et mécaniques*, 3^e éd., 1987 (ci-après citées : « *Conditions FIDIC pour les travaux électriques* »)) et enfin, un modèle concernant les contrats globaux (*FIDIC, Conditions of Contract for Design — Build and Turnkey*, 1995). 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 travaux. Seules ces dernières conditions seront analysées (ci-après citées : « *Conditions FIDIC* »). La parution récente du modèle portant sur les contrats globaux pourrait venir contredire cette affirmation. Toutefois, il est encore trop tôt pour se prononcer sur cette question.

¹⁷ Le Comité canadien des documents de construction est chargé de préparer des documents normalisés ayant vocation à s'appliquer aux contrats publics ou privés dans l'industrie de 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'ouvrage. Dans le processus d'élaboration des formules standardisées, chaque association va défendre les intérêts qu'elle représente. Le CCDC est assisté de deux sous-comités permanents spécialisés dans les domaines de l'assurance et des cautionnements. Le Comité rédige les textes normalisés qui sont ensuite publiés par l'ACC en français et en anglais. La distribution de ces documents est confiée aux différentes associations constituantes du CCDC. 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 unitaire (CCDC 4, datant de 1982). Dans le cadre de cet article, nous nous référerons au modèle CCDC 2 de 1994 (ci-après cité : « *Conditions CCDC* »). Pour sa part, l'Association des ingénieurs-conseils du Canada a publié des contrats-types s'appliquant aux rapports entre ingénieurs et clients, et aux rapports entre ingénieurs et sous-consultants. Voir ACEC, Document 31 : *Prime Agreement between Client and Engineer (Revised 1992)* (ci-après cité : « *Conditions ACEC* »); ACEC, *Guidelines For Engineering Practice, Companion*

de l'American Institute of Architects (AIA)¹⁹, les conditions japonaises de l'Engineering Advancement Association of Japan (ENAA)²⁰, les conditions générales de la Commission économique

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 (ci-après cité : « *Contrat de l'Association des ingénieurs-conseil du Québec* »).

¹⁸ Dans le domaine du génie civil, les conditions générales sont préparées par l'ICE. 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 ». Elles s'appliquent dans la grande majorité des projets de génie civil au Royaume-Uni. Rappelons que les conditions ICE revêtent une importance capitale en pratique, puisqu'elles sont la source du principal guide utilisé à l'échelon international, soit celui 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. 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 main.

¹⁹ En ce qui concerne les travaux de bâtiments, 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 (ci-après citées : « *Conditions AIA* »); 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.

²⁰ L'Engineering Advancement Association of Japan (ENAA) 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 japonais. Voir les modèles suivants : ENGINEERING ADVANCEMENT ASSOCIATION OF JAPAN (ENAA), *Model Form International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lumpsum Basis) with Process Licence*, 1992 (ci-après citées : « *Conditions ENAA* »); vol. 1 : *Form of*

pour l'Europe de l'ONU²¹, les conditions générales de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel²², le

Agreement & General Conditions; vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*; vol. 3 : *Guide Notes*; vol. 4 : *Work Procedures*.

- ²¹ 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'AELE, et sont très complets. Ils s'adressent aux situations les plus courantes et sont adaptés *ab initio* aux exigences du commerce international puisque leurs rédacteurs ont pris en compte les systèmes juridiques continentaux européens, anglo-saxons et des ex-pays de l'Est. Ces conditions connaissent un grand succès. Voir ONU (CÉE), *Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des 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 des contrats internationaux d'ingénierie-conseil y compris certains aspects connexes d'assistance technique*, Doc. ECE/TRADE 145, Genève, 1983 (ci-après cité : « *Guide ONU (CÉE)* »); 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.

- ²² 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'engrais. 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 et des consommateurs sont également intervenus dans le cadre de cette concertation. 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*,

contrat-type de services de consultants de la Banque Mondiale²³ et, enfin, le contrat-type de consultants de l'Agence canadienne de développement international (ACDI)²⁴. Nous insisterons plus particulièrement sur les conditions FIDIC et les conditions japonaises de l'Engineering Advancement Association of Japan (ENAA). Ce choix est basé sur le fait que les conditions FIDIC bénéficient d'une très grande autorité et 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. Relativement aux conditions de l'ENNA, il ne fait aucun doute qu'elles sont les plus exhaustives parmi les modèles normalisés que nous avons consultés. De plus, elles ont été élaborées avec l'objectif d'être utilisées à l'étranger. Elles présentent ainsi un aspect plus internationaliste que les autres contrats-types nationaux.

Afin d'effectuer la comparaison entre les modèles normalisés et les contrats utilisés par les sociétés d'ingénierie québécoises, nous nous proposons de diviser les contrats en plusieurs catégories de clauses²⁵, à savoir : les clauses concernant les obligations des parties (I), la responsabilité des constructeurs (II), le paiement (III), les assurances et les garanties financières (IV) et, finalement,

Vienne, UNIDO/PC.25/Rev.2, 1984 (ci-après cité : « *Contrat ONUDI* »); 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 d'ingénierie pour la construction d'une usine d'engrais, avec ses annexes techniques*, UNIDO/PC.141, 1986.

²³ Voir BANQUE MONDIALE, *Contrat-type, Services de consultants*, Washington, 1993 (ci-après cité : « *Contrat-type Banque Mondiale* »). 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.

²⁴ ACDI, Articles de convention, Services de consultants et de professionnels, Long terme, Ottawa (ci-après cité : « *Contrat ACDI* »).

²⁵ Cette classification est inspirée de celle proposée par C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *Civil Engineering Contracts : Practice and Procedure*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1988, p. 54.

les défauts d'exécution et les litiges (V). Bien entendu, toutes ces clauses ne peuvent faire l'objet d'un examen détaillé dans le cadre de cet article. Chaque catégorie de clauses sera généralement présentée et seules celles démontrant un intérêt particulier pour les entreprises québécoises seront examinées de manière plus approfondie. En effet, les parties ne négocient que les clauses qu'elles jugent importantes. De par ce processus de négociation et au moyen de l'adaptation contractuelle au projet spécifique, la rédaction des contrats varie même si les parties ont, au départ, choisi un modèle normalisé comme base de négociation.

I. Les obligations des parties

Tous les contrats d'ingénierie définissent les obligations générales des parties, c'est-à-dire les obligations du maître de l'ouvrage, de l'ingénieur et de l'entrepreneur. L'ingénieur est généralement celui qui conçoit le projet, tandis que l'entrepreneur en réalise la construction. Ces derniers travaillent ensemble tout au long des travaux puisque la fonction de coordination est souvent assumée par l'ingénieur²⁶.

Celui-ci n'est pas normalement partie au contrat principal de construction entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Notons cependant que l'entrepreneur et l'ingénieur sont fréquemment regroupés au sein d'une seule entité, une société d'ingénierie-construction²⁷. La fusion des fonctions d'ingénierie et de construction a engendré la création de sociétés multidisciplinaires. L'ingénieur est ainsi devenu « un professionnel multidisciplinaire de projets »²⁸ et sa responsabilité a corrélativement augmenté²⁹.

Dans les lignes qui suivent, nous allons examiner sommairement les obligations des prestataires de services et du maître de l'ouvrage.

²⁶ L'ingénieur joue aussi parfois le rôle de médiateur entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage. Il en est ainsi de l'ingénieur dans le cadre des conditions FIDIC. Voir G. LEFEBVRE et J. D'HOLLANDER, *loc. cit.*, note 14, 253.

²⁷ Ci-après, la mention « société d'ingénierie » sera entendue au sens de société d'ingénierie-construction.

²⁸ Georges DUBÉ, « Quelques facettes du contrat d'ingénierie », [1993] *Lect. Meredith* 73, 75.

²⁹ *Id.*

A. Les obligations générales des prestataires de services

Les fonctions des prestataires de services comprennent celles de l'ingénieur et de l'entrepreneur.

Préalablement à la conclusion du contrat, la plupart des systèmes juridiques imposent au professionnel l'obligation d'informer le client quant à la nature de la tâche à effectuer et au temps qu'il sera nécessaire d'y consacrer. Cette obligation est codifiée en droit québécois à l'article 2102 C.c.Q.³⁰. Elle est reconnue par la jurisprudence comme un corollaire de l'obligation d'agir de bonne foi³¹. La société d'ingénierie pourrait ainsi voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir rempli cette obligation. Prenons l'exemple suivant : au cours de la négociation d'un contrat portant sur la fourniture et l'installation d'une chaîne de production spéciale, le maître de l'ouvrage demande à l'ingénieur si ce dernier travaille actuellement à l'amélioration de la technologie de cette chaîne, le maître de l'ouvrage préférant attendre, le cas échéant, avant de contracter pour obtenir une meilleure technologie. L'ingénieur, afin de décrocher le contrat immédiatement, répond alors que tel n'est pas le cas. Un an après la conclusion du contrat, le maître de l'ouvrage apprend qu'il y a eu une importante amélioration apportée à la technologie par l'ingénieur et que

³⁰ Cet article se lit comme suit : « L'entrepreneur ou le prestataire de service est tenu, avant la conclusion du contrat, de fournir au client, dans la mesure où les circonstances le permettent, toute information utile relativement à la nature de la tâche qu'il s'engage à effectuer ainsi qu'aux biens et aux temps nécessaires à cette fin. »

³¹ Voir *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Janin Construction c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, J.E. 94-1559 (C.S.). L'obligation d'agir de bonne foi est maintenant codifiée à l'article 1375 C.c.Q. : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». *Les Principes relatifs aux contrats de commerce international d'UNIDROIT*, Rome, 1994, font également référence à l'obligation d'agir de bonne foi de la façon suivante à l'article 1.7 : « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». Voir aussi Guy LEFEBVRE, « La bonne foi dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », (1993) 27 *R.J.T.* 561 et Louis MARQUIS, « La bonne foi en droit commercial international uniforme à la lumière du paradigme culturel du développement », (1996) 26 *R.D.U.S.* 247.

ce dernier y travaillait depuis quelques années. Une telle conduite serait certainement contraire à la bonne foi³².

Le prestataire de services a également l'obligation d'agir au mieux des intérêts de son client³³. Cette obligation est implicite dans tous les contrats d'ingénierie. Elle complète, en quelque sorte, l'obligation d'agir de bonne foi. Ainsi, la conduite de l'ingénieur devra être appréciée en fonction des besoins particuliers du maître de l'ouvrage et non pas seulement en tenant compte de l'objet du contrat et des règles de l'art³⁴.

La mission traditionnelle de l'ingénieur consiste à établir les plans, à se livrer à l'étude de tous les équipements et aménagements nécessaires à l'utilisation normale des ouvrages au moyen de cahier des charges, de devis descriptifs et de spécifications techniques. Cette mission couvre souvent l'administration du contrat pendant les travaux jusqu'à l'émission du certificat final de paiement.

L'étude des modèles de contrats utilisés par les sociétés d'ingénierie québécoises pour des marchés internationaux ne révèle pas d'importantes différences comparativement aux contrats-types. Ainsi, nous nous contenterons de renvoyer le lecteur à certains de ces modèles pour en savoir plus long sur ce sujet³⁵.

Généralement, l'entrepreneur s'oblige à exécuter les travaux en se conformant aux plans et aux documents contractuels. Il doit les parachever selon les règles de l'art et surtout les terminer et les livrer en respectant le délai contractuel.

³² Pour plus de détails relativement à l'intervention juridique dans la négociation contractuelle, voir Jean Marc MOUSSERON, « Le droit de la négociation contractuelle », (1995) 29 *R.J.T.* 287.

³³ Art. 2100 C.c.Q. : « L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client, avec prudence et diligence [...] ».

³⁴ Pierre CIMON, « Le contrat d'entreprise ou de service », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 797, à la page 807.

³⁵ Pour des exemples de clauses concernant la mission traditionnelle de ces intervenants, voir *Conditions CCDC*, Partie 2 — Administration du contrat, *op. cit.*, note 17; Guide ONU (CÉE), *op. cit.*, note 21 et Contrat de l'association des ingénieurs-conseils du Québec, *op. cit.*, note 17.

Les conditions FIDIC définissent aux articles 8 et suivants les principales obligations de l'entrepreneur. Aux termes de ces articles,

*l'entrepreneur doit [...] entreprendre les études d'exécution, la réalisation complète des travaux [...]. [Il] doit diriger les travaux, fournir la main-d'oeuvre, les matériaux, le matériel, l'équipement [...].*³⁶

Dans les contrats québécois consultés, les sociétés d'ingénierie s'engagent à remplir des obligations similaires. Elles doivent exécuter les services mentionnés au contrat et, pour cela, fournir les matériaux et les équipements nécessaires ainsi que la main-d'oeuvre appropriée. Cette description ne pose pas de difficultés particulières. En effet, seules des différences de terminologie semblent distinguer les divers contrats.

La possibilité pour l'entrepreneur de sous-traiter une partie des travaux est souvent prévue au contrat. Par exemple, le modèle de contrat à forfait CCDC 2 indique une telle possibilité aux clauses énumérées à l'article 3.8³⁷. Selon ce modèle, les sous-traitants sont choisis par l'entrepreneur et approuvés par le maître de l'ouvrage. Une méthode de sélection inverse est proposée par les conditions FIDIC qui se réfèrent à la notion « de sous-traitants désignés »³⁸. L'entrepreneur a la possibilité de re-

³⁶ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16. Voir aussi *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 2; *Conditions ENAA, vol. 1 : Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. 2.

³⁷ *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17. Les articles 3.8.2 et suivants se lisent de la façon suivante : « 3.8.2 — L'entrepreneur doit, si le maître de l'ouvrage lui demande, lui fournir par écrit les noms des sous-traitants et fournisseurs qui lui ont présenté des soumissions et à qui il serait prêt à confier l'exécution de parties de l'ouvrage. Si le maître de l'ouvrage ne s'y oppose pas avant la conclusion du contrat, l'entrepreneur doit employer les sous-traitants et fournisseurs ainsi identifiés par écrit pour l'exécution des parties de l'ouvrage pour lesquels ils ont présenté des soumissions »; « 3.8.3 — Le maître de l'ouvrage peut, pour un motif raisonnable, et avant la conclusion du contrat, s'opposer à l'emploi d'un sous-traitant ou d'un fournisseur proposé et exiger que l'entrepreneur engage un des autres soumissionnaires en sous-traitance »; « 3.8.4 — Dans le cas où le maître de l'ouvrage exige de l'entrepreneur qu'un sous-traitant ou un fournisseur proposé soit changé, le prix du contrat et le délai d'exécution du contrat doivent être révisés en conséquence »; « 3.8.5 — L'entrepreneur n'est pas tenu d'employer comme sous-traitant ou fournisseur une personne ou une entreprise à l'emploi de laquelle il peut raisonnablement s'opposer. »

³⁸ Voir l'article 59.1 des *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16.

fuser de les embaucher pour certaines causes spécifiques³⁹. Cette dernière méthode prévaut dans la majorité des contrats-types internationaux d'ingénierie⁴⁰. Son emploi généralisé s'explique notamment par le fait que de nombreux pays exigent l'emploi de « sous-traitants désignés » afin de développer l'expertise d'entreprises locales⁴¹.

L'étude des contrats des sociétés d'ingénierie québécoises ne démontre pas une uniformité d'approche relativement aux sous-traitants. Certains modèles octroient à l'ingénieur le contrôle complet du choix des sous-traitants sans que le maître de l'ouvrage puisse faire valoir son point de vue sur cette question. Ces modèles ne font qu'indiquer que l'ingénieur assume la responsabilité découlant de l'utilisation de sous-traitants. D'autres, au contraire, suivent l'approche de la FIDIC et laissent au maître de l'ouvrage le soin de désigner les sous-traitants. Quelques modèles prévoient une liste de sous-traitants fournie par l'ingénieur et à partir de laquelle le maître de l'ouvrage aura l'obligation de choisir celui dont le prix est le moins élevé. Si le maître de l'ouvrage ne respecte pas cette condition, il devra alors assumer la différence de prix. Enfin, des modèles permettent à l'entrepreneur d'utiliser des sous-traitants après que ceux-ci aient été approuvés par le maître de l'ouvrage.

³⁹ *Id.*, art. 59.2, qui se lit comme suit : « L'Entrepreneur ne peut pas être obligé par le Maître de l'Ouvrage ou l'Ingénieur, ou être considéré comme ayant l'obligation d'employer un Sous-Traitant Désigné contre lequel il peut élever une objection raisonnable, ou qui refuserait de conclure un contrat de sous-traitance avec l'Entrepreneur contenant des dispositions : (a) selon lesquelles pour le travail, les biens, matériaux, matériel ou prestation faisant l'objet de ce contrat de sous-traitance, le Sous-Traitant Désigné s'engage envers l'Entrepreneur à accepter les obligations et responsabilités permettant à l'Entrepreneur de s'acquitter de ses propres obligations et responsabilités envers le Maître de l'Ouvrage, selon les termes du Marché et s'engage à garantir et à indemniser l'Entrepreneur des suites desdites obligations ainsi que de toutes réclamations, toutes instances, tous dommages-intérêts, coûts, frais et dépenses qui en résultent ou qui y sont afférents, ou qui résultent ou sont afférents à toute défaillance dans l'accomplissement de ces obligations ou de ces responsabilités, et (b) selon lesquelles le Sous-Traitant Désigné s'engage à garantir et à indemniser l'Entrepreneur pour toute négligence du Sous-Traitant Désigné, de ses agents, ouvriers et employés et pour mauvais emploi par lui ou par eux de tous Ouvrages Provisoires fournis par l'Entrepreneur aux fins de l'exécution du marché et pour toutes les réclamations comme il a été dit ci-dessus. »

⁴⁰ Voir, par exemple, *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, p. 3.

⁴¹ *Id.*

B. Les obligations générales du maître de l'ouvrage

Le client a, bien sûr, comme première obligation celle de payer le prix de l'ouvrage. Nous aurons l'occasion d'élaborer davantage à ce sujet un peu plus loin dans cet article. Mentionnons immédiatement, dans le but d'illustrer l'importance de cette obligation, qu'aux termes des conditions générales de l'American Institute of Architects (AIA), le maître de l'ouvrage doit fournir à l'entrepreneur la preuve qu'il a pris les dispositions financières nécessaires pour remplir son obligation de payer, à défaut de quoi l'entrepreneur aura la possibilité de retarder le début des travaux ou d'en suspendre l'exécution⁴². De plus, le maître de l'ouvrage a l'obligation de mettre l'entrepreneur en mesure d'exécuter les travaux. À cet effet, il lui faut donner accès au site et obtenir les servitudes, les droits de passage et toute autre autorisation nécessaire à l'exécution des travaux⁴³. La majorité des contrats québécois font référence expressément ou implicitement à ces obligations du maître de l'ouvrage.

Le client doit également, et cette obligation est mentionnée dans plusieurs contrats québécois, procurer certaines données et renseignements pertinents afin d'élaborer le projet⁴⁴. Lorsque

⁴² Voir *Conditions AIA, op. cit.*, note 19, art. 2.2.1 : « The owner shall, prior to the execution of the Agreement and the commencement of the Work, and promptly at times requested thereafter, furnish to the Contractor reasonable evidence satisfactory to the Contractor that sufficient funds are available and committed for the entire cost of the Project. Unless such reasonable evidence is furnished, the Contractor shall not be required to commence or continue any Work, or may, if such evidence is not presented within a reasonable time, stop the work upon seven (7) days written notice to the Owner. The failure of the Contractor to insist upon the providing of this evidence at any one time shall not be a waiver of the Owner's obligation to make payments pursuant to the Contract Documents, nor shall it be a waiver of the Contractor's right to request or insist that such evidence be provided at a later date. »

⁴³ Pour des exemples de telles clauses, voir *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 10; *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 5. De plus, le maître d'ouvrage ne doit pas interférer de façon injustifiée dans la conduite des travaux ni en retarder la progression. Voir Louis-Michel TREMBLAY et Normand D'AMOUR, « Prévenir et éviter les réclamations : l'importance de bien comprendre les obligations des parties au contrat de construction », dans *Les réclamations en matière de construction au Québec*, Toronto, Insight Press, 1995, p. 16.

⁴⁴ Voir *Conditions ENAA*, vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, Appendix 9-3, « Scope of Works and Supply by the Owner, 1. Information and/or data to be provided by the Owner and the time to be provided : a. Location and level of bench mark; b. Project design basis; c. Listing of the local laws and regulation applicable to the execution and implementation of

l'ingénieur se fie aux informations fournies par le maître de l'ouvrage, il est généralement exonéré de responsabilité. Par exemple, un contrat-type de l'Association des ingénieurs-conseils du Canada (AICC) contient la clause suivante à ce sujet :

[The Client shall] *make available to the Engineer all relevant information or data pertinent to the Project which is required by the Engineer. The Engineer shall be entitled to rely upon the accuracy and completeness of all information and data furnished by or through the Client, including information and data originating with the Client's Consultants, whether such Consultants are engaged at the request of the Engineer or otherwise. Where such information or data originates either with the Client or with his Consultants, then the Engineer shall not be responsible to the Client for the consequences of any error or omission contained therein.*⁴⁵

C. Le cas particulier des délais dans l'exécution des travaux

L'obligation d'exécuter les travaux dans les délais convenus donne lieu aux contestations les plus pénibles. Cette obligation fait donc l'objet d'une rédaction minutieuse⁴⁶.

Alors que les contrats québécois ne prévoient pas toujours de manière détaillée les obligations de chaque partie, tous mentionnent spécifiquement les délais dans lesquels les travaux doivent être exécutés⁴⁷. Le respect des délais est primordial, et ce, non seulement pour le maître de l'ouvrage pour qui la réalisation complète du projet aura des répercussions importantes sur les revenus de son entreprise, mais également pour les divers intervenants oeuvrant lors des différentes phases du projet. Leur

the Works; d. Data of the subsoil, property line of and legal restrictions applicable to the areas [plant site, tank area, sewerage treatment area, administration office, camp for the Contractor's force, etc.]; e. Present state of the legal and other environmental controls applicable to the Plant.» Dans le même sens, l'article 6 de l'appendice A-2 des *Conditions AIA, op. cit.*, note 19, contient une clause exigeant du client qu'il fournisse certaines informations précises relatives au site.

⁴⁵ *Conditions ACEC*, art. 2.2. L'obligation d'information du maître d'ouvrage pourrait faire en sorte qu'il doive supporter la responsabilité découlant de la condition de sols imprévus. Voir L.-M. TREMBLAY et N. D'AMOUR, *loc. cit.*, note 43, 46.

⁴⁶ André BRABANT, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 203.

⁴⁷ Le calendrier des délais figure quelquefois en annexe du contrat.

dépassement engendre l'application d'indemnités de retard élevées⁴⁸.

Il est important que le point de départ des délais soit expressément stipulé. Les divers contrats-types adoptent plusieurs façons de calculer les délais. Ainsi, les conditions FIDIC énoncent que l'entrepreneur doit démarrer le plus rapidement possible les travaux après avoir reçu notification de l'ingénieur⁴⁹. Cette notification constitue donc le point de départ du délai fixé par les parties pour terminer les travaux⁵⁰. Pour leur part, les conditions CCDC indiquent plutôt une date fixe pour commencer l'ouvrage et une date où l'entrepreneur aura l'obligation de l'achever substantiellement⁵¹. Les conditions générales japonaises, quant à elles, prévoient que l'entrepreneur a l'obligation de débiter les travaux dans les sept jours à partir du moment où toutes les conditions énoncées au contrat auront été remplies par la partie qui en est responsable (permis obtenus par le maître de l'ouvrage, financement octroyé, paiement initial effectué à l'entrepreneur, etc.)⁵². Selon ces conditions, les travaux devront être complétés à l'int-

⁴⁸ Voir, par exemple, l'article 47.1 des *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16 : « Si l'Entrepreneur ne respecte pas le délai d'Exécution [...] pour l'ensemble des travaux ou, le cas échéant pour toute section dans les délais appropriés prescrits par l'article 43, l'Entrepreneur est alors tenu de payer au maître de l'ouvrage la somme appropriée fixée dans l'Annexe à la Soumission en tant que dommages-intérêts forfaitaires pour une telle défaillance (cette somme représentera le seul montant dû par l'entrepreneur au titre de ladite défaillance) pour chaque jour ou partie de jour qui s'écoule entre le délai d'exécution prévu et la date indiquée dans le Certificat de Réception de l'ensemble des travaux ou de la Section appropriée, sous réserve du plafond applicable indiqué dans l'Annexe à la Soumission. » Voir aussi *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement and General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 26.2; *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 27.

⁴⁹ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 41.1.

⁵⁰ *Id.*, art. 43.1 et 1.1(c). Lors de l'achèvement substantiel de tous les travaux et suite à la réalisation d'essais préalables satisfaisants, un certificat de réception des travaux est émis indiquant la date à laquelle ceux-ci ont été substantiellement terminés.

⁵¹ *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17, art. A-1, 1.3.

⁵² *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Forms of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. 5 et 11. Le *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 8, opte pour un système mixte : « [...] La date d'entrée en vigueur sera celle à laquelle l'ENTREPRENEUR aura reçu de l'ACHETEUR la notification définitive d'avoir à commencer les travaux et qui correspondra à la date où la dernière des formalités ci-après aura été accomplie [...] (approbation du contrat par le gouvernement du pays où l'usine est située, versement par l'acheteur d'une avance, etc.) ».

érieur du délai prévu. Les contrats québécois examinés pour les fins de cet article ne diffèrent pas tellement des modèles normalisés que nous venons de décrire. Ainsi, on retrouve des modèles utilisant l'une ou l'autre des façons évoquées ci-haut quant au calcul des délais.

La vaste majorité des contrats-types créent un calendrier de construction. Celui-ci doit indiquer « la date, la durée et la séquence de réalisation des grandes parties des travaux » de façon à montrer que leur exécution respectera les délais stipulés⁵³. La plupart des contrats québécois possèdent de tels calendriers dans le contrat même ou dans l'une de ses annexes.

Les contrats-types contiennent souvent des clauses permettant de prolonger les délais lorsque certains événements se produisent. Parmi ces événements, mentionnons les travaux supplémentaires exigés par le maître de l'ouvrage, les conditions climatiques exceptionnellement défavorables et la survenance d'un cas de force majeure. Il peut être énoncé que la décision de prolonger les délais est laissée à la discrétion de l'ingénieur. Brabant exprime des réserves sur cette façon de procéder en soulignant le fait que, dans de nombreux pays, « *l'engineer* » est un préposé ou un fonctionnaire de l'administration » qui est elle-même maître de l'ouvrage⁵⁴. Afin de diminuer cette possibilité de partialité, les conditions FIDIC prévoient une consultation entre l'ingénieur, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage avant que l'ingénieur ne prenne sa décision de prolonger le contrat et en fixe la durée⁵⁵. Toute décision de l'ingénieur est susceptible d'être contestée au moyen d'une procédure d'arbitrage⁵⁶.

Dans certains cas, la prorogation des délais provient d'une faute des constructeurs. Par conséquent, cette faute engage leur responsabilité.

⁵³ Voir, par exemple, l'article 3.5.1. des *Conditions CCDC*, *op. cit.*, note 17; *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, art. 11; *Conditions ENAA*, *op. cit.*, note 20, art. GC 18.

⁵⁴ A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 204.

⁵⁵ *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 44.1.

⁵⁶ *Id.*, art. 67.1 et 67.3.

II. La responsabilité des constructeurs

A. Délimitation et nature de la responsabilité

Par responsabilité des constructeurs, on entend non seulement la responsabilité de l'entrepreneur, mais aussi celle de l'ingénieur.

Un problème se pose à savoir sur qui repose la responsabilité dans le cadre de contrats multiples, c'est-à-dire lorsque l'ingénieur s'occupe des fonctions de conception et que l'entrepreneur agit uniquement lors de la phase de construction. L'ingénieur est-il responsable de la conception de l'ouvrage seul ou partiellement avec l'entrepreneur? L'entrepreneur est-il responsable de toute erreur des plans et de toute obligation ou travail supplémentaire qui pourraient en résulter? Est-ce à ce dernier de supporter les coûts résultant des erreurs de conception⁵⁷?

Il est donc important que le contrat délimite exactement les responsabilités de chaque intervenant. Toutefois, en indiquant la responsabilité de chacun, il faut garder à l'esprit les principes élémentaires suivants : il n'existe pas de responsabilité sans faute et un lien de causalité doit être établi entre la faute et le dommage⁵⁸. L'ingénieur et l'entrepreneur peuvent toutefois se protéger au moyen de stipulations contractuelles, telles que des clauses d'exonération, d'extension automatique de délais quand il existe un retard qui n'est pas dû à la faute de l'entrepreneur, ou de plafonds de responsabilité. Nous discuterons de ces sujets un peu plus loin dans cet article.

Les prestataires de services ont-ils une obligation de moyens ou une obligation de résultat? Traditionnellement, l'ingénieur assumait une obligation de moyens, ses prestations étant essentiellement intellectuelles. Avec l'élargissement de ses fonctions, comprenant désormais la fourniture de matériel d'équipement, de brevets, de transferts de procédés ou de *know-how*, le bureau

⁵⁷ A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 348.

⁵⁸ Ces principes s'appliquent dans les systèmes de droit civil. En common law, il devra être démontré que le constructeur n'a pas agi avec la diligence requise d'un constructeur placé dans la même situation.

d'études voit fréquemment ses responsabilités étendues à des obligations de résultat.

Ainsi, selon le choix effectué par le maître de l'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 il peut 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 de l'ouvrage l'ensemble industriel entièrement terminé et prêt à fonctionner. Le maître de l'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 résultat⁵⁹. 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 pallier 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 elles⁶⁰.

Qu'en est-il des contrats examinés dans le cadre de cette étude? Les conditions FIDIC envisagent les cas où les services d'un ingénieur indépendant sont requis. Le système FIDIC est

⁵⁹ 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 46, p. 85.

⁶⁰ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 7, 311.

fondé sur l'indépendance de l'ingénieur par rapport au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur. Toutefois, l'ingénieur est mandataire du maître de l'ouvrage. Nommé par ce dernier, il a l'obligation de superviser et diriger les travaux pour le compte du client. De plus, il assume un rôle quasi juridictionnel. En effet, les conditions FIDIC lui ont confié la mission de résoudre les différends qui pourraient survenir entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. L'ingénieur agit en tant qu'expert ou quasi-arbitre, et sa décision lie les parties⁶¹. Dans ce cas, l'ingénieur doit exercer ses fonctions impartialement et en toute indépendance du maître de l'ouvrage⁶². On peut se demander, dès lors, si les conditions FIDIC sont adaptées au rôle désormais assumé par les sociétés d'ingénierie-construction. Quoi qu'il en soit, la responsabilité de l'ingénieur n'est pas spécifiquement prévue par ces conditions. On se réfère plutôt au contrat le liant avec le maître de l'ouvrage⁶³. Quant à l'entrepreneur, les conditions FIDIC prévoient qu'il devra agir « avec un soin et une diligence appropriés », ce qui correspond à une obligation de moyens⁶⁴.

Pour leur part, les conditions générales japonaises s'appliquant à des contrats de construction d'usines « clé en main » comportent une obligation de résultat⁶⁵. Les conséquences liées au défaut de la société d'ingénierie-construction varient en fonction de paramètres établis à l'avance par les parties. Ainsi, si des résultats minimaux ne sont pas atteints, la société d'ingénierie-construction doit alors, à ses propres frais, procéder aux modifications techniques qui s'imposent. Dans l'éventualité où les résultats minimaux ont été remplis mais que l'usine ne rencontre pas les paramètres espérés, la société d'ingénierie-construction peut choisir entre deux options : elle a la possibilité, d'une part,

⁶¹ Comme nous l'avons vu, une partie peut toutefois contester la décision de l'ingénieur en demandant un arbitrage. Voir *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 67.1 et 67.3.

⁶² H. ANDRÉ-DRUMONT, « Conditions FIDIC et droit civil », [1986] *L'Entreprise et le droit* 186, 190.

⁶³ Ainsi, l'article 2.1 des *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, indique que : « L'ingénieur doit exercer les fonctions prévues dans le Marché ». La responsabilité de l'ingénieur sera normalement évaluée en fonction d'une obligation de moyens.

⁶⁴ *Id.*, art. 8.1.

⁶⁵ *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. 7 et GC 28.

de procéder aux modifications requises ou, d'autre part, de payer une indemnité calculée en fonction de pourcentages énumérés de façon détaillée à une annexe du contrat.

Quant aux modèles de contrat type de l'Onudi portant sur la construction d'une usine d'engrais livrée « clé en main », la responsabilité de l'entrepreneur nous semble pour le moins ambiguë. En effet, que penser des clauses suivantes? :

*4.1 [...] L'ENTREPRENEUR a obligation pleine et entière d'effectuer tous les travaux sauf ceux qui relèvent de l'ACHETEUR; 4.2 Dans les (7) Jours suivant l'Entrée en vigueur du contrat, l'ENTREPRENEUR commencera à exécuter avec la plus grande diligence et le plus grand soin tous les Services qui lui incombent en vertu du présent Contrat [...]; 4.3 L'ENTREPRENEUR exécutera suivant les règles de l'art conformément aux spécifications et bases de conception stipulées au contrat [...].*⁶⁶

L'entrepreneur doit-il exécuter les travaux et les services selon une obligation de moyens ou de résultat? Existe-t-il une contradiction entre ces clauses? Malgré la rédaction pour le moins hasardeuse des deux premières clauses, on pourrait estimer qu'elles correspondent à une obligation de résultat. Relativement à la troisième clause, la référence aux « règles de l'art » pourrait impliquer une obligation de moyens. Doit-on voir une séparation des diverses prestations et, par conséquent, une responsabilité différente pour celles-ci selon qu'il s'agit de travaux ou de services? Une telle hypothèse, même si elle paraît alléchante, ne nous semble pas conforme aux définitions apparaissant au début du contrat. En effet, l'article 1.13 assimile la notion de « services » à celle de travaux⁶⁷ et, de même, à l'article 1.36, le terme « travaux » indique qu'il comprend les « services »⁶⁸. Que faut-il conclure? Compte tenu de la rédaction déficiente de ce contrat, nous sommes d'avis que le régime de responsabilité généralement applicable aux contrats « clé en main » doit prévaloir. Ainsi, l'entrepreneur serait assujéti à une obligation de résultat, et ce, peu importe la nature des prestations à remplir.

Relativement aux contrats des sociétés d'ingénierie québécoises consultés pour les fins de notre article, ils ne comportent pas

⁶⁶ *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

de particularités. La responsabilité de ces sociétés variera en fonction de la nature des contrats. Lorsque le rôle des sociétés d'ingénierie est limité à fournir des prestations intellectuelles, les contrats mentionnent généralement qu'elles doivent agir conformément aux usages et aux règles de l'art, ce qui correspond à une obligation de moyens. Dans le cadre de contrats de construction, même si la terminologie employée n'est pas identique selon les diverses sociétés, tous les contrats consultés impliquent une obligation de résultat.

En matière internationale, la plupart des contrats contiennent des clauses visant à limiter la responsabilité des divers intervenants. Cette limitation contractuelle est soumise aux contraintes du droit applicable, qui peut la restreindre. De plus, les règles impératives du lieu de la construction risquent d'entraîner la responsabilité du constructeur nonobstant les stipulations contractuelles à l'effet contraire⁶⁹.

La possibilité d'imposer une limite de responsabilité varie souvent selon les fonctions des intervenants. Ainsi, Glavinis estime que la responsabilité de l'entrepreneur est rarement plafonnée⁷⁰. Toutefois, les conditions de la FIDIC relatives aux travaux électriques et mécaniques consacrent le principe de la limitation de responsabilité⁷¹. De même, les conditions générales japonaises prévoient ce cas⁷² au motif qu'il serait anormal de faire supporter des coûts substantiels aux entrepreneurs dans les projets à grande échelle comportant des risques élevés⁷³.

⁶⁹ Payanotis GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, GLN Joly Éditions, 1993, n° 283, pp. 198 et 199.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Conditions FIDIC pour les travaux électriques, op. cit.*, note 16. Voir l'article 42.2, qui énonce que « la responsabilité de l'Entrepreneur envers l'Employeur selon les présentes Conditions n'excèdera en aucun cas la somme fixée dans le Préambule ou, si elle n'a pas été fixée, le Prix Contractuel ».

⁷² *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20. L'article GC 30.1 indique : « Notwithstanding anything to the contrary provided in the Contract, the aggregate liability of the Contractor to the Owner under GC 27 (Defect Liability) and GC 29 (Patent Indemnity) hereof and liquidated damages payable to the Owner under GCs 26.2 and 28.3 hereof shall not exceed the amount or the rate stated in article 9 (Contractor's Total Maximum Liability) of the Agreement. » Voir aussi *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 27.

⁷³ *Conditions ENAA*, vol. 3 : *Guide notes, op. cit.*, note 20, p. 30, item 10.

Par contre, la limitation de responsabilité de l'ingénieur ou de l'architecte est fréquente⁷⁴. Ainsi, le guide de l'ONU pour la rédaction des contrats internationaux d'ingénierie-conseil avance qu'il est normal que le consultant ne supporte pas entièrement les conséquences financières de sa défaillance. Pour les rédacteurs du guide, un certain équilibre doit exister entre les conséquences financières mises à la charge du consultant et ses honoraires⁷⁵. De même, le contrat-type de service de consultants de la Banque Mondiale accepte les limites de responsabilité des consultants si elles sont en relation avec :

*a) les dommages que les Consultants peuvent causer aux Clients, et
b) la capacité des Consultants de verser une compensation en utilisant leur propres avoirs et de la couverture d'assurance disponible. La responsabilité des Consultants ne saurait en aucun cas être inférieure au plus élevé des deux montants suivants : i) le total estimatif des paiements que les Consultants doivent percevoir à titre de rémunération et des dépenses remboursables aux termes du Contrat, ou ii) le montant que les Consultants peuvent être habilités à percevoir de l'assurance au titre de leur responsabilité. La Banque n'accepte pas les dispositions qui tendent à limiter la responsabilité des Consultants à la réexécution des Prestations défectueuses.*⁷⁶

La plupart des contrats québécois consultés contiennent des clauses de limitation de responsabilité au bénéfice de la société d'ingénierie. Le contenu de ces clauses varie selon la sorte de limitation de responsabilité recherchée. Certaines clauses limitent la responsabilité à la réexécution, aux frais de la société d'ingénierie, des travaux qui ne seraient pas conformes aux critères contractuels. On suit ainsi le modèle de contrat de l'Association des ingénieurs-conseils du Canada, qui prévoit la possibilité de limiter la responsabilité de la société d'ingénierie à la nouvelle exécution des prestations défectueuses⁷⁷. D'autres

⁷⁴ P. GLAVINIS, *op.cit.*, note 69, n° 359, pp. 271-273. Voir *Conditions FIDIC, op.cit.*, note 16. L'article 47.1 prévoit des dommages-intérêts forfaitaires en cas de retard.

⁷⁵ Voir *Guide ONU, op. cit.*, note 9, n° 71, p. 20, qui indique qu'« il est généralement admis, dans la pratique, que l'on ne peut exiger du consultant qu'il supporte entièrement les conséquences financières de sa défaillance et qu'il faut assurer un juste équilibre entre les intérêts du client et ceux du consultant, tout en maintenant un rapport équitable entre les conséquences financières mises à la charge du consultant et ses honoraires. »

⁷⁶ *Contrat-type Banque Mondiale, op. cit.*, note 23, art. 3.4.

⁷⁷ *Conditions ACEC, op. cit.*, note 17, Annexe C.

contrats exonèrent l'ingénieur pour le manque à gagner du maître de l'ouvrage à cause de retards ou d'arrêts de production, d'augmentation des coûts de construction découlant de la reconstruction ou d'une réparation suite à un retard ou une négligence⁷⁸.

Dans les contrats québécois clé en main, aucune clause de limitation de responsabilité n'apparaît concernant les prestations de conception ou d'ingénierie proprement dite. Seules les clauses de garantie classique y figurent. Cependant, on peut y trouver des clauses pénales visant à limiter le montant des pénalités qui devraient être versées par le vendeur à l'acheteur en cas de retard dans la livraison ou de manquement à se conformer aux garanties.

La limitation de responsabilité se traduit aussi par l'instauration d'une période de garantie limitée dans le temps au-delà de laquelle la firme d'ingénierie n'est plus responsable contractuellement.

B. La période de garantie

Les modèles de contrats-types et les contrats québécois examinés dans le cadre de cette étude prévoient une période de garantie. Il est important de distinguer les garanties prévues par les parties au contrat de celles imposées par la loi.

La garantie contractuelle a pour but de permettre au maître de l'ouvrage de s'assurer que l'ouvrage est propre à l'usage auquel il est destiné, et ce, dans des conditions normales d'utilisation. La période de garantie dépasse rarement un an. Pendant cette période, la société d'ingénierie doit, à ses frais, réparer tout vice de construction qui serait survenu⁷⁹.

⁷⁸ Dans la même veine, voir *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 30.2, qui énonce que : « The Contractor shall in no event be liable to the Owner by way of indemnity or by reason of any breach of the Contract or in tort or otherwise for loss of use of the Plant or any part thereof or for the loss of production, loss of profit or loss of any contract, or for any indirect, special or consequential loss or damage that may be suffered by the Owner in connection with the Contract. »

⁷⁹ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 196, pp. 136 et 137. Voir aussi, *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 27.1 et suiv.; *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, art. 28.

Les conditions FIDIC instaurent une période de garantie désignée par les parties. Cette période s'étend de la date de réception des travaux certifiés par l'ingénieur jusqu'à la fin du délai de garantie⁸⁰. Durant cette période, toutes les réparations des vices sont à la charge de l'ingénieur. Si les vices apparaissent après l'expiration de la période de garantie mais proviennent d'une cause qui lui est antérieure, la société d'ingénierie en est tenue responsable⁸¹.

Dans les contrats québécois d'ingénierie, une période de garantie, limitée généralement à 12 mois, est prévue pour les défauts de conformité ou les vices cachés⁸². On retrouve souvent une clause selon laquelle la société d'ingénierie s'engage à corriger ces manquements pourvu que le maître de l'ouvrage les signale sans délai. De manière générale, la responsabilité de la société d'ingénierie se limite aux vices d'exécution du contrat. Ainsi, comme nous l'avons vu, il est fréquemment stipulé que cette société ne peut en aucun cas être responsable pour des pertes de profit ou un manque à gagner du maître de l'ouvrage.

Dans certains contrats, il est mentionné que les standards implicites et les garanties imposées par la loi, y compris les garanties de qualité ou celles visant à assurer que l'ouvrage est propre à l'usage auquel il est destiné, ne sont pas applicables. On peut se demander s'il est licite d'exclure les garanties légales par voie contractuelle : tout dépend si elles sont d'ordre public. De nombreux États ont adopté des lois visant à imposer une période de garantie obligatoire après l'achèvement de l'ouvrage. Ces ga-

⁸⁰ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 49.1.

⁸¹ *Id.* L'article 62.1 énonce que : « Nonobstant la délivrance du Certificat de Fin du Délai de Garantie, l'Entrepreneur et le Maître d'ouvrage demeurent responsables de l'accomplissement de toute obligation née des dispositions du Marché antérieures à la délivrance du Certificat de Fin du Délai de Garantie qui reste inexécutée au moment où ce certificat est délivré et, pour la détermination de la nature et de l'étendue de cette obligation, le marché est réputé rester en vigueur entre les deux parties au Marché. »

⁸² Cette période de garantie existe en plus de la responsabilité quinquennale légale. Cette dernière s'applique si le droit québécois est choisi par les parties ou si elle est d'ordre public, c'est-à-dire que le contrat est exécuté au Québec. Bien que, dans la plupart des cas, le contrat international d'ingénierie se déroule à l'étranger, on peut concevoir des situations où des prestations (comme la fabrication de machines et le montage de certaines parties de l'ouvrage) sont effectués au Québec et ensuite exportées. La responsabilité quinquennale est d'ordre public, voir *Général Signal Ltée c. Allied Canada Inc.*, J.E. 94-1091 (C.A.).

ranties légales s'étendent généralement sur une durée plus longue que les garanties contractuelles. Les garanties légales revêtent souvent un caractère d'ordre public⁸³.

Le *Code civil du Québec* prévoit une garantie quinquennale pour les défauts majeurs. Cette garantie est légale, c'est-à-dire que son application ne requiert pas l'existence d'un lien contractuel. L'article 2118 C.c.Q. soumet en effet le sous-contractant à la même responsabilité que les autres parties au contrat conclu avec le maître de l'ouvrage⁸⁴. Cet article indique que, dans le cadre d'ouvrages immobiliers, l'ingénieur, l'architecte et l'entrepreneur sont solidairement responsables de la perte de l'ouvrage pendant cinq ans à compter de la fin des travaux. Il précise que cette perte peut résulter d'un vice de conception, de construction, de réalisation de l'ouvrage, ou même d'un vice de sol. Il existe donc une présomption de responsabilité à l'encontre des intervenants dans la conception et la réalisation de l'ouvrage.

Il est intéressant de noter que la notion de perte de l'ouvrage, telle que visée à l'article 2118 C.c.Q., n'implique pas nécessairement la perte totale de l'ouvrage⁸⁵. Des défauts importants affectant le caractère fonctionnel de l'immeuble sont suffisants pour matérialiser la perte⁸⁶.

Le *Code civil du Québec* inclut, à l'article 2120, une nouvelle garantie légale pour malfaçon. Cette garantie est valable durant un an. Elle débute à partir de la réception de l'ouvrage et non à compter de la fin des travaux comme c'est le cas de la garantie pour défauts majeurs. Par malfaçon, il faut entendre tous les autres défauts que ceux visés à l'article 2118 C.c.Q. pour la perte de l'ouvrage⁸⁷.

L'article 2119 C.c.Q. ajoute que les intervenants pourront se décharger de leur responsabilité en montrant que les vices de

⁸³ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 196, p. 137.

⁸⁴ L.-M. TREMBLAY et N. D'AMOUR, *loc. cit.*, note 43, 30.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.* Ces auteurs se réfèrent à la décision *Ain c. Immobilière Montagnaise Ltée*, J.E. 92-1666 (C.A.).

⁸⁷ L.-M. TREMBLAY et N. D'AMOUR, *loc. cit.*, note 43, 34. Selon Pierre CIMON, *loc. cit.*, note 34, 838, l'article 2120 « ne semble pas avoir le même caractère d'ordre public que les articles 2118 et 2119 puisque la sécurité publique n'est pas mise en oeuvre par cette garantie. »

l'ouvrage résultent du fait d'une autre partie. Ainsi, l'architecte ou l'ingénieur tentera de démontrer que « les vices de l'ouvrage ou de la partie qu'il a réalisée ne résultent ni d'une erreur ou d'un défaut dans les expertises ou les plans qu'il a pu fournir, ni d'un manquement dans la direction ou la surveillance des travaux »⁸⁸. L'entrepreneur, au contraire, désirera prouver « que ces vices résultent d'une erreur ou d'un défaut dans les expertises ou les plans de l'architecte ou de l'ingénieur choisi par le client »⁸⁹. Enfin, le sous-entrepreneur, pour se dégager de sa responsabilité, essaiera de prouver « que ces vices résultent des décisions de l'entrepreneur ou des expertises ou plans de l'architecte ou de l'ingénieur »⁹⁰.

En outre, tous les intervenants peuvent faire reposer la responsabilité sur le client en prouvant que les vices résultent des décisions de ce dernier quant au choix du sol ou des matériaux, ou dans le choix des sous-entrepreneurs, des experts ou des méthodes de construction⁹¹.

En droit français, selon les articles 1792 et 2270 du Code civil, les ingénieurs-conseils sont soumis au régime de responsabilité des constructeurs. L'article 1792-3 C.c. prévoit une garantie biennale de bon fonctionnement et l'article 1792-4 énonce une garantie de parfait achèvement en vertu de laquelle l'entrepreneur doit procéder aux réparations exigées par le maître de l'ouvrage lors de la réception de l'ouvrage. Selon l'article 2270 C.c., une garantie décennale s'applique aux éléments de la construction présentant un caractère de viabilité, de fondation et d'ossature. Ce régime de responsabilité a pour point de départ la réception des travaux et repose sur une présomption de responsabilité du constructeur. Cette présomption s'applique à tous les constructeurs mais suppose un lien entre les dommages ou les désordres et l'activité du constructeur⁹². La jurisprudence française a limité la responsabilité de chaque intervenant au cadre de sa mission⁹³.

⁸⁸ Art. 2119 C.c.Q.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

⁹² DROIT IMMOBILIER, *Dictionnaire Permanent*, Paris, 1996, 1990-3, p. 374.

⁹³ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 359, p. 272.

Par contre, dans les autres droits étatiques, on ne semble pas retrouver cette présomption de responsabilité. Souvent, la responsabilité de l'ingénieur est soumise à la preuve d'une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles⁹⁴. Dans certains pays de common law, l'entrepreneur reste responsable pour une période de 6 à 12 ans après la réception définitive de l'ouvrage⁹⁵.

C. La réception de l'ouvrage

La période de garantie, qu'elle soit légale ou conventionnelle, débute au moment de la réception de l'ouvrage. Les travaux sont parfois réceptionnés par tranches lorsque le contrat a prévu une exécution fractionnée. Dans ce cas, la période de garantie est calculée séparément pour chaque tranche réceptionnée⁹⁶.

La réception de l'ouvrage est régie par le contrat et les dispositions d'ordre public du droit applicable. En général, lors de la réception des travaux, les parties constatent leur bonne exécution, leur conformité aux documents et plans et aux spécifications contractuelles⁹⁷. Si les travaux souffrent de vices, l'entrepreneur doit alors y remédier⁹⁸.

L'expiration de la période de garantie contractuelle donne lieu à l'émission d'un procès-verbal qui met un terme au contrat en faisant état de l'exécution complète des travaux et de la réparation des vices⁹⁹. Tel que nous l'avons indiqué, la loi applicable

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ A. BRABANT, *op.cit.*, note 46, p. 345.

⁹⁶ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 196, p. 136. Voir aussi *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art 48.2; *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 18; *Conditions ENAA, vol. 1 : Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 24 et GC 25.

⁹⁷ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 195, p. 135. La réception de l'ouvrage a lieu lorsque les travaux sont « complétés ». La signification du terme « complétés » varie selon les systèmes juridiques et les divers types de contrats. Par exemple, l'article 48.3 des *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, se réfère à la notion « d'achèvement substantiel », tandis que l'article 18 du *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, permet la réception lorsque l'usine est « achevée pour l'essentiel ... ».

⁹⁸ Voir, par exemple, *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 49.2 et *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 29.

⁹⁹ Voir, par exemple, *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 62.1 et *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 18.

peut cependant imposer une période de garantie plus longue qui va au-delà de celle prévue au contrat.

La réception s'effectue différemment dans le cas des contrats clé en main¹⁰⁰. Une période d'essai doit avoir lieu pendant laquelle l'ouvrage est opéré par le client sous la direction et avec l'assistance de la firme d'ingénierie. Lorsque celle-ci estime que l'ouvrage fonctionne conformément aux stipulations contractuelles, elle en notifie le client. Ce dernier doit répondre à cet avis, le cas échéant, en le refusant.

Selon le droit québécois, la réception de l'ouvrage a lieu lorsque « l'ouvrage est exécuté et en état de servir conformément à l'usage auquel on le destine »¹⁰¹. Le client est alors « tenu de recevoir l'ouvrage »¹⁰² et de l'accepter « avec ou sans réserve »¹⁰³. Toutefois, au niveau international, certains contrats québécois stipulent que si le maître de l'ouvrage n'a pas répondu après 30 jours à l'avis écrit notifiant la réception, cette dernière est réputée acquise¹⁰⁴.

III. Le paiement

A. Les termes de paiement selon les types de contrats

L'obligation de payer le prix est l'obligation principale du maître de l'ouvrage. La détermination du prix varie selon le type de rémunération : prix forfaitaire, prix unitaire ou prix majoré¹⁰⁵.

Les divers modèles de contrats-types intègrent ces modalités de paiement. Par exemple, le Comité canadien des documents de construction (CCDC) a prévu les trois types de rémunération : un

¹⁰⁰ Voir A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 345 et *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 25.

¹⁰¹ Art. 2110 C.c.Q.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ On suit ainsi les règles établies par les *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 25.3.3, qui prévoient cependant un délai de 7 jours.

¹⁰⁵ C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 25, p. 26 et suiv.; A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 126 et suiv.; P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 105 et suiv., p. 76 et suiv.

contrat-type pour le marché à forfait (CCDC 2 — 1994)¹⁰⁶, un contrat-type pour le marché à prix coûtant majoré (CCDC 3 — 1986)¹⁰⁷ et un dernier modèle pour le marché à prix unitaires (CCDC 4 — 1982)¹⁰⁸.

Le choix de l'une ou l'autre de ces formules entraîne des conséquences importantes quant aux obligations des parties. Le contrat à forfait prévoit un prix global pour l'ensemble des prestations contractuelles. Lorsque l'entrepreneur ou la société d'ingénierie-construction 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 ou l'entrepreneur tous les risques d'accroissement des coûts des matériaux, des équipements et de la main-d'oeuvre. Une façon de limiter le risque est d'insérer au contrat une clause de révision du prix. De plus, si le client demande l'exécution de travaux additionnels ou des suspensions d'exécution, le prix peut être corrélativement augmenté¹⁰⁹. 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 soumettre son offre de soumission et, en conséquence, il lui faut être en mesure de fixer un prix global.

Un autre mode de fixation de prix, le contrat à prix unitaire, emploie 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. Le bordereau décrit sommairement chacun des travaux, des prestations et des fournitures, et donne les prix de chaque unité. Le prix global

¹⁰⁶ CCDC 2 — 1994, *op. cit.*, note 17.

¹⁰⁷ CCDC 3 — 1986, *op. cit.*, note 17.

¹⁰⁸ CCDC 4 — 1982, *op. cit.*, note 17.

¹⁰⁹ Voir *Construction Proforma inc. c. Gestion immobilière Vasire inc.*, J.E. 95-1533 (C.A.); L.-M. TREMBLAY et N. D'AMOUR, *loc. cit.*, note 43, 9.

correspond au coût de l'ensemble des unités. Par la suite, les quantités réellement utilisées sont mesurées par un géomètre, et leur prix est 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 éventuelles.

Enfin, une dernière catégorie de contrat, le contrat à prix coûtant majoré, 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 pour couvrir les frais généraux et le bénéfice de l'ingénieur. Cette rétribution est communément 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 de l'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 viennent 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'ingénieur.

Selon Schneider¹¹⁰, les contrats à prix coûtant majoré permettent au maître de l'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 est susceptible de prendre des formes contractuelles variées. La complexité et les caractéristiques spécifiques d'une telle opération expliquent le foisonnement des formules contractuelles. Ainsi, nul ne sera surpris de constater que les contrats québécois consultés dans le cadre de cette étude utilisent les trois formes de

¹¹⁰ M. E. SCHNEIDER, *loc. cit.*, note 7, 314.

paiement. Notons toutefois que les contrats clé en main sont en général des contrats à forfait.

B. Les modalités de paiement

Le contrat international d'ingénierie prévoit un mécanisme détaillé de versements des paiements qui s'effectuent selon différentes phases.

En premier lieu, le maître de l'ouvrage fait souvent le paiement d'une avance qui sert à couvrir les dépenses de mobilisation de l'ingénieur ou de l'entrepreneur préalablement au début des travaux¹¹¹. Cette somme figure au contrat et apparaît comme un pourcentage du prix total de l'ouvrage. Elle est généralement versée sur présentation d'une garantie de bonne fin ou d'une garantie de restitution d'acompte¹¹². L'avance est normalement remboursée au maître de l'ouvrage au fur et à mesure des acomptes versés à l'ingénieur ou l'entrepreneur sur une base mensuelle¹¹³, et ce, selon l'avancement des travaux¹¹⁴. Enfin, le règlement définitif a lieu, à la fin de la période de garantie, suite à une vérification technique de la bonne exécution des travaux. Ce règlement comprend également le paiement des sommes retenues par le maître de l'ouvrage, lors des acomptes mensuels, en garantie de l'achèvement de l'ouvrage¹¹⁵. Selon les conditions FIDIC, le

¹¹¹ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 199, p. 139.

¹¹² Voir *Conditions FIDIC*, Partie 2 : clauses particulières, *op. cit.*, note 16, art. 60; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 42.5 et vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, *op. cit.*, note 20, art. 1.3.1 et 2.1 de l'appendice 4; *Conditions CCDC*, *op. cit.*, note 17, art. GC 5.3. Cette avance peut être sécurisée au moyen d'une garantie bancaire. Les garanties de bonne fin et de restitution d'acompte seront étudiées un peu plus loin.

¹¹³ Tous les contrats québécois étudiés dans le cadre de cette étude comprennent une clause stipulant le paiement d'une avance. Comme dans les contrats types, certains contrats québécois prévoient le paiement d'une partie du prix de vente lors de l'expédition des biens faisant l'objet du contrat (par exemple, lors de la vente d'un équipement et de son installation).

¹¹⁴ Voir *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 60.1, 60.2 et 60.3; *Conditions CCDC*, *op. cit.*, note 17, art. CG 5.3; *Conditions AIA*, *op. cit.*, note 19, art. 9.3.1; *Conditions ENAA*, vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, *op. cit.*, note 20, appendice 4, art. 2.2. Dans les contrats québécois consultés, certaines clauses de paiement, surtout dans le cas des contrats clé en main, établissent des échéanciers de versements complexes et détaillés.

¹¹⁵ Voir le modèle de conditions générales japonaises, qui prévoit deux possibilités : un cas de retenue lors d'acomptes mensuels et un autre cas où

remboursement des sommes retenues est plutôt effectué à deux stades : « une première moitié est versée à la délivrance du certificat de réception et l'autre moitié à l'expiration de la période de garantie »¹¹⁶. Les conditions générales ENNA prévoient aussi le remboursement des sommes retenues à une autre époque, soit lors de la réception de l'ouvrage¹¹⁷.

Dans tous les contrats québécois consultés, les modalités de paiement sont organisées selon le schéma général que nous venons de décrire.

C. La variation du prix en fonction de l'adaptation du contrat

Le contrat 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 que le contrat comprenne des dispositions visant son adaptation à des nécessités nouvelles. Il faudra, par exemple, que les quantités et la qualité des matériaux et les prestations originaires prévues soient modifiées. Les clauses de variation sont donc conçues pour pouvoir donner une plus grande flexibilité aux parties. Le problème est de savoir ce que l'on entend par la notion de « variation », puisque celle-ci diffère selon les juridictions¹¹⁸. Il faut donc que les clauses de révision soient rédigées de façon claire et détaillée afin d'éviter les litiges.

En matière internationale, tous les contrats importants contiennent une ou plusieurs clauses décrivant précisément les événements pouvant donner lieu à des variations. Ainsi, les conditions FIDIC comportent deux articles relatifs aux modifica-

il n'existe pas une telle retenue : *Conditions ENAA*, vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, *op. cit.*, note 20, appendice 4.1 avec retenue et appendice 4.2 sans retenue.

¹¹⁶ *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 60.3; P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 204, p. 142.

¹¹⁷ *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 12.

¹¹⁸ A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 330.

tions, additions et suppressions¹¹⁹. Ces dispositions mettent en oeuvre un système selon lequel les modifications, exécutées aux frais du maître de l'ouvrage, sont subordonnées à l'approbation de l'ingénieur¹²⁰. L'entrepreneur a ainsi l'obligation d'exécuter les travaux modifiés sous certaines conditions. Il doit recevoir un ordre de la part de l'ingénieur, sinon il risque d'en supporter les frais¹²¹. Toutefois, des tribunaux ont parfois accordé aux entrepreneurs, sans que ceux-ci n'aient reçu d'autorisation préalable, le paiement de travaux supplémentaires exécutés pour des raisons impérieuses¹²².

La détermination du supplément de prix pour les travaux supplémentaires est effectuée selon les stipulations contractuelles. Il est important que le contrat apporte les précisions nécessaires lorsque ces travaux entraînent une extension des délais¹²³. L'article 53.1 des conditions FIDIC prévoit de manière précise une procédure par laquelle l'entrepreneur peut réclamer un paiement supplémentaire¹²⁴.

Dans les contrats québécois consultés, les clauses concernant les variations de prix sont généralement organisées de façon similaire. Certains contrats indiquent que l'entrepreneur doit préparer une estimation financière pour approbation par le maître de l'ouvrage sans quoi sa réclamation sera rejetée. Dans l'éventualité où le maître de l'ouvrage n'approuve pas l'augmentation de prix, il est alors prévu que l'entrepreneur sera obligé d'effectuer

¹¹⁹ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 51 et 52. Voir aussi *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 39.

¹²⁰ Le maître d'ouvrage assume les modifications. Toutefois, si celles-ci sont rendues « nécessaires par une défaillance ou une infraction au contrat de la part de l'entrepreneur ou dont il est responsable, tout coût supplémentaire attribuable à une telle défaillance sera supporté par l'entrepreneur. » Voir *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 52.1.

¹²¹ *Id.*, art. 51.2.

¹²² Il peut s'agir de raisons de sécurité et d'extrême urgence. Les tribunaux ont la possibilité de fonder leur décision sur une « action *de in rem verso* » dérivant d'un contrat de gestion pour autrui ou d'un enrichissement sans cause : voir A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 330.

¹²³ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art 43.1 et 44.1; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 40.

¹²⁴ Les conditions CCDC énoncent que le rajustement du prix suite à la modification de l'ouvrage peut être discuté avant ou après les travaux : *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17, art. CG 6.2.

les changements demandés. Un protêt permettra à ce dernier de prendre les recours appropriés une fois les travaux terminés.

IV. Les assurances et les garanties financières

Les assurances et les garanties financières occupent une place de première importance dans les contrats internationaux d'ingénierie. « Une des fonctions principales que remplit le contrat de construction consiste à en répartir les risques. »¹²⁵ L'imposition de risques plus importants ou l'élargissement du champ d'application des obligations de l'entrepreneur a pour conséquence d'augmenter le prix de l'ouvrage. Il serait apparemment moins onéreux pour le maître de l'ouvrage de prendre à son compte certains risques et ainsi supporter le coût d'événements imprévus lorsqu'ils se produisent, plutôt que de payer le co-contractant un prix plus élevé ou de courir le risque que ce dernier ne fasse faillite. La faillite du constructeur engendre évidemment des effets extrêmement néfastes pour le maître de l'ouvrage¹²⁶. Les contrats internationaux contiennent tous des clauses d'assurance et de garantie visant à répartir les risques.

A. Les assurances

Dans toutes les catégories de contrats d'ingénierie, la souscription d'une assurance est obligatoire. Cette obligation repose toujours sur le même principe : lorsque le maître de l'ouvrage impose un certain risque à l'entrepreneur, il exige que ce dernier soit assuré contre celui-ci. Il se réserve également un droit de regard sur les termes de la police d'assurance¹²⁷. Cette dernière doit couvrir aussi bien les dommages aux travaux, aux matériaux et aux équipements utilisés pour la construction¹²⁸ (assurance-dommages) que ceux entourant la responsabilité de l'entrepreneur

¹²⁵ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 113, p. 81.

¹²⁶ D. KEATING, « Alwyn Waters Memorial Lecture : the Making of a Standard Form », [1996] 12 *Construction Law Journal* 170, 173.

¹²⁷ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, pp. 88 et 89; *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 25.1; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 34.1.

¹²⁸ *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 21.1; *Conditions ENAA*, *op. cit.*, note 20, art. GC 34.1.

(assurance-responsabilité)¹²⁹. Des assurances spécifiques peuvent également être souscrites pour couvrir la responsabilité délictuelle des parties¹³⁰ ou même pour parer aux accidents du travail subis par la main-d'oeuvre sur le chantier¹³¹.

Les contractants répartissent entre eux les obligations relatives aux assurances. Dans le système des conditions FIDIC, l'obligation de s'assurer repose sur l'entrepreneur. Dans certains cas, l'assurance est souscrite pour le compte commun de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage¹³². Par exemple, les conditions générales canadiennes prévoient que l'assurance de responsabilité générale est souscrite conjointement au nom du maître de l'ouvrage, du professionnel et de l'entrepreneur¹³³. Par contre, l'entrepreneur est tenu de souscrire certaines assurances en son nom propre, telles que les assurances pour sa responsabilité automobile, ses biens, sa machinerie et son matériel¹³⁴.

Dans certains contrats québécois, on retrouve une répartition des assurances entre la société d'ingénierie et le maître de l'ouvrage. L'entrepreneur prend en charge les assurances spécifiques, comme celles concernant la main-d'oeuvre et les assurances automobile, ainsi que les assurances tous risques pour les équipements. Le maître de l'ouvrage doit souscrire les assurances aux tiers et les assurances construction. Ces assurances sont réparties en fonction du pouvoir de négociation des parties.

D'autres contrats québécois indiquent expressément que les modalités des assurances seront organisées après l'entrée en vigueur du contrat de construction. Curieusement, quelques contrats ne contiennent pas de clauses concernant les assurances. Ces questions doivent sûrement être réglées dans des documents séparés...

¹²⁹ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 130, p. 92; *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 34.1.

¹³⁰ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 23.1.

¹³¹ *Id.*, art. 24.1; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 34.1; P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 130, p. 93.

¹³² *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 21.2; *Conditions ENAA, op. cit.*, note 20, art. GC 34.2; P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 127, p. 90.

¹³³ *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17, art. CG 11.1.

¹³⁴ *Id.*

L'importance de l'assurance est telle que, dans certains cas, les contrats-types prévoient l'obligation pour l'entrepreneur de fournir au maître de l'ouvrage, avant le début des travaux, la preuve que certaines assurances ont été souscrites¹³⁵. Plusieurs contrats québécois comprennent des exigences selon lesquelles chacun des assureurs doit notifier au cocontractant de chaque assuré la souscription des assurances exigées.

Dans l'éventualité où l'entrepreneur omettrait de s'assurer, les conditions FIDIC donnent au maître de l'ouvrage la possibilité de souscrire lui-même les assurances requises, d'en payer les primes et de les déduire par la suite des sommes dues à l'entrepreneur¹³⁶. Une disposition similaire est présente dans les conditions générales canadiennes et dans certains contrats québécois. Nous estimons que cette faculté est somme toute théorique, puisque le défaut de l'entrepreneur de s'assurer cache vraisemblablement une condition pécuniaire beaucoup plus grave.

La durée de validité de l'assurance est un facteur important à considérer. Il faut qu'elle soit en vigueur pendant toute la période durant laquelle la responsabilité d'une partie peut être engagée. Il convient dès lors de tenir compte de la période de garantie légale du droit du pays où est situé l'ouvrage. Tous les contrats-types n'ont pas pris en compte cet élément. Ainsi, par exemple, le contrat CCDC indique une obligation d'assurance pour l'entrepreneur qui se lit comme suit :

*la durée de chaque police doit s'étendre du début des travaux de construction de l'ouvrage jusqu'à la date du certificat final de paiement.*¹³⁷

Comme nous l'avons vu, le délai de la garantie contractuelle, qui prend fin à la date du certificat final de paiement, est généralement plus court que celui de la garantie légale. Il en résulte un risque additionnel pour les parties.

¹³⁵ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 25.1; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 34.3.

¹³⁶ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 23.5; *Conditions ENAA, op. cit.*, note 20, art. GC 34.5.

¹³⁷ *Conditions CCDC, op. cit., note 17*, art. CG 11-1. Le certificat final de paiement est émis par le professionnel lorsque ce dernier estime que la demande de paiement de l'entrepreneur est justifiée, c'est-à-dire lorsque l'ouvrage est parachevé.

La souscription de polices d'assurance ne procure pas nécessairement une couverture suffisante contre les risques de défaillance de l'entrepreneur. Le maître de l'ouvrage exige souvent des garanties financières qui s'ajoutent aux assurances.

B. Les garanties financières

Les garanties financières sont destinées à assurer au maître de l'ouvrage que l'entrepreneur exécutera toutes les obligations qui lui incombent. Nul n'est à l'abri des faillites des grandes entreprises ni de la constitution de filiales visant à diminuer les risques financiers. De plus,

*[L]a méfiance légitime qui caractérise à un degré, variable, les relations des partenaires qui ne se connaissent pas parce qu'ils n'opèrent pas habituellement sur le même marché, conduit le maître de l'ouvrage à solliciter la garantie d'un tiers par hypothèse solvable, à savoir d'une banque ou d'un établissement de crédit.*¹³⁸

Ces raisons font en sorte que la majorité des contrats internationaux d'ingénierie-construction contiennent des garanties financières¹³⁹. Différentes sortes de garanties sont utilisées : celles de soumission, de bonne exécution, de remboursement d'acompte et de dispense de retenue¹⁴⁰.

La garantie de soumission est fournie par l'entrepreneur pour attester du sérieux de son offre et de son intention de signer le contrat de construction, s'il remporte le marché. Elle permet également au maître de l'ouvrage de penser que l'entrepreneur sera en mesure de fournir une garantie de bonne exécution lors de la conclusion du contrat de construction¹⁴¹.

Une fois le marché octroyé, la plupart des contrats incluent l'obligation pour l'entrepreneur de constituer une garantie de bonne exécution. Les conditions FIDIC l'exigent à l'article 10.

¹³⁸ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 115, p. 82.

¹³⁹ Toutefois, tous les contrats n'intègrent pas des garanties d'exécution. Au lieu de cette garantie, le maître d'ouvrage peut très bien réclamer à l'entrepreneur ou à la firme d'ingénierie de lui remettre une certaine somme d'argent, qu'il remboursera lors de l'achèvement complet et satisfaisant de l'ouvrage.

¹⁴⁰ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 120, p. 86.

¹⁴¹ Nous ne discuterons pas plus amplement de cette garantie puisqu'elle précède la signature du contrat de construction.

Comme son nom l'indique, cette garantie est destinée à assurer au maître de l'ouvrage la bonne exécution des travaux. Quelques contrats-types exigent l'agrément préalable de l'établissement fournissant la garantie par le maître de l'ouvrage¹⁴². Certains contrats québécois mentionnent l'exigence d'une garantie de bonne exécution. Toutefois, les modalités de ces garanties font l'objet d'une annexe au contrat principal.

La constitution de ces garanties implique que le soumissionnaire puisse réunir une capacité de crédit importante. En effet, la concurrence internationale fait en sorte que les sociétés d'ingénierie-construction ne peuvent pas discuter des modalités de la garantie face au maître de l'ouvrage qui a le choix de son cocontractant. Glavinis en a déduit que seuls les grands groupes de construction ou les entreprises groupées en consortium sont en mesure de répondre aux appels d'offres et de fournir la garantie requise¹⁴³. L'importance de cette garantie se traduit par le fait que les documents d'appel d'offres comprennent souvent un modèle de lettre de garantie à respecter.

Une alternative aux garanties financières de bonne exécution, assurant au client une protection en cas de mauvaise exécution, se trouve dans les garanties à première demande¹⁴⁴. Contrairement aux garanties d'inexécution traditionnelles qui exigent l'intervention d'un tiers (expert, tribunal d'arbitrage, etc.) pour s'assurer de l'inexécution du contrat, les garanties à première demande sont payables sur une simple lettre du maître de l'ouvrage attestant cette inexécution. La FIDIC a décidé de ne pas proposer de garanties à première demande dans ses contrats-types. Cette décision est basée sur l'appel souvent injustifié des garanties qui a pour effet d'augmenter le montant des offres de soumission et, par conséquent, le coût de la construction. Le montant de la garantie à première demande est souvent égal au bénéfice escompté par l'entrepreneur (5 à 10% de la valeur du

¹⁴² *Conditions FIDIC*, Partie 2, *op. cit.*, note 16, art. 10.1. L'article 21.1 du *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, donne une option de fournir une garantie provenant d'une banque de premier ordre. Cette option nous semble dangereuse et source de litiges.

¹⁴³ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 116, p. 83.

¹⁴⁴ *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 13.3 et vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, annexe 8; *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, art. 21.1 et annexe XXII.

contrat). L'appel injustifié de la garantie fait ainsi disparaître tout profit. Les entrepreneurs ont tendance à augmenter leur marge de profit pour en tenir compte. La FIDIC propose des garanties conditionnelles qui ne peuvent être mises en oeuvre qu'avec l'approbation écrite du maître de l'ouvrage et de l'ingénieur ou sur présentation d'une sentence arbitrale¹⁴⁵. Cependant, malgré le risque qu'elles comportent, les garanties inconditionnelles sont très utilisées en matière de grands travaux internationaux¹⁴⁶. Néanmoins, les contrats québécois étudiés ne comportent pas de garantie à première demande. Évidemment, en pratique, ils sont vraisemblablement modifiés en conséquence si le maître de l'ouvrage l'exige.

Ce dernier effectue fréquemment une avance à l'entrepreneur afin que celui-ci puisse commencer à exécuter les travaux. Cette avance atteint des sommes très importantes puisqu'elle s'élève jusqu'à 10 % du prix total du contrat. Afin de se protéger du risque de non-réalisation de l'ouvrage et donc de la perte de l'avance versée, le maître de l'ouvrage dispose d'une technique de couverture. Il exige du constructeur une garantie de remboursement d'acomptes lui assurant le remboursement des avances en cas de défaillance de ce dernier. Cette garantie, qui apparaît dans plusieurs contrats-types¹⁴⁷, est absente des conditions FIDIC.

Les contrats québécois examinés dans le cadre de cette étude ne prévoient pas une telle garantie de remboursement d'acomptes. Ils contiennent plutôt une clause de déduction progressive de l'avance lors des divers paiements périodiques effectués à l'entrepreneur.

Une autre technique de protection du maître de l'ouvrage est la retenue de garantie. Afin d'assurer la réparation des vices révélés à la fin des travaux ou à la fin de la période de garantie, une retenue peut être déduite, par le maître de l'ouvrage, des sommes payées à l'entrepreneur au titre des acomptes mensuels. Cette retenue est libérée à la délivrance du certificat de réception à la fin de la période de garantie. Les conditions générales canadiennes contiennent à cet effet des clauses selon lesquelles la

¹⁴⁵ *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 10.1 du guide explicatif.

¹⁴⁶ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 119, p. 86.

¹⁴⁷ *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, art. 21.2; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 8.1.

retenue est payée lors de l'achèvement substantiel de l'ouvrage¹⁴⁸. Pour éviter à l'entrepreneur de subir cette retenue lors du paiement de chacun des acomptes mensuels, celui-ci fournit au maître de l'ouvrage une garantie de dispense de retenue. Elle permet à l'entrepreneur de recevoir la totalité des acomptes mensuels¹⁴⁹.

Dans toutes les clauses de garantie, il est important que la période de validité soit indiquée. En effet, à l'expiration de cette période, le maître de l'ouvrage ne pourra plus les mettre en oeuvre. Dans le cas des garanties à première demande, l'expiration de la garantie en est une des seules limites¹⁵⁰. Quant aux conditions FIDIC, elles indiquent que la garantie reste valable jusqu'à l'exécution complète des travaux et la réparation des vices. Après la délivrance du certificat de fin de délai de garantie, qui équivaut à la réception finale, « aucune réclamation ne peut être faite au titre de ladite garantie »¹⁵¹.

V. Les défauts d'exécution et les litiges

Toute partie qui n'exécute pas ses obligations conformément aux stipulations contractuelles encourt généralement une responsabilité. Comme nous l'avons vu précédemment, chacune des parties a un certain nombre d'obligations à remplir. Les obligations sont expressément mentionnées au contrat ou peuvent être implicites (comme l'obligation d'agir de bonne foi). La violation des obligations contractuelles par une partie engendre le droit d'obtenir une réparation pour l'autre partie. Cette réparation est susceptible de résulter d'un mécanisme de règlement du litige et d'aboutir à une condamnation à des dommages et intérêts, à la réparation en nature ou à la résolution du contrat. Certains contrats prévoient expressément la possibilité pour le client de mettre fin au contrat en cas de manquement du consultant à ses

¹⁴⁸ *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17, art. CG 5.5.

¹⁴⁹ *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 13.4 et vol. 2 : *Samples of Appendices to the Agreement*, annexe 8.3. Aucun contrat québécois consulté pour les fins de cet article ne comportait une telle garantie.

¹⁵⁰ L'autre hypothèse étant la fraude du bénéficiaire.

¹⁵¹ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 10.2.

obligations¹⁵². La réparation est aussi déterminable au moyen de clauses pénales. Les contrats-types et les contrats québécois contiennent souvent de telles clauses¹⁵³. Dans ces clauses, les parties évaluent par anticipation le paiement de dommages et intérêts en prévision du cas où le débiteur n'exécuterait pas ses obligations¹⁵⁴.

Le contrat peut limiter la réparation octroyée en cas de violation. Cette limitation s'effectue par le biais de clauses limitatives de responsabilité¹⁵⁵. Il est également possible aux parties de s'exonérer de leur responsabilité.

A. Les clauses d'exonération de responsabilité

Les clauses d'exonération de responsabilité font en général référence à la force majeure. La majorité des contrats internationaux contiennent une telle clause. La force majeure a un effet d'exonération de responsabilité. En droit international, il n'existe pas de définition unique de cette notion qui varie selon les droits nationaux¹⁵⁶. Différentes définitions de la force majeure se retrouvent dans les contrats d'ingénierie. En général, ils la définissent comme des événements qui échappent au contrôle des parties et énoncent ensuite une liste détaillée et non exhaustive desdits événements¹⁵⁷. La majorité des clauses de force majeure figurant dans les contrats québécois suivent cette façon de procéder.

¹⁵² *Contrat ACIDI, op. cit.*, note 24, art. CG 9, 9.1 : « Sa Majesté peut, en donnant avis au Consultant, arrêter une partie ou la totalité des travaux. [...] si le Consultant ne remplit pas l'une des obligations que lui impose le contrat ou si le Ministre estime que la lenteur des progrès compromet l'exécution du marché dans les délais prévus. »

¹⁵³ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art. 47.1; *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 27.1; *Conditions ENAA, vol. 1 : Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 28.3.

¹⁵⁴ Voir l'article 1622 et suiv. C.c.Q.

¹⁵⁵ Nous avons déjà traité de ces clauses dans la première partie de notre article.

¹⁵⁶ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 226, pp. 158 et 159.

¹⁵⁷ *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 34. *Conditions ENAA, vol. 1 : Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art. GC 37. Voir aussi Marcel FONTAINE, « Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux », [1979] 5 *D.P.C.I.* 469.

Souvent, les clauses de force majeure font référence à des cas identiques ou comparables. Toutefois, certains cas peuvent être délibérément exclus de la clause de force majeure, comme les grèves, par exemple. Il est possible que le client estime qu'il n'a pas à supporter les conséquences des grévistes et qu'il réussisse à faire prévaloir son point de vue. La négociation commerciale entraîne à l'occasion une solution inverse, soit celle d'élargir le concept de force majeure à des cas qui ne rencontrent pas les critères généralement reconnus. À cet égard, mentionnons l'exemple du bris de machinerie qui exonère quelquefois l'entrepreneur.

Il est intéressant de noter que, selon Georges Dubé, la notion de force majeure a été élargie à d'autres cas dans le domaine de l'ingénierie. L'exonération de responsabilité serait possible lorsque l'événement est jugé indépendant de la volonté de l'ingénieur sans toutefois démontrer nécessairement le caractère imprévisible et irréductible rendant absolument impossible l'exécution de l'obligation¹⁵⁸. Dans ce cas le contrat devrait prévoir l'obligation pour l'ingénieur de préparer un plan d'urgence¹⁵⁹. Les contrats québécois consultés ne révèlent pas une telle obligation. Cependant, ceux-ci ont prévu la mise en place d'un processus de consultation après la survenance d'un cas de force majeure énuméré dans le contrat.

Les conditions FIDIC n'utilisent pas le terme de force majeure, contrairement aux conditions Électricité & Mécanique¹⁶⁰ du même organisme. L'article 66.1 des conditions FIDIC est en effet intitulé « libération de l'obligation d'exécuter » et définit l'impossibilité d'exécution de la façon suivante :

S'il survient après la délivrance de la Lettre d'Acceptation une circonstance en-dehors du contrôle des deux parties qui rend l'exécution de leurs obligations impossible ou illégale pour l'une ou l'autre partie, ou si en vertu du droit applicable au Marché, les parties sont relevées de l'obligation de la poursuite de l'exécution du Marché, la somme payable par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour le travail exécuté

¹⁵⁸ G. DUBÉ, *loc. cit.*, note 28, 85.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Conditions FIDIC pour les travaux électriques, op. cit.*, note 16, art. 44.1 et suiv.

*est celle qui aurait été payable au titre de l'article 65 si le marché avait pris fin en application des dispositions de l'article 65.*¹⁶¹

Les conditions FIDIC ont également prévu un système selon lequel certains risques qui normalement échappent au contrôle des parties, tels la guerre, la rébellion ou les émeutes, sont mis à la charge du maître de l'ouvrage¹⁶². Cette exonération ne peut bénéficier qu'à l'entrepreneur, et non au maître de l'ouvrage, en application du « principe que la survenance d'événements qui échappent au contrôle des parties doit être supportée par celui à qui profite l'ouvrage »¹⁶³. Il en est souvent de même dans les contrats québécois.

Dans les contrats gouvernés par la common law, on retrouve souvent les termes de « force majeure », bien qu'il s'agisse d'une notion de droit civil¹⁶⁴. Dans le système de common law, deux concepts se rapprochent des causes d'exonération de la force majeure : l'« *Act of God* » et la « *frustration of contract* ». Chitty définit la notion d'« *Act of God* » comme « *an occurrence which man has no power to foresee or prevent such as a violent storm* »¹⁶⁵. Curieusement, l'« *Act of God* » est en général énoncé dans la liste des événements constituant des causes d'exonération. Pour Brabant, la notion de « frustration » implique que plusieurs conditions soient réunies : l'imprévisibilité, l'extériorité et la « *fundamentally different situation* »¹⁶⁶. Le terme « frustration », qui était utilisé à l'article 66 de la troisième édition des conditions FIDIC, a été remplacé dans la quatrième édition par la « libération de l'obligation d'exécuter ». Toutefois, le contenu de la clause demeure inchangé. Par contre, la clause 64 des conditions ICE,

¹⁶¹ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16.

¹⁶² *Id.*, art 20.4. et 65.2. Il peut paraître surprenant que les *conditions FIDIC* prévoient la responsabilité du maître d'ouvrage par rapport à la survenance d'événements qui sont souvent considérés comme des cas de force majeure dans d'autres contrats, surtout dans les contrats québécois examinés dans le cadre de ce projet. Mais, en fin de compte, le résultat est le même, puisque c'est le maître d'ouvrage qui doit supporter les conséquences de la survenance d'événements de force majeure.

¹⁶³ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 227, p. 160.

¹⁶⁴ A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 292 et suiv.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 299.

¹⁶⁶ Voir Clive M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, London, Steven and sons, 1990, pp. 94-107.

dont émanent les conditions FIDIC¹⁶⁷, est toujours intitulée « *frustration of contract* »¹⁶⁸.

La force majeure n'a pas systématiquement un effet d'exonération. Elle peut n'être que passagère. Dans cette hypothèse, les contrats prévoient des solutions variées, comme la suspension des travaux, le prolongement du délai contractuel et la concertation des parties¹⁶⁹. Dans le système FIDIC, l'ingénieur peut ordonner la suspension des travaux¹⁷⁰. Un modèle de contrat québécois prévoit qu'en cas de force majeure, une extension de temps raisonnable doit être accordée au prestataire de services pour qu'il puisse remplir ses obligations. Si l'événement constituant le cas de force majeure continue pendant plus de 180 jours, chaque partie a le droit de résilier le contrat. La même clause énonce que le vendeur (la société d'ingénierie ou l'entrepreneur) doit être remboursé de tous les coûts qu'il encourt jusqu'à la terminaison du contrat. Dans le même sens, un autre contrat envisage le règlement en deux étapes des problèmes en cas de survenance d'un cas de force majeure. Aux termes d'un article, la partie affectée par la force majeure a l'obligation de notifier son cocontractant de la survenance de l'événement constituant une telle situation et, le cas échéant, de la cessation de cet événement. Selon un autre article de ce contrat, si ledit événement cesse, le délai pour réaliser les travaux est rallongé d'autant. Si l'événement empêchant la société d'ingénierie de réaliser ses obligations continue, les parties ont la possibilité de déclarer la résiliation anticipée. D'autres contrats prévoient qu'en cas de survenance d'un cas de force majeure, les parties doivent se consulter sur les mesures à prendre. Ces contrats indiquent également que tout coût supplémentaire doit être supporté par le maître de l'ouvrage. La plupart des autres contrats québécois contiennent des solutions similaires.

Parallèlement à un événement de force majeure, la survenance d'un cas d'imprévision peut constituer une cause de

¹⁶⁷ Voir G. LEFEBVRE et J. D'HOLLANDER, *loc. cit.*, note 14, 243 et suiv.

¹⁶⁸ Voir C. K. HASWELL et D. S. DE SILVA, *op. cit.*, note 25, p. 62.

¹⁶⁹ P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 231, p. 164; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions*, *op. cit.*, note 20, art. GC 37; *Contrat ONUDI*, *op. cit.*, note 22, art. 34.

¹⁷⁰ *Conditions FIDIC*, *op. cit.*, note 16, art. 40.1.

renégociation du contrat¹⁷¹. Glavinis résume ainsi le rôle restreint du concept d'imprévision dans les contrats de construction :

*Or, ce n'est pas dans les contrats de construction classiques que nous rencontrerons des clauses de hardship complexes et sophistiquées, comme on en rencontre souvent dans d'autres contrats de commerce international; on songe notamment aux transactions portant sur les matières premières ou les sources d'énergie. La raison devrait être sans doute recherchée dans la nature des risques qui menacent une opération de construction. Le concept de hardship vise les situations qui ne peuvent être identifiées d'avance. En matière de construction, la plupart des risques sont connus, « nommés », ce qui a permis le développement de procédés d'adaptation spécifiques. On aura donc rarement besoin de recourir au concept de hardship ou à un concept équivalent pour adapter le contrat au changement des circonstances.*¹⁷²

Par conséquent, les contrats-types et les contrats québécois ne font généralement pas référence à la notion d'adaptation. Cette notion est surtout utile dans le cadre de marchés à forfait dans lesquels l'entrepreneur ne peut demander aucun supplément du prix. Notons toutefois que les conditions générales canadiennes CCDC-2 (contrat à forfait) ne prévoient pas de clause d'adaptation.

B. La résolution des litiges

Dans la majorité des contrats internationaux d'ingénierie, la résolution des litiges est rarement confiée aux tribunaux étatiques. Le recours aux tribunaux du pays de la situation de l'ouvrage pourrait être défavorable à l'entrepreneur étranger, surtout si le client est un État dont les tribunaux sont appelés à décider du sort du litige. Les parties préfèrent également s'en remettre à leurs pairs qui ont élaboré les contrats-types ou bien à des spécialistes du domaine concerné. L'arbitrage est donc le mode de résolution des litiges préconisé par de nombreux contrats internationaux d'ingénierie¹⁷³. Les autres avantages généralement reconnus à l'arbitrage (simplicité, rapidité et éco-

¹⁷¹ A. BRABANT, *op. cit.*, note 46, p. 325.

¹⁷² P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 234, pp. 166 et 167.

¹⁷³ *Contrat ONUDI, op. cit.*, note 22, art. 37; *Conditions ENAA*, vol. 1 : *Form of Agreement & General Conditions, op. cit.*, note 20, art GC 6.

nomie des coûts) contribuent également à accentuer le délaissement des tribunaux judiciaires. Toutefois, plusieurs contrats prévoient un recours préalable à des tiers agissant comme médiateurs avant de pouvoir accéder à l'arbitrage¹⁷⁴. Dans le système FIDIC, la mission de médiateur est impartie à l'ingénieur, dans la mesure où il est indépendant. Aux termes des conditions de l'AIA, l'architecte est le médiateur¹⁷⁵.

Le système FIDIC présente le processus de résolution des litiges suivant¹⁷⁶ : le différend entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur est tout d'abord soumis à l'ingénieur. Ce dernier dispose d'un temps limité (24 jours) pour notifier sa décision au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur. Au cas où l'une des parties ne serait pas satisfaite de la décision rendue par l'ingénieur, ou si celui-ci n'a pas rendu sa décision dans le temps imparti, le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur peuvent alors soumettre le litige à l'arbitrage. Par contre, si les parties n'ont pas contesté la décision de l'ingénieur dans un certain délai (soit dans les 70 jours de celle-ci), cette décision devient définitive et irrévocable. Si l'une des parties ne respecte pas la décision de l'ingénieur devenue définitive et irrévocable, l'autre partie peut « soumettre le manquement à l'arbitrage »¹⁷⁷.

Préalablement à l'arbitrage, l'article 67.2 institue une phase de conciliation supplémentaire en indiquant que « l'arbitrage dudit litige ne débutera pas tant que les parties n'auront pas tenté de régler leur différend à l'amiable »¹⁷⁸. L'arbitrage est organisé conformément au règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la CCI.

Comme dans le système FIDIC, les conditions générales canadiennes prévoient que tout désaccord entre les parties « se rapportant à l'exécution de l'ouvrage ou à l'interprétation des documents contractuels [...] doit d'abord être soumis, par écrit, au professionnel »¹⁷⁹ (ce dernier occupe une fonction équivalente à celle de l'ingénieur dans les contrats FIDIC). Si le différend n'a

¹⁷⁴ Voir P. GLAVINIS, *op. cit.*, note 69, n° 242, p. 172.

¹⁷⁵ *Conditions AIA, op. cit.*, note 19, art. 4.3.2.

¹⁷⁶ *Conditions FIDIC, op. cit.*, note 16, art 67.1.

¹⁷⁷ *Id.*, art. 67.4.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Conditions CCDC, op. cit.*, note 17, art. CG 2.2.8.

pas pu être réglé par une décision du professionnel, les parties doivent tenter de le régler par le biais d'un médiateur. Si les négociations avec le médiateur échouent, chaque partie a le privilège d'exiger qu'il soit résolu de façon définitive par arbitrage. Si l'autre partie n'a pas accepté de recourir à l'arbitrage dans les dix jours, la convention d'arbitrage devient caduque et « les parties peuvent soumettre le différend non résolu aux tribunaux ou à toute autre forme de règlement de différend »¹⁸⁰. De façon similaire, le contrat AICC prévoit un recours à la médiation, puis, en cas d'échec, à l'arbitrage¹⁸¹.

Les contrats québécois contiennent habituellement des clauses d'arbitrage. Il est souvent prévu une phase préalable de règlement amiable. Dans la plupart des cas, la clause d'arbitrage réfère à un arbitrage institutionnel, tel que celui de la Chambre de commerce Internationale ou de la Chambre de commerce suédoise.

*

* *

Ainsi pouvons-nous conclure que les contrats internationaux d'ingénierie québécois s'inspirent des modèles normalisés. Toutefois, ces modèles sont, dans la majorité des cas, plus détaillés que les contrats québécois. Les contrats-types sont plus exhaustifs dans la mesure où ils doivent englober un grand nombre d'hypothèses pour convenir à plusieurs catégories de projets. Les parties qui décident de recourir à ces modèles ne retiennent que certaines clauses en annulant celles qu'elles jugent inutiles. La pluralité des contrats-types et des guides qui coexistent au niveau national et international expliquent, selon nous, que les contrats utilisés par les sociétés d'ingénierie québécoises ne sont pas influencés par un seul modèle. De plus, on ne peut observer une tendance à s'inspirer plus fortement d'un modèle plutôt qu'un autre. Nous sommes par ailleurs d'avis que les conditions générales japonaises, dans leurs quatre volumes, apparaissent les plus complètes et les mieux rédigées parmi tous les modèles que nous avons consultés.

¹⁸⁰ *Id.*, art. CG 8.2.7.

¹⁸¹ *Conditions ACEC, op. cit.*, note 17, art. 9.

Au-delà des impératifs juridiques, la réalité commerciale prime. Le contrat d'ingénierie est le résultat d'un processus de négociation commerciale entre le constructeur et le client. Dans un marché extrêmement compétitif, la société d'ingénierie, afin de se faire attribuer le marché, n'hésitera pas à faire des concessions quant au contenu juridique du contrat. Les impératifs économiques ont préséance sur les impératifs juridiques. Le rôle du juriste se limite à avertir l'ingénieur des dangers que comportent l'insertion ou l'omission de certaines clauses. Dans certains cas, son rôle sera encore plus limité puisque la société d'ingénierie est obligée d'accepter la formule contractuelle imposée par le maître de l'ouvrage, et ce, sans véritable négociation.

Nous espérons néanmoins que cet article permettra aux praticiens du commerce international de prendre conscience du fait que le contenu des modèles normalisés est variable et qu'ils ont, par conséquent, avantage à les consulter afin de bien remplir leur rôle de conseil en fonction de la marge de manoeuvre dont ils disposent.