

tier pour effectuer les travaux nécessaires lorsque l'entrepreneur initial manque. Dans certains cas déterminés, l'acheteur peut demander l'annulation et/la résolution du contrat.

111. Si l'entrepreneur n'effectue pas les travaux exigés pendant la construction, l'article 39.2 des Conditions FIDIC-TGC dispose que :

"Si l'Entrepreneur n'exécute pas cet ordre, le Maître de l'ouvrage est autorisé à employer et payer d'autres personnes pour l'exécuter; toutes les dépenses qui en résultent ou qui y sont afférentes peuvent être récupérées auprès de l'Entrepreneur par le Maître de l'ouvrage, ou peuvent être déduites par le Maître de l'ouvrage de toutes sommes dues ou qui pourraient devenir dues à l'Entrepreneur."

112. Les Conditions FIDIC-TGC contiennent une autre disposition analogue qui traite du cas où l'entrepreneur ne remédie pas aux défauts qui apparaissent pendant la période "d'entretien". Il s'agit de l'article 49.4 des Conditions FIDIC-TGC qui stipule que :

"Si l'Entrepreneur n'exécute pas le travail . . . le Maître de l'ouvrage a le droit d'employer et de payer d'autres personnes pour exécuter ce travail; si l'Ingénieur estime que l'Entrepreneur est responsable au titre du Marché de la réalisation de ce travail à ses propres frais, toutes les dépenses résultant de ce travail, ou afférentes à celui-ci, sont récupérables par le Maître de l'ouvrage auprès de l'Entrepreneur . . ."

113. Selon les Conditions FIDIC-TEM, l'entrepreneur est tenu de remédier promptement aux défauts, sinon l'acheteur peut faire exécuter les travaux nécessaires aux frais de l'entrepreneur. L'article 28 dispose que :

". . . Si l'Entrepreneur manque, le Maître de l'ouvrage peut, à condition de ne pas trop tarder, prendre, aux frais de l'Entrepreneur, les mesures qui peuvent dans tous les cas s'avérer raisonnables pour remédier à ces défauts . . ."

114. Dans les modèles de contrats types de l'ONUDI, l'acheteur est habilité à prendre toutes mesures pour faire corriger les défauts. L'article 29.3 du modèle ONUDI-CR stipule que :

"Si l'ENTREPRENEUR néglige ou refuse de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'élimination des défauts et/ou des vices dans un délai raisonnable, l'ACHETEUR peut prendre les mesures qui s'imposent pour exécuter les études, les achats, l'inspection et la surveillance du montage du nouvel équipement ou procéder à la réparation et/ou au remplacement de l'équipement usagé afin de rectifier les défauts et résoudre tous les problèmes connexes, et le coût de cette intervention sera à la charge de l'ENTREPRENEUR et/ou pourra être recouvré de toute autre manière au choix de l'ACHETEUR."

115. Selon le modèle ONUDI-CR, si l'entrepreneur n'effectue pas les travaux nécessaires dans les délais prescrits, et si l'acheteur ne consent pas à prolonger ces délais, l'acheteur a le droit de résilier le contrat. L'article 29.4 dispose que :

"Au cas où . . . l'ACHETEUR ne consentirait pas à prolonger les délais demandés par l'ENTREPRENEUR pour effectuer ces modifications, agrandissements et/ou changements, l'ACHETEUR aura le droit de résilier le Contrat . . ."

116. Dans les modèles ONUDI-CMF et ONUDI-SCM, mention est faite du droit de l'acheteur d'exercer ses autres recours en vertu du contrat si les défauts ne sont pas corrigés dans les délais prescrits. L'article 29.13 du modèle ONUDI-CMF dispose que :

"Toute prolongation de délai consenti à l'ENTREPRENEUR en vertu des dispositions de l'article 29.10 sera sans préjudice des droits et recours de l'ACHETEUR aux termes du présent Contrat, au cas où l'ENTREPRENEUR n'exécuterait pas les travaux dans les nouveaux délais ainsi consentis."

117. Selon les Conditions générales de la CEE, la responsabilité de l'entrepreneur ne s'étend qu'aux obligations définies dans le cadre de la garantie. (Pour plus de détails, voir plus haut, XV, *Garanties*.)

G. Défauts apparaissant après expiration de la période de garantie

118. La responsabilité en cas de défaut cesse à l'expiration de la période de garantie. L'entrepreneur n'est pas tenu par le contrat de corriger les défauts qui se manifestent après l'expiration de cette période. Il est toutefois d'usage que les entrepreneurs, à la demande de l'acheteur et à ses frais, remédient à tout défaut qui peut apparaître en dehors de la période de garantie.

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7*]

XVII. RÉSILIATION

A. Remarques générales

1. Dans la présente étude, on entend par "résiliation" la dissolution d'un contrat imputable à des contraventions aux obligations contractuelles, à des causes d'exonération ou à d'autres motifs. Il convient de noter

qu'il ne peut être mis fin à un contrat que pour l'avenir ou rétroactivement. Dans la présente étude, le terme "résiliation" couvre également les notions de "résiliation", d'"annulation" et de "résolution" d'un contrat.

2. Dans tout contrat de travaux, une clause de résiliation ne prévoit généralement que de graves contraventions aux obligations contractuelles (voir Deuxième partie, VII, *Qualité**, et XI, *Retards et recours***) ou la non-exécution due à des circonstances donnant lieu à exonération (voir Deuxième partie, XIII, *Exonération****).

B. Motifs de résiliation

1. Contravention au contrat

3. Mettre fin à un contrat de travaux n'est jamais une décision que l'on prend à la légère et est toujours lourd de conséquences. Les coûts qu'implique un contrat de travaux donné, joints à la nature de son exécution, peuvent faire de la résiliation une solution à laquelle les parties n'ont recours qu'après que toutes les autres possibilités ont échoué.

a) Contravention au contrat commise par l'entrepreneur

4. Une contravention au contrat n'est pas toujours suffisamment grave pour que la partie lésée puisse résilier le contrat. La Convention sur les contrats de vente reconnaît ce fait et accorde au vendeur comme à l'acheteur le droit de résoudre le contrat dans certains cas précis seulement. L'article 49 de la Convention dispose que :

"1) L'acheteur peut déclarer le contrat résolu :

"a) Si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat; ou

"b) En cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'article 47 ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti."

5. L'article 25 de la Convention sur les contrats de vente contient une définition de ce qui doit être considéré comme une contravention essentielle au contrat : c'est une contravention qui cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus.

6. Dans un contrat de travaux, les parties spécifient généralement en détail les raisons motivant sa résiliation.

i) Retard dans l'achèvement

7. Il n'est pas rare que certains retards surviennent dans l'achèvement d'une installation industrielle. Avant que le droit de résilier le contrat soit accordé à l'acheteur, ce dernier doit généralement accorder à l'entrepreneur une période de temps supplémentaire pour lui permettre d'achever les travaux. Par exemple, l'article 20.5 des Conditions 188A et 574A de la CEE dispose que :

"Si telle partie de l'ouvrage . . . n'est toujours pas achevée, l'acheteur peut, en adressant au constructeur une notification écrite, exiger l'achèvement en fixant un dernier délai . . . Si . . . l'entrepreneur reste en défaut de faire tout ce qui lui incombe pour que l'ouvrage soit achevé dans ce délai, l'acheteur a le droit . . . de se dégager du contrat en ce qui concerne cette partie de l'ouvrage."

8. Une disposition analogue figure dans l'article 32.1 des Conditions FIDIC-TEM. La partie pertinente de cet article est ainsi libellée :

"Si pour une raison quelconque autre qu'une raison dont l'employeur ou un autre entrepreneur employé par lui est responsable l'entrepreneur ne parvient pas à achever les travaux dans les délais impartis, l'employeur peut en adressant une nouvelle notification écrite à l'entrepreneur choisir entre :

"a) sommer l'entrepreneur d'achever les travaux,

"b) se dégager du contrat en ce qui concerne cette partie des travaux . . ."

Contrairement à la position adoptée dans d'autres formes de contrats examinés, l'article qui précède n'exige pas que l'employeur résilie le contrat même si l'entrepreneur n'est pas parvenu à achever les travaux dans les délais supplémentaires qui lui ont été impartis. Le choix est encore laissé à l'acheteur de sommer ou non l'entrepreneur d'achever les travaux.

9. Les modèles de contrats de l'ONUDI traitent également de la question du retard en tant que motif de résiliation du contrat. L'article 33.7.1 du modèle ONUDI-CMF dispose que :

"Au cas où l'ENTREPRENEUR n'a pas entrepris ou tarde à entreprendre ou à exécuter, à achever ou à livrer les travaux ou une partie de ces derniers, à la satisfaction raisonnable de l'ACHETEUR et l'ACHETEUR lui a notifié la chose et l'a mis par là en demeure d'y remédier, mais la situation se poursuit après ladite mise en demeure; . . . l'ACHETEUR peut, sans autre autorisation, annuler le Contrat . . ."

10. L'article 33.7.4 du modèle ONUDI-CMF dispose en outre que l'acheteur a le droit d'annuler le contrat au cas où l'entrepreneur a abandonné les travaux.

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 2 (reproduit ci-dessus).

** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 4 (reproduit ci-dessus).

*** A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproduit ci-dessus).

11. Avant d'étudier plus avant les Conditions de la FIDIC, il convient de noter qu'elles donnent à l'acheteur le droit de mettre fin au Marché mais non de tous les cas où il y a contravention au Marché de la part de l'entrepreneur. En vertu de ces Conditions, l'acheteur, dans certaines situations, peut "intervenir sur le chantier et en expulser l'Entrepreneur *sans pour autant annuler le Marché* ou relever l'entrepreneur de ses obligations ou responsabilités au titre du Marché ou affecter les droits et pouvoirs conférés au Maître de l'ouvrage ou à l'Ingénieur par le Marché . . .". (Article 44.1 des Conditions FIDIC-TEM.) Ce droit est examiné ici sous la notion de résiliation vu que ses effets sont en tous points semblables à ceux d'une clause ordinaire de résiliation. Il semble que cette formule soit destinée à assurer à l'acheteur le maximum de protection.¹

12. L'article 44.1 des Conditions FIDIC-TEM prévoit notamment les cas ci-après comme motifs d'expulsion de l'entrepreneur :

" . . . Si l'Ingénieur certifie par écrit au Maître de l'ouvrage que, selon son opinion, l'Entrepreneur :

"a) a abandonné le marché, ou

"b) sans justification raisonnable, n'a pas commencé les travaux ou en a interrompu l'exécution pendant vingt-huit jours après avoir reçu de l'Ingénieur l'ordre écrit de les poursuivre . . ."

13. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC est identique à l'article précédent mais va plus loin en ajoutant que si l'entrepreneur :

"c) a négligé d'enlever des matériaux du chantier ou de démolir et de remplacer un travail dans les vingt-huit jours suivant la réception d'une notification écrite par laquelle l'Ingénieur refuse et rejette lesdits matériaux ou travaux en vertu des présentes conditions . . ."

ii) Non-conformité des travaux

14. Si le retard dans l'achèvement des travaux entraîne de graves difficultés pour l'acheteur, il en est de même des contraventions aux stipulations contractuelles relatives à la qualité. (Voir Deuxième partie, VII, *Qualité*.) L'article 44.1 des Conditions FIDIC-TEM dispose donc que l'acheteur peut expulser l'entrepreneur, l'effet juridique étant celui qui est exposé au paragraphe 11 *supra*,

" . . . si l'Ingénieur certifie par écrit au Maître de l'ouvrage que, selon son opinion, l'Entrepreneur :

" . . .

"c) En dépit d'avertissements préalables écrits de l'Ingénieur, n'exécute pas les travaux conformément au Marché ou néglige d'exécuter ses obligations correspondantes de sorte que l'exécution des travaux s'en trouve gravement compromise . . ."

15. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC est libellé de manière légèrement différente bien qu'elle ait un effet analogue. En l'occurrence, l'acheteur peut expulser l'entrepreneur si ce dernier :

"d) En dépit d'avertissements préalables écrits de l'Ingénieur n'exécute pas les travaux conformément au Marché, ou néglige d'une manière persistante ou flagrante d'exécuter ses obligations au titre du Marché . . ."

iii) Cession et sous-traitance non autorisées

16. La construction de grands ouvrages industriels nécessite compétence et expérience de la part de l'entrepreneur. La cession d'un marché à un tiers n'est donc généralement possible qu'avec l'accord de l'acheteur.

17. Certaines Conditions considèrent qu'une cession non autorisée de la part de l'entrepreneur est suffisamment grave pour donner à l'acheteur le droit de résilier le contrat. En vertu de l'article 44.1 des Conditions FIDIC-TEM et de l'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC, le Maître de l'ouvrage peut intervenir sur le chantier et en expulser l'entrepreneur "si l'entrepreneur cède le marché sans le consentement écrit préalable du Maître de l'ouvrage . . .".

18. L'article 33.7 du modèle ONUDI-CMF accorde à l'acheteur le droit d'annuler le contrat "au cas où l'ENTREPRENEUR . . . a confié l'exécution du Contrat à un tiers sans l'approbation de l'acheteur."

19. Par ailleurs, la sous-traitance est très courante dans la construction de grands ouvrages industriels. A moins qu'elle ne soit interdite aux termes du contrat, la sous-traitance ne constitue pas en soi un motif d'objection. L'entrepreneur doit toutefois s'assurer que la sous-traitance n'influe nullement sur la bonne exécution des travaux. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC donne à l'acheteur le droit d'expulser l'entrepreneur "si l'Ingénieur certifie par écrit au Maître de l'ouvrage que, selon son opinion, l'Entrepreneur: . . . e) a, au détriment d'une bonne qualité du travail ou malgré les instructions contraires de l'Ingénieur, sous-traité une partie du marché . . ."

b) *Contravention au contrat commise par l'acheteur*

20. En vertu de l'article 64 de la Convention sur les contrats de vente :

"1) Le vendeur peut déclarer le contrat résolu :

¹ En revanche, en cas de contravention au contrat de la part de l'acheteur, l'entrepreneur a le droit de résilier le contrat aux termes des Conditions de la FIDIC. (L'article 41.3 des Conditions FIDIC-TEM parle de mettre fin au Marché" alors que l'article 51.1 parle de "mettre fin à son emploi au titre du contrat".) On peut également noter qu'en cas de faillite de l'entrepreneur l'acheteur peut mettre fin au marché en vertu de l'article 45 des conditions FIDIC-TEM alors qu'en vertu de l'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC il ne peut qu'expulser l'entrepreneur. Ces points sont examinés ci-après. Les raisons qui motivent une telle différence de traitement ne sont pas évidentes.

"a) Si l'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat; ou

"b) Si l'acheteur n'exécute pas son obligation de payer le prix ou ne prend pas livraison des marchandises dans le délai supplémentaire imparti par le vendeur conformément au paragraphe 1 de l'article 63 ou s'il déclare qu'il ne le fera pas dans le délai ainsi imparti."

21. On trouve des motifs de résiliation analogues dans les contrats de travaux.

i) Non-prise de livraison

22. La non-prise de livraison de l'ouvrage par l'acheteur à la date due constitue une contravention au contrat. (Voir Deuxième partie, X, *Prise en charge et réception*.) Dans un tel cas, conformément à l'article 10.2 des Conditions 188A et 574A de la CEE, "le constructeur peut inviter l'acheteur, par écrit, à prendre livraison dans un délai équitable. Si l'acheteur, pour une raison quelconque, ne s'exécute pas dans ce délai, le constructeur a le droit . . . de se dégager du contrat en ce qui concerne la partie du matériel dont, par suite de la défaillance de l'acheteur, il n'a pas été pris livraison . . .".

23. Les Conditions de la FIDIC accordent à l'entrepreneur le droit de mettre fin à ses obligations au titre du marché "au cas où l'Ingénieur ne fournit pas de certificat provisoire" (article 41.3 des Conditions FIDIC-TEM) ou "au cas où le Maître de l'ouvrage : . . . b) gêne ou entrave la délivrance d'un certificat de l'Ingénieur . . ." (article 51.1 des Conditions FIDIC-TEM).

24. Pour le dernier cas ci-dessus mentionné, l'article 69.(1) des Conditions FIDIC-TGC est libellé : "b) gêne ou entrave la délivrance d'un tel certificat, ou refuse toute approbation requise pour cette délivrance . . .".

25. Les modèles de contrats de l'ONUDI ne contiennent pas de dispositions analogues.

ii) Non-paiement

26. L'article 11.7 des Conditions 188A et 574A de la CEE donne à l'entrepreneur le droit de se dégager du contrat si l'acheteur n'a pas acquitté la somme due, dans le délai stipulé par les parties.

27. Aux termes des Conditions de la FIDIC, l'entrepreneur a le droit "de mettre fin à ses obligations au titre du marché", conformément à l'article 69.(1) des Conditions FIDIC-TGC (voir également l'article 51.1 des Conditions FIDIC-TEM) :

"Si le Maître d'ouvrage :

"a) Néglige de payer à l'Entrepreneur le montant dû au titre d'un certificat de l'Ingénieur dans un délai

de trente jours après que ce montant est dû selon les termes du Marché . . ."

2. Causes d'exonération

28. Outre la résiliation pour raison de contravention au contrat, les causes d'exonération constituent un des motifs les plus courants de résiliation d'un contrat de travaux. On peut distinguer deux cas : premièrement quand certaines circonstances rendent impossible la poursuite des travaux et deuxièmement quand les circonstances empêchent l'exécution des travaux pendant une certaine période. (Voir Deuxième partie, XIII, *Exonération*.)

29. En vertu de l'article 25.3 des Conditions 188A et 574A de la CEE, si des circonstances indépendantes de la volonté des parties ont des conséquences quant au délai d'exécution des obligations des parties et si "par suite de ces circonstances, l'exécution du contrat dans un délai raisonnable devient impossible . . . chacune des parties a le droit de se dégager du contrat . . .".

30. Les Conditions de la FIDIC ménagent également la possibilité de résilier le marché quand l'une des parties est empêchée de s'acquitter de ses obligations par suite d'une guerre (article 46.1 des Conditions FIDIC-TEM; article 65.(6) des Conditions FIDIC-TGC).

31. Sauf l'état de guerre mentionné ci-dessus, les conditions de la FIDIC ne prévoient aucune cause d'exonération permettant de résilier le marché.

32. Aux termes des modèles de contrats de l'ONUDI, l'acheteur peut résilier le contrat au cas où il aurait à faire face à des circonstances inéluctables et/ou indépendantes de sa volonté (article 33.1 du modèle ONUDI-CMF).

33. Pour le cas de force majeure, les modèles de contrats de l'ONUDI prévoient que l'une et l'autre des parties peuvent résilier le contrat (article 34.5 du modèle ONUDI-CMF).

3. Autres motifs de résiliation

34. Dans certaines formes de contrats examinés, d'autres motifs de résiliation sont également prévus. Ils ont trait à la situation financière de l'autre partie.

35. Les Conditions de la FIDIC traitent séparément le cas de la faillite de l'entrepreneur et celui de la faillite de l'acheteur. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC prévoit que l'acheteur peut expulser l'entrepreneur :

"si l'Entrepreneur tombe en faillite, ou fait l'objet d'une ordonnance de mise sous séquestre, ou dépose son bilan, ou conclut arrangement ou cession avec ses créanciers, ou accepte d'exécuter le Marché sous la surveillance d'un comité de ses créanciers, ou si, s'agissant d'une société, cette société est déclarée en liquida-

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3 (reproduit ci-dessus).

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add. 5 (reproduit ci-dessus).

tion (autre qu'une liquidation volontaire pour les besoins d'une fusion ou d'une opération de restructuration), ou si les biens de l'Entrepreneur font l'objet d'une saisie . . ."

36. L'article 45 des Conditions FIDIC-TEM emploie un libellé légèrement différent; il ne donne pas à l'acheteur le droit d'expulser l'entrepreneur mais stipule que :

"L'Employeur aura latitude de

"a) Mettre fin au marché . . . si l'Entrepreneur tombe en faillite, ou devient insolvable, ou fait l'objet d'une ordonnance de mise sous séquestre, ou compose avec ses créanciers, ou, étant une société, entame une liquidation, cette dernière n'étant pas une liquidation volontaire pour les besoins d'une fusion ou d'une opération de restructuration, ou poursuit ses affaires sous un administrateur légal dans l'intérêt de ses créanciers ou de l'un quelconque d'entre eux . . ."

37. D'autre part, l'entrepreneur a le droit de mettre fin à ses obligations au titre du marché, conformément à l'article 69.(1) des Conditions FIDIC-TGC,

"Si le Maître de l'ouvrage

". . .

"c) Tombe en faillite ou, s'il s'agit d'une société, entre en liquidation autrement que pour les besoins d'une opération de restructuration ou de fusion . . ."

38. Pour la même situation l'article 51.1 des Conditions FIDIC-TEM dispose que l'entrepreneur a le droit de "mettre fin à ses obligations au titre du Marché".

39. Le modèle ONUDI-CMF ne prévoit que les cas où l'entrepreneur est devenu insolvable ou est en faillite. L'article 33.7 permet alors à l'acheteur d'annuler le contrat.

40. Les Conditions de la FIDIC contiennent un autre motif de résiliation par l'entrepreneur dans une situation qui revient en fait à une résiliation par l'acheteur. L'article 69.(1) des Conditions FIDIC-TGC autorise l'entrepreneur à mettre fin à ses obligations au titre du Marché

"Si le Maître de l'ouvrage

". . .

"d) Notifie d'une manière formelle à l'Entrepreneur que, pour des raisons imprévues dues à un bouleversement économique, il lui est impossible de continuer à assumer ses obligations contractuelles . . ."

41. L'article 51.1 des Conditions FIDIC-TEM contient une disposition analogue qui ne prévoit toutefois pas de notification formelle à l'entrepreneur.

C. Délais de résiliation et procédure à suivre

42. Il a été précisé que dans les contrats de travaux pour la construction d'importants ouvrages industriels,

on n'envisage la résiliation que comme dernier recours en cas de contravention à un contrat. Les divers articles qui traitent des obligations des parties contiennent des dispositions invitant le créancier à accorder au débiteur des délais pour s'acquitter de ses obligations. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai de grâce que le créancier peut résilier le contrat.

43. Dans quelles limites de temps après écoulement de ce délai de grâce la partie qui s'estime lésée peut-elle résilier le contrat?

44. Certaines dispositions prévoient une résiliation immédiate dès que les motifs ont été établis. En revanche, dans deux cas de contravention au contrat de la part du constructeur ou de l'acheteur, les Conditions générales de la CEE autorisent la partie qui s'estime lésée à résilier le contrat sans mentionner de délai (articles 10.2 et 20.5 des Conditions 188A et 574A de la CEE).

45. Si l'acheteur ne s'est pas acquitté de la somme due, le constructeur a le droit "sur notification adressée en temps utile" de se dégager du contrat après le délai mentionné au paragraphe 26, *supra* (article 11.7 des Conditions 188A et 574A de la CEE).

46. La résolution du contrat "dans un délai raisonnable" est également prévue aux articles 49 et 64 de la Convention sur les contrats de vente. Une telle disposition peut sous-entendre que le créancier perd le droit de résilier le contrat après écoulement d'un "délai raisonnable".

47. En cas de clause d'exonération, il peut être mis fin au marché "à tout moment" conformément aux articles 46.1 des Conditions FIDIC-TEM et 65.(6) des Conditions FIDIC-TGC. (Une situation analogue est prévue dans l'article 33.1 du modèle ONUDI-CMF.)

48. Les Conditions FIDIC-TEM contiennent des dispositions différentes en cas de faillite. Si l'entrepreneur tombe en faillite ou devient insolvable, l'acheteur a la latitude "de résilier le marché *immédiatement*" (article 45) mais si l'acheteur tombe en faillite, l'entrepreneur peut moyennant un préavis de *quatorze jours* . . . annuler le marché" (article 51.1).²

49. Dans la FIDIC-TGC aucune distinction n'est faite, et, pour l'une et l'autre des parties, un préavis de quatorze jours est prévu pour résilier le marché en cas de faillite [articles 63.(1) et 69.(1)].³

50. L'observation d'un délai de quatorze jours est également prévue dans les Conditions de la FIDIC pour ce qui est de la résiliation (ou de l'expulsion, voir paragraphe 11, *supra*) dans la plupart des cas de contravention au contrat (articles 44.1 et 51.1 des Conditions

² Les raisons à la base de ces deux dispositions ne sont pas évidentes.

³ Les périodes mentionnées aux paragraphes 48 et 49 ne sont pas des délais de grâce.

FIDIC-TEM, articles 63.(1) et 69.(1) des Conditions FIDIC-TGC).⁴

51. Un mois de préavis est prévu dans l'article 41.3 des Conditions FIDIC-TEM au cas où l'ingénieur ne délivre pas un certificat provisoire.

52. Presque toutes les Conditions prévoient que la résiliation aura lieu par *notification écrite* à l'autre partie (par exemple articles 10.2, 11.7, 20.5 des Conditions 188A et 574A de la CEE et tous les articles pertinents des Conditions de la FIDIC).

53. Le modèle ONUDI-CMF prévoit une notification écrite en cas de résiliation (article 33.1 traitant des causes d'exonération), mais aucun préavis n'est exigible en cas d'annulation (article 33.7 relatif à une contravention au contrat de la part de l'entrepreneur).

54. Tous les divers articles des Conditions générales de la CEE relatives à une résiliation comportent la mention "*sans devoir demander la résiliation au tribunal*". Ce membre de phrase a été ajouté afin de satisfaire à la loi de certains pays (par exemple la France), où, faute d'une telle précision, la résiliation ne peut intervenir que par jugement d'un tribunal.

55. De même, l'article 33.7 du modèle ONUDI-CMF dispose que l'acheteur peut, "sans autre autorisation", annuler le contrat, libellé qui pourrait également viser à satisfaire certains systèmes juridiques.

56. Les Conditions de la FIDIC ne font aucune allusion à une autorisation d'un tribunal. Il convient toutefois d'appeler l'attention sur le fait que, en cas de défaillance de l'entrepreneur, les conditions prévoient que l'acheteur peut intervenir sur le chantier et en expulser l'entrepreneur sans pour autant annuler le marché. Cette différence, légère en fait mais nette en droit, serait très vraisemblablement interprétée par les tribunaux comme ne nécessitant pas leur autorisation.

D. Conséquences de la résiliation

57. D'une manière générale, une fois le contrat résilié, les parties doivent se retrouver dans la même situation qu'au moment où le contrat avait été conclu. Parfois, quand cela est impossible, la résiliation du contrat n'envisage que l'avenir. C'est cette dernière éventualité que l'on rencontre le plus souvent dans les contrats de travaux, vu leur nature même.

58. La résiliation mettant fin au contrat, il en résulte en général qu'on n'attend plus des deux parties qu'elles s'acquittent de leurs obligations en vertu du contrat.

L'article 81 de la Convention sur les contrats de vente dispose que :

"1) La résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations . . ."

59. Cependant, dans chaque contrat, il existe certaines dispositions que la résiliation ne doit pas annuler. La résiliation ne signifie pas que toutes les obligations au titre du contrat sont éteintes. Ainsi, l'article 81 de la Convention sur les contrats de vente ajoute que :

"(La résolution) n'a pas d'effets sur les stipulations du contrat relatives au règlement des différends ou aux droits et obligations des parties en cas de résolution."

60. En particulier, les parties ne sont pas relevées des obligations de payer les dommages qui pourraient être dus. L'article 27.1 des Conditions 188A et 574A de la CEE est ainsi conçu :

"La résiliation du contrat, pour quelque cause que ce soit, ne porte pas atteinte aux créances déjà échues entre les parties."

61. Pour ce qui est des autres conséquences d'une résiliation, les différentes formes de contrats examinées font une distinction selon que la résiliation est due à une contravention au contrat ou à des causes d'exonération.

1. Contravention au contrat

62. L'article 20.5 des Conditions 188A et 574A de la CEE dispose comme suit en cas de non-achèvement des travaux :

"... l'acheteur a le droit . . . de se dégager du contrat . . . et de recevoir alors du constructeur réparation du préjudice que cette inexécution lui a causé à concurrence de . . . ou . . . à concurrence de la valeur, déterminée sur la base du contrat, de la partie de l'ouvrage qui, par suite de la défaillance du constructeur, n'a pu être utilisée comme il était prévu."

63. L'article 31.2 des Conditions FIDIC-TEM emploie des termes analogues en cas de retard prolongé de la part de l'entrepreneur.

64. Ainsi qu'il a été rappelé précédemment, en vertu des Conditions de la FIDIC, quand l'entrepreneur est défaillant, le Maître de l'ouvrage peut intervenir sur le chantier et faire achever les travaux. Le libellé des deux types de conditions varie légèrement mais le résultat est tout à fait identique. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC dispose, en cas de défaillance de l'entrepreneur, que :

"Le Maître de l'ouvrage peut . . . intervenir sur le chantier et les travaux et en expulser l'Entrepreneur sans pour autant annuler le marché ou relever l'Entrepreneur de ses obligations ou responsabilités au titre du marché ou affecter les droits et pouvoirs conférés au Maître de l'ouvrage ou à l'Ingénieur par le marché; il peut lui-même achever les travaux ou peut employer

⁴ Les délais mentionnés aux paragraphes 50 et 51 ont l'effet d'un délai de grâce.

tout autre entrepreneur pour achever les travaux. Le Maître de l'ouvrage ou cet autre entrepreneur peut utiliser pour cet achèvement la partie appropriée, selon eux, de matériel de construction, de travaux provisoires et de matériaux réputés réservés exclusivement pour l'exécution des travaux selon les stipulations du marché; le Maître de l'ouvrage peut à tout moment vendre une partie quelconque de ces matériels de construction, travaux provisoires et matériaux inutilisés et compenser le produit de la vente avec toutes sommes qui lui sont dues ou qui pourraient lui devenir dues par l'Entrepreneur au titre du marché."

65. Les Conditions FIDIC-TGC expliquent ensuite comment divers problèmes sont résolus si l'employeur intervient sur le chantier et expulse l'entrepreneur. Elles sont ainsi libellées :

Article 63.(2) : "L'Ingénieur doit, aussitôt que possible après cette intervention et cette expulsion par le Maître de l'ouvrage, à la demande d'une partie et sans consulter l'autre ou bien après avoir consulté les deux parties, ou bien après telle investigation ou telles enquêtes qu'il aura jugées utiles de faire ou de provoquer, déterminer et certifier le montant éventuel, auquel lors de cette intervention ou de cette expulsion, l'Entrepreneur avait raisonnablement droit ou qui devait raisonnablement revenir à l'Entrepreneur en rémunération du travail alors réellement exécuté par lui au titre du marché; il doit éventuellement certifier en outre la valeur des matériaux susmentionnés, utilisés en tout ou en partie et du matériel de construction et des travaux provisoires.

Article 63.(3) : "Si le Maître de l'ouvrage intervient et expulse l'Entrepreneur en application du présent article, il n'est pas obligé de lui payer une quelconque somme au titre du marché avant l'expiration de la période d'entretien et ensuite avant que les coûts de l'exécution et de l'entretien, les indemnités de retard éventuelles et toutes les autres dépenses encourues par le Maître de l'ouvrage n'aient été évalués et leur montant certifié par l'Ingénieur. L'Entrepreneur a alors le droit de recevoir seulement la somme éventuelle, dont l'Ingénieur certifie qu'elle lui aurait été payable après le bon achèvement des travaux et après déduction dudit montant. Si ce montant excède la somme qui aurait été payable à l'Entrepreneur après l'achèvement des travaux, l'Entrepreneur doit, sur demande, payer au Maître de l'ouvrage le montant de cet excédent, et ce montant est réputé être une dette de l'Entrepreneur envers le Maître de l'ouvrage et, en conséquence, recouvrable."

66. En vertu de l'article 33.7 du modèle ONUDI-CMF, en cas de défaillance de l'entrepreneur "l'ACHETEUR peut, . . . annuler le Contrat et reprendre à l'ENTREPRENEUR tout ou partie du présent Contrat et/ou des travaux que l'ENTREPRENEUR doit exécuter et re-

courir aux moyens qu'il juge appropriés pour mener à bon terme l'exécution du présent Contrat et/ou des travaux."

67. Au cas où le contrat est annulé et où les travaux sont repris à l'entrepreneur, l'article 33 du modèle ONUDI-CMF dispose que :

"33.8 : Au cas où le présent Contrat ou l'une quelconque de ses parties a été repris à l'ENTREPRENEUR . . . ce dernier n'a droit . . . à aucun autre paiement, y compris les paiements exigibles mais non réglés, et l'obligation faite à l'ACHETEUR d'effectuer les paiements visés s'éteint; l'ENTREPRENEUR sera en outre tenu de régler les frais et/ou les dommages prévus dans le Contrat . . .

"33.9 : Au cas où le présent Contrat ou l'une quelconque de ses parties a été repris à l'ENTREPRENEUR . . . et par la suite achevé par l'ACHETEUR . . . ce dernier déterminera, le cas échéant, le montant des sommes retenues et des créances détenues par l'ENTREPRENEUR, qui n'étaient pas réglées au moment de la reprise des travaux à ce dernier, et que l'ACHETEUR juge ne pas lui être nécessaires aux fins du présent Contrat, et, . . . l'ACHETEUR, s'il estime qu'il n'en résultera pour lui aucun préjudice financier, autorisera le paiement de cette somme à l'ENTREPRENEUR.

"33.10 : La reprise du présent Contrat, ou de l'une quelconque de ses parties, à l'ENTREPRENEUR conformément au présent article, n'a pas pour effet de décharger ou d'exonérer l'ENTREPRENEUR de l'une quelconque des obligations qui lui incombent aux termes du présent Contrat ou qui lui sont imposées par la loi.

"33.11 : Si le Contrat, les travaux, ou une partie quelconque de celui-ci est retiré des mains de l'ENTREPRENEUR conformément au présent article, tous les matériels, usines et intérêts de l'ENTREPRENEUR, acquis, employés ou fournis par l'ENTREPRENEUR aux fins du Contrat, qu'il s'agisse de biens réels, de licences, de pouvoirs ou de privilèges, deviendront propriété de l'ACHETEUR et, sans modifier toutefois les responsabilités ou obligations de l'ENTREPRENEUR ou les droits de l'ACHETEUR imposés, conférés ou envisagés par toute autre disposition quelconque du Contrat, l'ACHETEUR pourra notamment, à sa discrétion, utiliser le matériel ou vendre ou de quelque autre manière liquider par vente aux enchères publiques, par vente privée ou d'autre manière, tout ou partie dudit matériel ou de ladite usine au (ou aux) prix qu'il pourra estimer raisonnables et garder le produit de la vente ou de la liquidation ainsi que toutes les autres sommes dont l'ACHETEUR est, alors ou par la suite, redevable à l'ENTREPRENEUR, le tout devant compenser, en totalité ou partiellement (selon

le cas) les pertes ou dommages que l'ACHETEUR a subis ou pourrait subir pour les raisons précitées.

"33.12 : Sous réserve de l'article 33.11 ci-dessus, si l'ACHETEUR estime que l'un quelconque des intérêts qu'il détient sur les biens en vertu de l'application dudit article 33.11 n'est plus nécessaire aux fins du Contrat et qu'il n'est pas dans son intérêt de le conserver, ledit intérêt sur notification écrite en ce sens adressée par l'ACHETEUR à l'ENTREPRENEUR deviendra propriété de l'ENTREPRENEUR."

68. En revanche, au cas où l'entrepreneur résilie le contrat, les conséquences envisagées dans les diverses Conditions sont différentes.

69. Dans ce cas, l'entrepreneur, en vertu de l'article 51.2 des Conditions FIDIC-TEM, "après avoir donné ladite notification . . . doit enlever, avec toute la célérité raisonnable, tout le matériel de construction apporté par lui sur le chantier." L'article 69.(2) des Conditions FIDIC-TGC contient une disposition analogue.

70. L'article 51.3 de Conditions FIDIC-TEM dispose que "dans le cas où le marché a ainsi pris fin, le Maître de l'ouvrage a les mêmes obligations à l'égard de l'Entrepreneur en matière de paiement que si le marché avait pris fin en application de l'article 46 (Cas de guerre) des présentes; mais en plus des paiements spécifiés à l'article 46.3 des présentes, le Maître de l'ouvrage doit payer à l'Entrepreneur le montant de toute perte ou dommage raisonnables subis par l'Entrepreneur découlant ou en conséquence d'une telle fin ou en relation avec elle". (La position de l'article 60.(3) des Conditions FIDIC-TGC est identique.)

71. La résiliation du contrat par l'entrepreneur du fait d'une contravention au contrat commise par l'acheteur ne prive pas l'entrepreneur de l'un quelconque de ses droits déjà acquis. Ainsi, l'article 51.4 des Conditions FIDIC-TEM dispose que :

"Le présent article ne modifie en rien le droit de l'entrepreneur d'exercer, soit au lieu soit en outre des droits et recours qui y sont spécifiés, tous autres droits et recours auxquels l'entrepreneur peut prétendre."

72. En vertu des Conditions générales de la CEE, si l'entrepreneur résilie le contrat pour contravention au contrat commise par l'acheteur, l'entrepreneur a droit à des dommages-intérêts. Les Conditions générales semblent toutefois postuler que les parties sont convenues d'en limiter le montant.

73. L'article 10.2 des Conditions 188A et 574A de la CEE accorde à l'entrepreneur le droit "de se dégager du contrat . . . et de recevoir alors (de l'acheteur) réparation du préjudice que cette inexécution lui a causé . . . ou . . . à concurrence de la valeur, déterminée sur la base du contrat, de la partie du matériel en cause."

74. En cas de non-paiement, conformément à l'ar-

ticle 11.7 des Conditions 188A et 574A de la CEE "le constructeur a le droit . . . de se dégager du contrat et de recevoir de l'acheteur réparation du préjudice . . .".

75. Aussi longtemps qu'il n'y a pas eu assemblage ou montage sur le chantier et que seul du matériel a été fourni, on pourrait fort bien tenir compte, pour les contrats de travaux, des dispositions ci-après de la Convention sur les contrats de vente :

Article 81 : "(2) La partie qui a exécuté le contrat totalement ou partiellement peut réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat. Si les deux parties sont tenues d'effectuer des restitutions, elles doivent y procéder simultanément."

Article 84 : "(1) Si le vendeur est tenu de restituer le prix, il doit aussi payer des intérêts sur le montant de ce prix à compter du jour du paiement.

"(2) L'acheteur doit au vendeur l'équivalent de tout profit qu'il a retiré des marchandises ou d'une partie de celles-ci :

"a) Lorsqu'il doit les restituer en tout ou en partie; ou

"b) Lorsqu'il est dans l'impossibilité de restituer tout ou partie des marchandises ou de les restituer en tout ou en partie dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues et que néanmoins il a déclaré le contrat résolu ou a exigé du vendeur la livraison de marchandises de remplacement."

2. Causes d'exonération

76. Si le contrat est résilié par suite de circonstances indépendantes de la volonté des parties, l'article 25.4 des Conditions 188A et 574A de la CEE dispose que "la répartition des frais engagés pour l'exécution (du contrat) sera établie par accord amiable entre les deux parties".

77. Faute d'accord amiable, l'article 25.5 dispose que : "Il appartient à l'arbitre saisi du différend de dire quelle est la partie qui s'est trouvée empêchée d'exécuter ses obligations, et cette partie doit rembourser à l'autre le montant desdits frais . . . Si l'arbitre décide que les deux parties ont été empêchées d'exécuter leurs obligations, il répartit les frais entre elles de la manière qu'il estime juste et raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce."

78. Une formule est prévue à l'article 25.7 pour aider l'arbitre à répartir les sommes dues :

"Seront portées au crédit de l'acheteur, en déduction des frais engagés par le constructeur, toutes les sommes versées par l'acheteur au constructeur, ou qu'il doit verser à ce dernier aux termes du contrat. Seront portées au crédit du constructeur, en déduction des frais engagés par l'acheteur, la part du prix stipulé au contrat qui correspond effectivement au matériel

livré à l'acheteur ou, s'il s'agit d'un matériel incomplet, la valeur de ce matériel dans son état incomplet. Dans les deux cas, il sera tenu compte de tous travaux effectués lors du montage de ce matériel."

79. Si la somme à porter au crédit de la partie défaillante dépasse le montant desdits frais, cette partie est en droit de se faire rembourser le surplus. "On entend par 'frais' les débours effectifs raisonnablement engagés après que chaque partie aura réduit, dans la mesure du possible, les pertes subies par elle, toutefois, en ce qui concerne le matériel livré à l'acheteur, on considère comme frais du constructeur la part du prix payable en vertu du contrat qui correspond normalement à ce matériel, compte tenu de tous travaux effectués lors du montage de ce matériel" (article 25.6 des Conditions 188A et 574A de la CEE).

80. Les Conditions de la FIDIC traitent comme suit les conséquences d'une résiliation pour cause de guerre. L'article 46 des conditions FIDIC-TEM dispose que :

"46.2 . . . l'Entrepreneur doit avec toute la célérité raisonnable enlever du chantier tout le matériel de construction et donner des facilités comparables à ses sous-traitants pour faire de même.

"46.3 Si le marché prend fin comme il a été dit précédemment, le Maître de l'ouvrage doit régler l'Entrepreneur pour tout travail exécuté avant la date à laquelle le marché a pris fin (dans la mesure où le paiement de ce travail n'aura pas déjà été couvert par des acomptes) et aux taux et prix stipulés dans le marché, plus :

"a) Les montants payables au titre des frais généraux précisés dans le devis quantitatif, pour autant que le travail ou le service couvert par ces postes ait été exécuté ou accompli, ou une due proportion de ces frais généraux telle que certifiée par l'Ingénieur lorsque le travail ou le service couvert par ces postes a été partiellement exécuté ou accompli.

"b) Le coût des matériaux ou des biens raisonnablement commandés pour les travaux qui ont été livrés à l'Entrepreneur ou dont l'Entrepreneur est juridiquement obligé d'accepter la livraison; ces matériaux ou ces biens deviennent la propriété du Maître de l'ouvrage dès qu'il a effectué ces paiements.

"c) Une somme certifiée par l'Ingénieur comme étant le montant des dépenses raisonnablement supportées par l'Entrepreneur pour achever la totalité des travaux et pour autant que ces dépenses n'aient pas été couvertes par les paiements précédemment mentionnés dans le présent alinéa.

"d) Le coût raisonnable de l'enlèvement du matériel de construction en application de l'alinéa 2 du présent article et, si cela est exigé par l'Entrepreneur, du retour de ce matériel dans le dépôt principal de l'Entrepreneur dans son pays de domiciliation ou vers toute

autre destination pour autant que le coût n'en soit pas plus élevé.

"e) Le coût raisonnable de rapatriement de l'ensemble du personnel et des ouvriers de l'Entrepreneur employés aux travaux ou en rapport avec ceux-ci au moment où le marché a pris fin.

"Il est toutefois entendu que le Maître de l'ouvrage a le droit de compenser tout paiement dû par lui en vertu du présent alinéa avec le montant de tout solde dû et impayé par l'Entrepreneur au titre d'avances sur la construction et les matériaux et avec toute autre somme déjà versée par le Maître de l'ouvrage à l'Entrepreneur pour l'exécution des travaux."

81. L'article 65 (8) des Conditions FIDIC-TGC est libellé de manière identique avec toutefois une légère différence au dernier paragraphe :

"Il est toutefois entendu que le Maître de l'ouvrage a le droit de compenser tout paiement dû par lui en vertu du présent alinéa avec le montant de tout solde dû et impayé par l'Entrepreneur au titre d'avances sur le matériel de construction et les matériaux et avec toutes autres sommes qui, à la date où le marché a pris fin, étaient récupérables par le Maître de l'ouvrage auprès de l'Entrepreneur en vertu des termes du Marché."

82. Les modèles de contrats de l'ONUDI disposent que, pour le cas où l'acheteur résilie le contrat par suite des circonstances inéluctables et/ou indépendantes de sa volonté (par exemple à l'article 33 du modèle ONUDI-CMF) : l'entrepreneur cessera immédiatement toutes les opérations et l'acheteur paiera à l'entrepreneur une somme égale au plus élevé des montants ci-après :

Article 33.3.1 : "Le prix des travaux fournis ou effectués par l'ENTREPRENEUR à la date de la résiliation, déduction faite de toutes les sommes déjà versées à l'ENTREPRENEUR par l'ACHETEUR et de toutes les sommes que l'ENTREPRENEUR pourrait être tenu de verser à l'ACHETEUR en vertu du Contrat, ou dont il pourrait lui être redevable ou encore que l'ACHETEUR lui réclamerait à titre de dommages-intérêts conformément à d'autres articles du Contrat, et

Article 33.3.2 : "La somme, calculée d'après les Conditions de paiement, qui aurait dû légitimement être versée à l'ENTREPRENEUR à la date de la résiliation, à condition qu'il se soit en fait acquitté de ses obligations contractuelles à cette date, sans préjudice des droits de l'ACHETEUR tels qu'ils sont expressément prévus dans le Contrat."

83. Si l'acheteur résilie le contrat en raison desdites circonstances, il n'a pas seulement des obligations envers l'entrepreneur mais, conformément à l'article 33.5 du modèle ONUDI-CMF, il acquiert certains droits comme :

" . . . d'obtenir de l'ENTREPRENEUR, si ce dernier est également détenteur de licence, la documentation

concernant le savoir-faire et les études de base . . . tous les documents concernant les études techniques détaillées, les calculs, les imprimés-machine et autres documents y afférents, dans l'état à la date de résiliation . . . les listes de tous les matériels pour lesquels des commandes ont été passées ainsi que tous les doubles des commandes d'achat pour les parties de l'usine fournies ou non . . . prendre livraison de tous les matériels . . . et recevoir les documents d'expédition correspondants . . . recevoir la documentation complète ou incomplète concernant les travaux et les services . . . prendre possession des travaux, y compris tous les travaux exécutés sur le chantier à la date de résiliation . . . recevoir tous les doubles de tous les dessins détaillés des ouvrages de génie civil, des tuyauteries, des instruments, de l'agencement et du montage."

3. *Autres motifs de résiliation*

84. La résiliation par une des parties à la suite de la détérioration de la situation financière de l'autre partie est généralement traitée de la même manière que la résiliation pour contravention au contrat. Par exemple, l'article 45 des Conditions FIDIC-TEM dispose que si l'Entrepreneur tombe en faillite ou devient insolvable, l'acheteur a le droit de résilier le marché et d'agir de la même manière que dans le cas d'une défaillance de l'Entrepreneur.

85. L'article 63.(1) des Conditions FIDIC-TGC où la conséquence de la faillite n'est pas la résiliation mais l'expulsion de l'entrepreneur traite ce cas de la même manière qu'une contravention au contrat commise par l'entrepreneur.

86. Dans l'une et l'autre Conditions de la FIDIC si l'acheteur tombe en faillite l'entrepreneur peut résoudre le marché et les conséquences sont les mêmes qu'en cas de non-paiement (article 51 des Conditions FIDIC-TEM, article 69 des Conditions FIDIC-TGC). De même, les modèles de contrats de l'ONUDI traitent de la question de la faillite de l'entrepreneur comme s'il s'agissait d'une contravention au contrat (article 33.7 du modèle ONUDI-CMF).

XVIII. LÉGISLATION APPLICABLE

A. *Remarques générales*

87. Dans les contrats de travaux, les parties ont toujours intérêt à veiller à ce que leurs droits et leurs obligations soient aussi certains et prévisibles que possible. A cet effet et pour réduire au minimum les risques de différends, les documents contractuels contiennent généralement une description détaillée de l'ensemble des travaux à exécuter. Il n'en reste pas moins que des différends peuvent se produire et qu'ils doivent être résolus dans le cadre d'un ou plusieurs systèmes juridiques. En stipulant

dans le contrat quelle est la législation applicable, les parties augmentent leurs chances d'éviter que les tribunaux ne se trouvent placés devant un choix difficile de problèmes juridiques.

88. La construction de grands ouvrages industriels s'étend sur une période de temps relativement longue et toute modification de la législation applicable peut entraîner des conséquences que les parties n'avaient pas prévues. En raison de ces difficultés, les parties devraient s'efforcer de réduire au minimum les risques de recours à la législation applicable en stipulant aussi complètement et clairement que possible leurs droits et leurs obligations. Le paragraphe 45 du Guide de la CEE préconise :

" . . . Il peut . . . être recommandé aux parties . . . de rédiger les contrats de façon suffisamment précise et détaillée pour qu'à l'occasion d'un litige le recours à une loi nationale ne devienne indispensable que dans des cas exceptionnels."

B. *Choix de la législation applicable*

89. Diverses considérations telles que la familiarité des parties avec la législation d'un pays donné et la confiance qu'elles ont en elle peuvent influencer sur le choix de la loi applicable par les parties. Les parties sont susceptibles de choisir une des législations ci-après : la législation du pays où l'ouvrage doit être construit, la législation du pays de l'entrepreneur ou la législation d'un pays tiers.

90. L'article 36.1 du modèle ONUDI-CR expose quelques possibilités :

"Les lois applicables au Contrat seront les lois en vigueur dans le (*pays neutre*) ou les lois en vigueur dans (*le pays d'implantation des installations*) ou seront celles convenues de toute autre manière par les parties conformément aux lois du pays où les installations sont implantées."

Le modèle ONUDI-SCM et le modèle ONUDI-CMF comportent des dispositions identiques.

91. La contre-proposition ne préconise aucune législation et laisse le choix aux parties :

Article 31.6 : "Les lois applicables au Contrat seront . . ."

92. Les Conditions FIDIC-TGC et les Conditions FIDIC-TEM précisent que les parties doivent indiquer la législation applicable. L'article 5.1 des Conditions FIDIC-TGC dispose que doit être indiqué dans la deuxième partie des Conditions :

"Le pays ou l'Etat dont le droit régit le marché et selon lequel le marché doit être interprété."

93. Aux termes des Conditions générales 188A/574A de la CEE, c'est la loi du constructeur qui est stipulée, avec toutefois une réserve. L'article 28.2 dispose que :

“Sauf convention contraire le contrat est régi par la loi du constructeur dans la mesure où le permet la loi du pays où l'ouvrage est exécuté.”

94. Le fait que la législation applicable est stipulée par les parties ne signifie pas qu'elle sera toujours appliquée par les tribunaux devant lesquels l'action est intentée. La *lex fori* peut restreindre la liberté des parties de choisir la législation applicable.

C. Règles juridiques supplémentaires

1. Droit administratif et droit interne

95. L'exécution d'un contrat de travaux est une entreprise complexe qui porte notamment sur la fourniture de matériel et de machines, la construction des ouvrages, le transfert des techniques et les modalités d'accord de licences. Ces opérations supposent souvent l'observation de diverses lois et règlements dans le pays de l'entrepreneur et dans celui de l'acheteur qui dépendent particulièrement de la politique économique et sociale des gouvernements. Les conditions imposées par la législation nationale applicable dans les domaines des droits de propriété, des brevets, des règlements de sécurité, du travail et des changes peuvent influencer sur l'exécution du contrat.

96. Souvent, les parties prévoient les effets du droit interne sur leurs obligations contractuelles et prennent des dispositions en conséquence. Dans les formes de contrats considérés, il existe des dispositions expresses qui mettent à la charge de l'entrepreneur le soin de se conformer aux lois en vigueur. L'article 26 des Conditions FIDIC-TGC précise que :

“1) L'Entrepreneur doit fournir toutes déclarations et payer tous droits exigés se rapportant à la réalisation des travaux en vertu de toute loi, ordonnance, ou autre disposition nationale ou étatique ou bien en application de la réglementation d'une autorité locale ou d'une autre autorité régulièrement constituée ou des règles de tous organismes et sociétés publics dont les biens ou droits sont affectés ou susceptibles de l'être d'une manière quelconque par les travaux.

“2) L'Entrepreneur doit respecter en tous points les dispositions de toute loi, ordonnance ou autre disposition nationale, comme indiqué ci-dessus et les réglementations de toute autorité locale ou autre autorité régulièrement constituée qui sont applicables aux travaux, ainsi que les règles des organismes et sociétés publics comme indique ci-dessus, et doit indemniser le Maître de l'ouvrage de toutes pénalités et responsabilités de toute sorte découlant de la violation de ces lois, ordonnances, dispositions et réglementations.”

97. Si l'observation de la loi exige que l'entrepreneur verse des droits, ce dernier a le droit d'être remboursé. L'article 26.3 des Conditions FIDIC-TGC dispose que :

“Le Maître de l'ouvrage doit rembourser à l'Entrepreneur ou le créditer de toutes les sommes certifiées par l'Ingénieur comme valablement dues et payées par l'Entrepreneur au titre de ces droits.”

98. Dans les Conditions FIDIC-TEM, le libellé est légèrement différent mais l'effet pratique est le même. L'article 18.1 précise que :

“L'Entrepreneur, pour toutes les questions découlant de l'exécution du marché, doit respecter en tous points les dispositions de toute loi, ordonnance, ou autre disposition nationale ou étatique, ou tout autre loi, règlement ou réglementation d'une autorité locale ou d'une autre autorité régulièrement constituée qui affectent l'Entrepreneur dans l'exécution des obligations qu'il a contractées en vertu du Marché et indemniser le Maître de l'ouvrage pour toute pénalisation et responsabilité encourue pour violation de la loi, ordonnance, disposition, règlement ou réglementation d'une autorité locale.”

99. Aux termes des Conditions générales 188A/574A de la CEE, la responsabilité qu'a l'entrepreneur d'observer la loi applicable à l'ouvrage est formulée implicitement. L'article 5.1 précise que :

“Si le constructeur le demande, l'acheteur l'aidera dans toute la mesure du possible à obtenir les renseignements nécessaires sur les lois et règlements locaux applicables à l'ouvrage et aux impôts et taxes y afférents.”

100. Les modèles de contrats de l'ONUDI conviennent expressément l'entrepreneur à observer toutes les lois qui peuvent être applicables non seulement aux travaux mais encore d'une manière générale. L'article 36.2 du modèle ONUDI-CR précise que :

“L'ENTREPRENEUR, son personnel et ses représentants observeront tous les codes, lois et règlements en vigueur dans le pays de l'ACHETEUR et dans la région où les installations sont implantées”.

2. Notification de la législation applicable aux travaux

101. Les travaux de construction sont souvent soumis à tout un ensemble de règlements administratifs locaux qui influent sur leur exécution. L'approbation du plan de travail par les autorités locales peut être soumise à des restrictions relatives aux exigences en matière de santé, de main-d'oeuvre et de sécurité. Il peut même y avoir des conditions relatives au matériel, aux matériaux et à la qualité des prestations de l'ouvrage. La difficulté en l'occurrence est généralement que l'entrepreneur connaît mal la législation locale.

102. Dans certaines des formes de contrats considérés, la partie qui est le plus au courant de la législation locale est tenue d'informer l'autre partie des dispositions des lois et des règlements locaux. Fréquemment, c'est à

l'acheteur qu'incombe l'obligation d'informer. L'article 18.2 des Conditions FIDIC-TEM dispose que :

"le Maître de l'ouvrage prêtera son assistance à l'Entrepreneur afin que ce dernier puisse bien connaître et respecter la nature et le domaine d'application des lois, règlements, décrets ou règlements des autorités locales ayant force de loi dans le pays où l'installation doit être construite et qui pourraient gêner l'Entrepreneur dans l'exécution des obligations qu'il a contractées au titre du marché et, si demande lui est faite, en obtiendra des exemplaires pour l'Entrepreneur aux frais de ce dernier".

103. Aux termes des Conditions FIDIC-TGC, l'acheteur n'est pas tenu de prêter son assistance à l'Entrepreneur.

104. Les modèles de contrats de l'ONUDI n'imposent pas à l'acheteur l'obligation d'informer l'entrepreneur des lois locales applicables; l'acheteur est toutefois tenu de fournir à l'entrepreneur les permis, approbations et licences requis par l'autorité locale. L'article 5.15 du modèle ONUDI-CR dispose que :

"l'ACHETEUR obtiendra des autorités locales et/ou nationales et mettra à la disposition de l'ENTREPRENEUR tous les permis/approbations et/ou licences nécessaires pour l'exécution du Contrat, y compris les licences d'importation, les visas pour le personnel de l'ENTREPRENEUR, les permis d'entrée, etc."

105. Aux termes de l'article 5.1 des Conditions 188A/574A de la CEE l'entrepreneur peut demander à l'acheteur de l'aider à obtenir des renseignements sur les lois et règlements locaux applicables à l'ouvrage.

D. Modifications ultérieures des lois

106. Même quand les parties ont tenu compte des incidences de la législation existante, leurs attentes peuvent être déçues par suite de modifications ultérieures des lois applicables. De telles modifications de lois peuvent de fait rendre l'exécution du contrat particulièrement difficile. (Pour les effets de cette situation sur les obligations des parties, voir Deuxième partie, XIV, *Renégociation*.)

107. Les Conditions de la FIDIC prévoient une révision du prix du marché pour tenir compte de modifications de la loi qui pourraient être préjudiciables à son exécution. L'article 70(2) des Conditions FIDIC-TGC dispose que :

"2) Si, après la date qui se situe trente jours avant la date limite pour la remise des offres pour les travaux, surviennent dans le pays dans lequel les travaux sont exécutés ou doivent être exécutés des modifications à toute loi nationale ou étatique, ordonnance, décret ou autre réglementation,

ou arrêté de toute autorité locale ou de toute autre autorité régulièrement constituée, ou si une telle loi étatique, ordonnance, décret, législation, réglementation ou arrêté entre en vigueur, s'il en résulte pour l'Entrepreneur une augmentation ou une réduction du coût d'exécution des travaux . . . cette augmentation ou réduction de coût doit être certifiée par l'Ingénieur et doit être payée par ou créditée au Maître de l'ouvrage et le prix du Marché doit être ajusté en conséquence."

108. Tous les modèles de contrats de l'ONUDI comportent également des dispositions pour tenir compte des modifications des lois qui pourraient être préjudiciables à l'exécution des travaux. L'article 36.2 du modèle ONUDI-CR dispose que :

". . . En cas de promulgation, après la date d'entrée en vigueur du présent Contrat . . . de codes, lois ou règlements (qui seraient manifestement préjudiciables aux obligations incombant à l'ENTREPRENEUR, aux travaux, aux prix et/ou aux calendriers visés dans le présent Contrat), l'ACHETEUR devra soit :

"36.2.1 Obtenir des autorités compétentes des dérogations appropriées en faveur de l'ENTREPRENEUR, soit

"36.2.2 Négocier avec l'ENTREPRENEUR les modifications appropriées à apporter aux travaux à effectuer en vertu du Contrat ainsi que les changements de prix pour tenir dûment compte des augmentations prévues . . ."

109. Dans la contre-proposition, le point pris comme référence pour les modifications apportées à la loi en vigueur est la date d'envoi de l'appel d'offres.

110. Aux termes des Conditions générales 188A/574A de la CEE, il existe également une disposition permettant d'ajuster convenablement le prix du contrat. L'article 5.2 dispose que :

"Si, par suite d'un amendement à ces lois ou règlements, postérieur à l'offre, le coût du montage se trouve modifié, le montant de cette modification sera, selon le cas, ajouté au prix ou déduit de celui-ci."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.8]*

Troisième partie

LISTE DES QUESTIONS QUE LE GROUPE DE TRAVAIL POURRAIT ÉTUDIER

A. Introduction

1. Les questions générales relatives aux travaux futurs du Groupe de travail ont déjà été décrites dans la

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.5 (reproduit ci-dessus).

* 12 mai 1981.