



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE



Dist. GENERALE

A/CN.9/259

31 octobre 1984

FRANCAIS

Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Dix-huitième session
Vienne, 3-21 juin 1985

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DU NOUVEL ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL

(Vienne, 10-20 septembre 1984)

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 11	2
NATURE ET QUALITE DES INSTALLATIONS	12 - 35	4
ACHEVEMENT, RECEPTION ET PRISE EN CHARGE	36 - 62	7
REPARTITION DU RISQUE DE PERTE OU DE DOMMAGES	63 - 75	11
DOMMAGES-INTERETS	76 - 84	13
CLAUSES DE DOMMAGES-INTERETS LIBERATOIRES ET CLAUSES PENALES	85 - 99	15
ASSURANCES	100 - 113	18
SOUS-TRAITANCE	114 - 132	20
GARANTIE DE BONNE EXECUTION	133 - 152	24
QUESTIONS DIVERSES ET TRAVAUX FUTURS	153 - 154	28
Notes		29

INTRODUCTION

1. A sa onzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé d'inscrire à son programme de travail une question intitulée "Incidences juridiques du nouvel ordre économique international" et a créé un groupe de travail chargé de l'étudier 1/. A sa douzième session, la Commission a désigné les Etats membres dont se composerait le Groupe de travail 2/. A sa treizième session, la Commission a décidé que le Groupe de travail serait composé de tous les Etats membres de la Commission 3/, c'est-à-dire des 36 Etats suivants : Algérie, Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Brésil, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Guatemala, Hongrie, Inde, Iraq, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pérou, Philippines, République centrafricaine, République démocratique allemande, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Suède, Tchécoslovaquie, Trinité-et-Tobago, Union des Républiques socialistes soviétiques et Yougoslavie.
2. A sa première session, le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'inscrire notamment à son programme de travail la question de l'harmonisation, de l'unification et de l'examen des clauses couramment stipulées dans les contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel 4/. A sa treizième session, la Commission a convenu d'accorder la priorité aux travaux relatifs à ces contrats et prié le Secrétaire général de réaliser une étude sur les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels 5/.
3. L'étude 6/ établie par le secrétariat a été examinée par le Groupe de travail à ses deuxième et troisième sessions 7/. A sa troisième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat, conformément à une décision prise par la Commission à sa quatorzième session 8/, de commencer la rédaction d'un guide juridique des clauses relatives aux contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels 9/. Ce guide juridique devrait recenser les questions juridiques qui se posent et proposer des solutions possibles pour aider les parties, notamment des pays en développement, dans leurs négociations 10/.
4. A sa quatrième session, le Groupe de travail a examiné un projet d'esquisse de la structure du guide ainsi que des projets de chapitres types établis par le secrétariat 11/ et il a prié le secrétariat de poursuivre sans délai l'établissement du guide juridique 12/. A sa cinquième session, le Groupe de travail a examiné certains autres projets de chapitres, ainsi qu'une note sur la présentation du guide 13/. On est dans l'ensemble convenu que les travaux sur le guide juridique devraient progresser aussi rapidement que possible et qu'à chaque fois que cela serait possible, le Groupe de travail devrait tenir deux sessions par an, afin de diligenter les travaux 14/.
5. Le Groupe de travail a tenu sa sixième session à Vienne, du 10 au 20 septembre 1984. Tous les membres du Groupe de travail étaient représentés à cette session, à l'exception des pays suivants : Algérie, Cuba, Chypre, Guatemala, Hongrie, Inde, Nigéria, République centrafricaine, République-Unie de Tanzanie, Sénégal, Sierra Leone, Singapour et Trinité-et-Tobago.
6. Etaient également présents à la sixième session des observateurs des Etats suivants : Arabie saoudite, Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Equateur, Finlande, Indonésie, Pays-Bas, Qatar, République de Corée, République dominicaine, Saint-Siège, Suisse, Thaïlande et Venezuela.

7. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont également participé à la session :

- a) Organismes de l'ONU
Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
- b) Organisations intergouvernementales
Comité consultatif juridique afro-asiatique, Commission des communautés européennes
- c) Organisations internationales non gouvernementales
Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale, Fédération internationale des ingénieurs-conseils et Organisation internationale pour le progrès

8. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Leif SEVON (Finlande)*
Rapporteur : Mme Jelena VILUS (Yougoslavie)

9. Le Groupe de travail était saisi, pour examen, des projets de chapitres suivants du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : "Dommages-intérêts" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4), "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5), "Nature et qualité des installations" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1), "Achèvement, réception et prise en charge" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), "Répartition du risque de perte ou de dommages" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3), "Assurances" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4), "Sous-traitance" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5) et "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6).

10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

- 1. Election du bureau
- 2. Adoption de l'ordre du jour
- 3. Examen de quelques projets de chapitres du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles
- 4. Questions diverses
- 5. Adoption du rapport

11. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des projets de chapitres dans l'ordre indiqué ci-après.

* Le Président a été élu à titre personnel.

NATURE ET QUALITE DES INSTALLATIONS 15/

12. On a observé, d'une manière générale, qu'il conviendrait de réexaminer le chapitre afin de le raccourcir et d'uniformiser davantage la terminologie.

13. Il serait difficile, a-t-on noté, d'inclure dans ce chapitre des dispositions choisies à titre d'exemples car, s'agissant de la nature et de la qualité de différents types d'installations, il faudrait alors fournir des descriptions de types différents pour répondre à cette diversité. En outre, d'une manière générale, les problèmes juridiques traités dans ce chapitre n'étaient pas de nature à avoir besoin d'une clarification au moyen d'exemples explicatifs. Il a été suggéré toutefois que les questions traitées dans la section E ("Portée du caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques") pourraient utilement être illustrées par des exemples. Il a également été suggéré que le texte pourrait être raccourci et clarifié si l'on y adjoignait des formulaires types représentant certains des documents évoqués. Une autre suggestion a été d'inclure dans le chapitre une liste récapitulative des types de documents qui pourraient être établis aux fins d'un contrat (par exemple, le document contractuel principal, l'appel d'offres, la soumission, les dessins, les spécifications, les devis quantitatifs), cette liste récapitulative pouvant être utile pour permettre aux parties de déterminer les documents qui devraient faire partie d'un contrat.

14. On s'est largement accordé à reconnaître que le guide devrait recommander que le document contractuel principal précise clairement quels documents relatifs à la nature et à la qualité de l'installation faisaient partie du contrat. Il a été suggéré que, vu le grand nombre de documents qui risquaient d'être établis par différentes personnes à différents moments aux fins du contrat, le guide devrait recommander que les conseillers juridiques des parties examinent tous les documents en vue de s'assurer de leur concordance et déterminer quels documents devaient être intégrés au contrat. Il a également été suggéré que le contrat devrait préciser de manière détaillée la nature et la qualité des installations requises car, faute de telles précisions, la loi régissant l'interprétation du contrat risquerait de ne lui accorder qu'une valeur limitée en ce qui concerne la nature et la qualité.

15. On a noté que dans les contrats complexes, des dispositions relatives à la nature et à la qualité de la construction pouvaient figurer dans plusieurs longs documents, matériellement distincts du principal document contractuel. Aussi conviendrait-il de s'efforcer de rattacher par référence ces documents distincts aux principaux documents contractuels.

16. On a estimé que l'expression "clefs en main" n'avait pas de signification bien établie dans la plupart des systèmes juridiques et que les obligations imposées à l'entrepreneur par le simple recours à cette expression n'étaient pas claires. Il fallait donc définir clairement les obligations incombant à l'entrepreneur en vertu d'un contrat de ce type. Le fait que l'entrepreneur soit tenu de s'acquitter d'obligations habituelles ou nécessaires, eu égard à la finalité du contrat, ne suffirait sans doute pas à définir les obligations de l'entrepreneur et les parties devraient s'efforcer d'établir une description plus précise des obligations complémentaires de l'entrepreneur clefs en main.

17. On a noté que le fait de définir la nature de la construction par rapport à un modèle pouvait être à l'origine de difficultés, car le modèle pouvait être modifié, endommagé ou détruit et il serait alors difficile de déterminer ce qui y figurait. En outre, il serait sans doute difficile de résoudre tous les problèmes par l'établissement d'un modèle.

18. On a noté que le mot qualité était utilisé dans le chapitre dans deux acceptions distinctes. Premièrement, il désignait la nature des matériaux ou services et, deuxièmement, l'aspect qualitatif des matériaux ou services. On a proposé qu'une distinction soit établie entre ces deux significations lorsque ce chapitre serait modifié.

19. De l'avis quasi général, l'utilisation d'expressions telles que "de premier ordre" pour indiquer le niveau de qualité pouvait être cause d'incertitude. On a estimé qu'une description des propriétés ou caractéristiques des matériaux ou services en question (par exemple, la résistance de l'acier à utiliser) serait sans doute plus précise. On a observé que les mots "neuf et au moins de qualité commerciale ordinaire" semblaient avoir acquis une signification relativement établie dans la pratique commerciale.

20. Selon une opinion, une description plus générale de la nature des matériaux et services figurant à la fois dans le principal document contractuel et dans les spécifications risquait d'entraîner certaines incohérences. Aussi serait-il préférable de ne faire figurer cette description que dans les spécifications. On a noté, cependant, que le principal document contractuel devait contenir une description sommaire de la construction à effectuer et qu'il était souhaitable que cette description fasse brièvement mention du niveau de qualité. On s'est accordé à penser que s'il était préférable que le chapitre décrive les divers types de spécifications, les expressions spécifications "opérationnelles" et spécifications "nominales" ne devraient pas être utilisées dans le chapitre.

21. On a observé que le lien possible entre la nature des spécifications à faire figurer dans les appels d'offres et les méthodes de fixation du prix était de nature complexe et serait mieux traité dans le chapitre du guide relatif aux appels d'offres.

22. On a observé que le terme "norme" pouvait s'entendre de deux façons. Il pouvait se référer aux exigences légales de sécurité concernant les équipements ou matériaux à fournir, ou se rapporter aux caractéristiques techniques approuvées des équipements ou matériaux à fournir fixées par les organismes techniques spécialisés ou les associations professionnelles. Les parties avaient normalement une certaine latitude en ce qui concerne l'adoption de ce dernier type de normes. On a cependant fait observer aussi que le pays de l'acheteur pouvait avoir ses propres normes impératives applicables aux installations à édifier dans ce pays.

23. Le point de vue a été exprimé à cet égard que l'expression "droit applicable" était ambiguë : on pouvait entendre par là la loi applicable au contrat, ou la loi du pays de l'acheteur ou de l'entrepreneur rendant obligatoire le respect de certaines normes en ce qui concerne les équipements ou matériaux. L'emploi de l'expression dans le guide devrait être précisé.

24. On a noté qu'en cas d'accord sur l'application de certaines normes, celles-ci devraient être nettement définies (par exemple, par l'indication du pays ou de l'organe ayant publié la norme, et de la date de publication). On a également relevé que les conditions posées dans les appels d'offres quant au respect de certaines normes par l'entrepreneur pouvaient avoir pour effet de décourager des entrepreneurs peu au courant de ces normes de soumissionner.

25. En ce qui concerne d'éventuels défauts de concordance entre les dessins et les spécifications fournis les uns et les autres par l'acheteur, on a observé que lorsque des contradictions étaient signalées à l'acheteur, celui-ci devrait être obligé de les résoudre dans un bref délai. En outre, l'acheteur devrait être obligé de supporter tous les frais exposés par l'entrepreneur du fait d'une non-concordance.

26. A propos de l'approbation par l'acheteur des dessins détaillés établis par l'entrepreneur, on a laissé entendre que cette approbation n'était peut-être pas toujours nécessaire ni réalisable, eu égard aux fréquentes modifications requises pendant la période de construction. En outre, en ce qui concerne certaines techniques de construction rapide (dite parfois "filières courtes" de construction), le détail des installations et, partant, des dessins, était mis au point et décidé au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Dans ces conditions, si l'approbation des dessins par l'acheteur était requise, celui-ci devrait être obligé de la donner dans un délai très bref. L'acheteur devrait assumer les conséquences d'un retard d'approbation (par exemple, supporter les frais en découlant, ou consentir à une prolongation du délai d'achèvement). On a également fait observer que si l'acheteur approuvait en fait expressément ou implicitement les dessins détaillés, il ne pourrait être autorisé par la suite à demander des modifications à ces dessins ni aux constructions exécutées sur la base de ces dessins approuvés.

27. On a noté que les dessins pouvaient être établis conjointement par les parties et que celles-ci devraient envisager les moyens d'y apporter éventuellement des corrections en cas d'erreurs, ainsi que la manière d'en répartir la responsabilité.

28. On a observé que, si les spécifications et les dessins fournis par l'acheteur étaient inexacts ou insuffisants, l'acheteur devrait non seulement être obligé de payer les dépenses encourues par l'entrepreneur du fait de ces erreurs, mais aussi supporter les frais occasionnés à l'entrepreneur par toute éventuelle interruption d'exécution en résultant.

29. On a estimé que, lorsque les parties concluaient un contrat dans lequel les obligations assumées par l'entrepreneur consistaient à aboutir à un résultat déterminé (par exemple, un contrat clefs en main), l'acheteur devrait être tenu responsable des erreurs (par exemple, omission d'une partie de la construction ou demande d'utilisation d'équipements, matériels ou services inadaptés) contenues dans les spécifications et dessins fournis par lui. Si l'acheteur souhaitait se soustraire à une telle responsabilité, il devait charger l'entrepreneur d'établir les spécifications et dessins. Ou bien, si l'acheteur souhaitait fournir les spécifications et dessins, l'entrepreneur pourrait être tenu de lui notifier les erreurs qu'il découvrirait ou qu'il serait à même de découvrir, l'entrepreneur supportant alors les conséquences d'un défaut de notification.

30. Il a été convenu que la section D ("Hiérarchie des documents") devrait être placée immédiatement après la section B ("Détermination de la nature et de la qualité de l'installation dans les documents contractuels"). Il a également été proposé de modifier le titre de la section D, afin de tenir compte des modifications proposées en ce qui concerne la portée de cette section.

31. On a fait observer que le guide devrait mettre plus clairement l'accent sur les risques d'incohérences entre les différents documents constituant un contrat complexe et appeler l'attention sur la nécessité de s'efforcer d'éliminer ces incohérences.

32. On a noté qu'il était difficile d'énoncer des règles catégoriques stipulant quel document contractuel prévaut en cas d'incohérence. Du point de vue du juriste, il semblerait préférable que les spécifications figurant dans le contrat principal prévalent sur des dessins, consistant en des diagrammes, mais un ingénieur préférerait peut-être la solution contraire. On est dans l'ensemble convenu que plusieurs facteurs pouvaient être pris en compte pour déterminer quel document devait prévaloir (par exemple, quel document représentait l'accord le plus récent conclu entre les parties, quelle était la nature du conflit entre les documents, ou quel document portait principalement sur la question en jeu). Il serait peut-être préférable de recommander que les documents soient dès le départ conçus de manière à se compléter mutuellement et, si un conflit ne pouvait être résolu, que la question soit soumise à une forme rapide de règlement des différends.

33. On est dans l'ensemble convenu que les problèmes liés au caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques devaient être traités plus en détail. Il a été proposé à cet égard d'examiner trois notions distinctes, à savoir la propriété, le copyright et le caractère confidentiel.

34. On a estimé que la notion de confidentialité risquait de poser plusieurs problèmes. Les parties devraient être invitées à préciser clairement quels documents elles souhaitent voir rester confidentiels, la portée de cette confidentialité et sa durée. On a noté que des lois impératives pouvaient réglementer la mesure dans laquelle des documents pouvaient être considérés comme confidentiels et également contraindre les parties à divulguer le contenu de documents aux pouvoirs publics du pays de l'acheteur ou de l'entrepreneur. La clause de confidentialité pouvait également poser des problèmes en cas de résiliation du contrat, ou si l'acheteur souhaitait ultérieurement employer un autre entrepreneur pour modifier ou améliorer l'installation, ou si des documents confidentiels devaient être divulgués dans le cadre d'une procédure judiciaire intéressant les parties. Il faudrait également conseiller aux parties de prévoir des moyens de recours pour la partie lésée en cas de violation du caractère confidentiel.

35. Il a été convenu qu'après modification du texte du chapitre, le résumé serait réexaminé afin d'en vérifier la conformité avec le texte lui-même.

ACHEVEMENT, RECEPTION ET PRISE EN CHARGE 16/

36. On a exprimé l'avis que les concepts d'achèvement et de réception devraient être modifiés. On pourrait considérer qu'il y a achèvement si l'entrepreneur s'est acquitté de son obligation de construire les installations et si les essais d'achèvement des travaux mécaniques ont donné satisfaction. Le concept de réception pourrait englober l'approbation par l'acheteur de la construction des installations, même si cette approbation n'est, dans certains cas, que supposée avoir été donnée.

37. Il a été suggéré de rendre plus cohérente la terminologie employée dans ce chapitre et de faire apparaître de manière plus claire la séquence essais - achèvement - prise en charge - réception. Selon une suggestion, l'exposé sur les essais d'achèvement des travaux mécaniques qui figure actuellement dans le chapitre sur l'inspection et les essais pourrait être déplacé et inclus dans le chapitre sur l'achèvement, la réception et la prise en charge.

38. Il a été noté que, dans la pratique, la prise en charge des installations fait en général suite à l'achèvement, et que la réception s'effectue habituellement après une période de fonctionnement à l'essai. Il a été suggéré de modifier la rédaction du projet de chapitre, et en particulier du paragraphe 1, pour tenir compte de cet usage.

39. On s'est demandé s'il était judicieux de faire une distinction entre la prise en charge et la réception. Selon l'opinion dominante, cette distinction était souhaitable car il se pouvait que la prise en charge et la réception ne soient pas concomitantes et aient des conséquences différentes.

40. Selon une suggestion, il conviendrait de modifier le libellé du paragraphe 4 pour faire clairement apparaître que le délai d'achèvement de la construction peut commencer à courir lorsque se sont produits tous les faits mentionnés dans ledit paragraphe. Selon une suggestion complémentaire, l'alinéa d) devrait être modifié de manière à indiquer que le délai d'achèvement de la construction peut commencer à courir à partir de la date à laquelle l'acheteur a remis à l'entrepreneur une conception, des plans ou des documents descriptifs de qualité adéquate.

41. L'opinion a été émise qu'il convenait de souligner dans le guide l'importance du délai d'achèvement et du calendrier d'exécution et de conseiller aux parties de régler ces questions dans le contrat même et non renvoyer l'accord sur ces points après la conclusion du contrat. On a suggéré que l'acheteur puisse être autorisé à enjoindre à l'entrepreneur d'accélérer la construction s'il apparaissait qu'un délai risquait de ne pas être respecté. On a par ailleurs suggéré que soit confié à l'acheteur le soin de fixer des dates repères pour l'avancement des travaux de construction, l'entrepreneur étant chargé d'arrêter un calendrier d'exécution afin de respecter ces dates repères. L'entrepreneur ne serait responsable que pour les retards par rapport à ces dates repères et pour les dépenses supplémentaires encourues par l'acheteur du fait de ces retards. On a en outre proposé que le délai d'achèvement puisse être soumis à une condition qui, si elle se réalisait, rendrait applicables les règles régissant l'octroi d'une prolongation du délai d'achèvement en cas d'empêchement exonératoire. On a estimé que le mode de calcul de la prolongation du délai d'achèvement examiné au paragraphe 14 devrait être traité en détail.

42. Selon certains, il faudrait supprimer le point 3 de la section B, consacré à la prolongation du délai d'achèvement, puisque les situations justifiant une telle prolongation étaient traitées dans d'autres chapitres. Cependant, la majorité a estimé qu'il était souhaitable de maintenir les paragraphes concernés dans ce chapitre puisque celui-ci pouvait être lu indépendamment des autres. Il a été suggéré de transférer dans un autre chapitre l'examen du calendrier (sect. B, point 2).

43. On a proposé de ne pas limiter les motifs de prolongation du délai d'achèvement envisagés au paragraphe 12 b) aux réglementations administratives promulguées après la conclusion du contrat. On a émis l'opinion que dans tous les cas décrits au paragraphe 12, l'entrepreneur devrait automatiquement bénéficier d'une prolongation s'il le souhaitait. On a par ailleurs suggéré de supprimer le paragraphe 13 ou de l'aligner sur les dispositions à ce sujet figurant dans le chapitre relatif aux clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales.

44. L'idée a été émise que les parties devraient s'entendre sur un mécanisme particulier tendant à faciliter le règlement rapide des différends relatifs au délai d'achèvement et au calendrier, ainsi que des litiges concernant les essais de bon fonctionnement.

45. D'après une opinion émise, le guide devrait traiter des effets de la prolongation du délai d'achèvement sur les assurances, les intérêts des sûretés et les frais. Selon une autre opinion, ces points ne devraient pas être abordés dans ce chapitre qui pourrait, toutefois, renvoyer aux chapitres traitant de ces questions.

46. Certains ont été d'avis que la dernière phrase du paragraphe 18 devrait traiter non seulement du retard mais aussi des dépenses susceptibles d'être encourues de ce fait.

47. On a suggéré que le guide préconise la signature, au moment de l'achèvement des installations, d'un protocole exposant l'état de ces installations.

48. Des points de vue opposés ont été émis quant aux effets d'un retard imputable à l'acheteur dans la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques. Certains ont estimé que dans ce cas, l'achèvement devrait être présumé et la période de garantie devrait commencer à courir. Selon d'autres, un tel retard ne devrait avoir d'autre effet que d'obliger l'acheteur à indemniser l'entrepreneur des préjudices subis par celui-ci en raison du retard.

49. Il a été estimé que l'on devrait envisager d'harmoniser le passage du paragraphe 17 indiquant que les essais d'achèvement des travaux mécaniques pourraient être considérés comme satisfaisants même si l'on constate l'absence de certains articles et le passage du paragraphe 20 stipulant que les essais de bon fonctionnement pourraient être réputés concluants si l'on établit que les installations ne présentent pas de défauts majeurs. On a suggéré qu'il serait peu souhaitable d'indiquer que l'acheteur peut autoriser la conduite d'essais de bon fonctionnement avant les essais d'achèvement des travaux mécaniques.

50. On a souligné l'importance des formalités liées à la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques ou de bon fonctionnement et la nécessité de respecter les formalités en question dans certains cas. Il a été suggéré de faire la différence entre la participation à ces essais d'un organe d'inspection choisi par les parties et l'inspection faite par un organe de réglementation selon des règles juridiques contraignantes, qui, dans certains pays, précède obligatoirement la mise en service des installations.

51. Il a été noté que la fourniture d'une documentation (par exemple, manuels d'utilisation et d'entretien) par l'entrepreneur devrait être requise au stade des essais d'achèvement des travaux mécaniques ou de bon fonctionnement. On a considéré que l'expression "à prouver de la manière de son choix" figurant au paragraphe 19 était trop vague et qu'il faudrait envisager dans le guide d'autres méthodes de vérification.

52. Il a été suggéré que le chapitre devrait traiter de la réception provisoire. On a exprimé l'avis que le chapitre devrait décourager l'utilisation de la réception provisoire à moins que le contrat ne précise quand elle intervient et quels en sont les effets. Il a été noté que, dans la pratique, l'expression "réception provisoire" est quelquefois utilisée à la place du terme "prise en charge".

53. Différents avis ont été exprimés au sujet des effets produits par la non-exécution des essais de bon fonctionnement. Selon un de ces avis, elle devrait entraîner la réception implicite. D'après un autre avis, ses effets devraient être plus limités. Il a été suggéré que le contrat fixe un délai pour la conduite des essais de bon fonctionnement et précise les effets d'une non-exécution de ces essais dans le délai prévu.

54. Selon certaines suggestions, le guide devrait définir le contenu d'un protocole de réception et la présentation d'un protocole à titre d'exemple pourrait être utile. On a observé qu'il pourrait y avoir avantage à distinguer la réception faite unilatéralement par l'acheteur de l'application par les deux parties d'un protocole d'acceptation qui pourrait contenir l'accord conclu entre ces parties au sujet de la fourniture des articles manquants et des défauts à éliminer.

55. Il a été souligné que la réception implicite pourrait intervenir dans certaines circonstances en plus des cas où l'on n'a pas pu conduire d'essais de bon fonctionnement pour des raisons dont l'acheteur est responsable. Outre les effets de la réception mentionnés aux paragraphes 29 à 31, le guide pourrait traiter des effets de la réception sur des aspects tels que la sécurité de fonctionnement, l'assurance et le versement de la somme à payer. Il a été suggéré de mentionner au paragraphe 31 que la période de garantie couvrant une partie des installations devrait commencer à courir au moment où cette partie a été réceptionnée par l'acheteur.

56. Il a été convenu de ne traiter dans ce chapitre que de la prise en charge pendant la construction et des installations achevées et non de la prise en charge du matériel et des matériaux avant leur incorporation dans les installations. On a fait observer que le terme "possession" employé dans la définition de la prise en charge pouvait donner lieu à des interprétations différentes dans différents systèmes juridiques. Il a été proposé d'employer les termes "possession matérielle" ou "contrôle". S'agissant de la livraison du matériel et des matériaux, il a été recommandé d'utiliser la terminologie de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).

57. Il a été proposé de modifier le libellé du paragraphe 36 de manière à éviter que l'on puisse l'interpréter comme stipulant l'obligation pour l'entrepreneur de fournir au personnel de l'acheteur toutes les instructions nécessaires pour le fonctionnement des installations. On a fait observer que le partage des coûts pendant la période de rodage ne devait pas nécessairement toujours se faire selon la formule indiquée dans ce paragraphe. Selon un avis, la responsabilité de l'entrepreneur au cours de la période de rodage pouvait varier selon qu'il devait ou non former le personnel de l'acheteur.

58. On a exprimé l'opinion que la question de résiliation du contrat par l'acheteur en raison du défaut d'exécution de l'entrepreneur devait être mentionnée dans le titre de la section D (1) (c). Il a été suggéré d'éviter de faire référence à la notion de résiliation partielle du contrat dans le paragraphe 37. Il a également été suggéré de traiter des conséquences de la résiliation sur les garanties soit dans le chapitre relatif à la résiliation, soit dans celui consacré à l'examen des garanties.

59. Il a été suggéré de modifier le libellé du paragraphe 38 de manière à laisser entrevoir la possibilité d'une prise en charge au cas où l'entrepreneur choisirait le recours prévu dans ce paragraphe. Il a également été suggéré d'y faire référence aux chapitres relatifs au défaut d'exécution et au transfert du risque.

60. On a émis l'opinion qu'un protocole de prise en charge pourrait ne pas être nécessaire au cas où la prise en charge interviendrait immédiatement après la réception. Il a également été dit que la question du protocole de prise en charge devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi.

61. On a fait remarquer que comme les paragraphes 40 et 41 ne traitaient pas de la prise en charge pendant la construction, ni des installations terminées, les points soulevés dans ces paragraphes devraient être examinés dans d'autres chapitres.

62. Diverses suggestions ont été faites en vue d'améliorer le texte du chapitre XIV. Il a été convenu que le Groupe de travail en examinerait une nouvelle version très prochainement afin de revoir la terminologie utilisée.

REPARTITION DU RISQUE DE PERTE OU DE DOMMAGES 17/

63. On a convenu que ce chapitre ("Répartition du risque de perte ou de dommages") devrait plutôt être intitulé "Transfert du risque". On a fait observer que le texte du chapitre pourrait être amélioré sur le plan rédactionnel et des suggestions précises ont été portées à l'attention du secrétariat à cette fin. Selon une opinion, ce chapitre ne devrait traiter que de la perte ou de l'endommagement des équipements, des matériaux, de l'usine pendant la construction et de l'installation achevée causés par des faits accidentels ou par les actes de tiers, dont aucune des parties au contrat n'était responsable. On a noté, cependant, qu'il serait sans doute utile de faire référence dans ce chapitre aux autres chapitres du guide traitant de la perte ou de l'endommagement des équipements et matériaux, de l'usine pendant la construction ou de l'installation achevée causés par une partie ou des tiers, dont l'une des parties était responsable. On a exprimé l'opinion que ce chapitre devrait indiquer que toute personne à qui incomberait le risque de perte ou de dommages devrait pouvoir exercer un contrôle sur les faits susceptibles d'engendrer cette perte ou ces dommages.

64. On a suggéré que dans la section A ("Remarques générales"), la première phrase du paragraphe 3 soit supprimée et que ce paragraphe précise plutôt que souvent les règles relatives au transfert du risque étaient, dans de nombreux systèmes juridiques, élaborées en fonction des contrats de vente et ne prévoyaient pas nécessairement certains des problèmes particuliers susceptibles de se poser dans le cadre des contrats de construction. On a également suggéré que la section A indique, conformément aux recommandations faites dans ce chapitre, que le moment auquel intervient le transfert du risque en ce qui concerne les équipements, les matériaux, l'usine pendant la construction ou l'installation achevée peut ne pas coïncider dans certains cas avec le moment où s'effectue le transfert de la propriété.

65. Selon une opinion, dans ce chapitre, les explications relatives au rapport entre le transfert du risque et la responsabilité pour exécution défectueuse n'étaient pas claires et devraient être supprimées. Les questions liées à la responsabilité pour exécution défectueuse devraient être traitées dans le chapitre sur le défaut d'exécution.

66. On a suggéré que le paragraphe 8 soit remanié de sorte qu'apparaisse clairement qu'il traite de la question du transfert de risque et ne porte pas sur l'effet des empêchements exonérateurs. La distinction opérée entre ces deux questions au paragraphe 2 devrait être énoncée de manière plus claire. On a aussi estimé que tous les faits énumérés au paragraphe 8 n'étaient pas, dans la pratique, exclus par les parties du risque de perte ou d'endommagement supporté par l'entrepreneur et ce paragraphe devrait donc être modifié.

67. On a suggéré que cette section comporte un paragraphe traitant du rapport entre le transfert du risque et diverses questions connexes traitées dans d'autres chapitres tels que l'assurance et le transfert de la propriété. On a également suggéré la possibilité d'un changement de l'ordre dans lequel se succédaient certains paragraphes de cette section, afin d'en faciliter la compréhension.

68. Selon une opinion, le chapitre devrait indiquer le rapport existant entre le fait de supporter les risques vis-à-vis des équipements et des matériaux fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation (sect. B) et le fait d'assumer le risque pour l'usine pendant la construction et pour l'installation achevée (sect. D). On a noté que le rapport entre la présence du personnel de l'entrepreneur sur le chantier au moment de la fourniture des équipements et des matériaux sur le transfert du risque en ce qui concerne ces équipements et matériaux devrait être réexaminé. On a observé qu'il était parfois difficile de stipuler que le transfert du risque interviendrait à un moment où il serait possible de vérifier l'état des équipements et des matériaux et on a aussi observé que la disposition prévoyant que le transfert du risque interviendrait au moment où les formalités douanières étaient effectuées à la frontière du pays d'où les équipements et matériaux étaient exportés, était peu courante dans la pratique.

69. On a suggéré d'insister sur le fait qu'il convenait que les règles relatives au transfert du risque pour les contrats de travaux soient différentes des règles applicables aux contrats de vente, car dans un contrat de construction, l'entrepreneur devait, pour pouvoir s'acquitter de ses obligations, non seulement livrer les équipements et les matériaux, mais aussi utiliser ces équipements et ces matériaux pour la construction. L'entrepreneur devrait par conséquent supporter d'une manière générale le risque de perte ou d'endommagement des équipements et des matériaux.

70. On a observé qu'il serait peut-être utile de préciser la notion d'"incorporation" des équipements et matériaux dans l'installation, et en particulier de préciser à quel moment cette incorporation intervenait. On a aussi observé que l'approche présentée aux alinéas a) à c) du paragraphe 15 prévoyant le transfert du risque à des moments déterminés et l'approche énoncée au paragraphe 16 prévoyant que le transfert du risque serait déterminé en fonction des règles INCOTERMS, n'étaient fondamentalement pas différentes mais étaient simplement deux variantes de la même approche.

71. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de l'identité de la personne qui devrait supporter le risque de perte ou d'endommagement de l'usine lorsque plusieurs entrepreneurs ont été engagés pour la construction. Selon une opinion, il était possible de stipuler qu'à chaque entrepreneur devrait incomber le risque correspondant à la portion des installations construites par lui. Selon une autre opinion, cette approche n'était pas possible lorsqu'une portion de l'usine était construite grâce aux équipements et matériaux fournis par un entrepreneur et que des services étaient fournis par un autre entrepreneur et l'acheteur devrait donc supporter le risque. On a suggéré que dans la plupart des cas, le moment de la prise en charge des installations, et non pas le moment de la réception, soit le moment auquel devrait intervenir le transfert du risque.

72. La question a été posée de savoir si les sujets examinés à la section E ("Conséquences de la prise en charge du risque") devaient être traités dans un autre chapitre. Le point de vue qui a prévalu toutefois était que ces questions devraient être traitées dans ce chapitre.

73. On a examiné l'obligation qu'a la partie qui supporte le risque relatif aux biens, de réparer la perte ou l'endommagement couverts par le risque. La suggestion selon laquelle, si l'acheteur lui en fait la demande, l'entrepreneur devrait être tenu de réparer, aux frais de l'acheteur, la perte ou l'endommagement de biens dont le risque était supporté par l'acheteur, a rencontré l'assentiment quasi général. Des réserves ont été émises, cependant, sur le fait de savoir si l'acheteur devait, dans de tels cas, réparer cette perte ou ce dommage s'il ne demandait pas à l'entrepreneur de le faire. A ce propos, selon un point de vue, la signification du mot "réparer" devrait être précisée. On a aussi estimé qu'il convenait d'insister sur l'obligation qu'avait l'acheteur de rembourser les biens perdus ou endommagés lorsque le risque de perte ou d'endommagement lui incombait. On a noté que la section E proposait certes que l'obligation de l'entrepreneur de réparer la perte ou l'endommagement des biens, dont le risque était supporté par l'acheteur, cesse à l'expiration de la période de garantie, il était néanmoins possible de stipuler que cette obligation prendrait fin au moment de la prise en charge ou de la réception de l'installation par l'acheteur.

74. On a proposé qu'il ne soit établi aucune distinction entre la partie supportant le risque et l'autre partie quant au délai dans lequel la perte ou l'endommagement devait être réparé. Quelle que soit la partie qui, en vertu du contrat, devait réparer la perte ou le dommage, elle devait le faire avec toute la diligence voulue. On a en outre proposé qu'il soit fait état du droit d'utiliser du matériel endommagé mais en état de fonctionner, tant qu'il n'aura pas été réparé ou remplacé.

75. On a suggéré que les deux dernières phrases du paragraphe 25 soient supprimées, car la question qui y était traitée n'avait pas de rapport direct avec le transfert du risque.

DOMMAGES-INTERETS 18/

76. On a suggéré que dans ce chapitre figure un examen du rapport entre les dommages-intérêts et les autres sanctions, tels les dommages-intérêts libératoires, les pénalités et autres formes de dédommagement susceptibles d'être versés par l'une des parties. Cet examen devrait porter sur la possibilité d'appliquer ces sanctions tant pour inexécution du contrat que dans les cas où il n'y aurait pas rupture du contrat.

77. On a suggéré que le chapitre fasse état des types de pertes dont les parties devraient tenir compte lors de l'élaboration des clauses contractuelles relatives aux dommages-intérêts. Divers avis ont été exprimés en ce qui concerne les types de pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts. Selon une opinion, seules les pertes stipulées au contrat devraient être dédommagées. On a suggéré que le mot "toutes" qui figure dans la première phrase du paragraphe 15 soit supprimé. Selon une autre opinion, le contrat devrait énumérer toutes les pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts, à l'exception de celles qui sont expressément exclues par le contrat. On a suggéré que le guide indique que la partie lésée risquait de n'être pas raisonnablement dédommagée si les dispositions contractuelles limitant le droit à des dommages-intérêts étaient en nombre trop élevé. On a noté que le montant des dommages-intérêts que l'entrepreneur pourrait être tenu de verser en application du contrat risquait d'avoir un impact sur le prix du contrat. On a suggéré que le guide conseille aux parties de tenir compte, lors de la rédaction des dispositions contractuelles relatives aux dommages-intérêts, des règles du droit national relatives aux

dommages-intérêts. On a proposé une approche dans laquelle les parties pourraient s'appuyer sur ces règles du droit national, sauf si ces règles n'étaient pas adaptées au contrat. Dans ce cas, le contrat pourrait énoncer des règles différentes, sauf si les règles du droit national avaient force de loi.

78. Le principe selon lequel la partie qui n'exécute pas une obligation issue du contrat devrait verser des dommages-intérêts, sauf si cette inexécution était due à un empêchement exonératoire, a suscité une large adhésion. On a proposé que les parties aient la possibilité de s'accorder sur les cas dans lesquels aucun dommage-intérêt ne serait dû. Selon une opinion, cependant, une telle disposition contractuelle ne pourrait être rédigée qu'en termes trop généraux. On a convenu que la disposition type de la note 2 devrait être supprimée.

79. Diverses approches ont été examinées en ce qui concerne les cas dans lesquels la partie lésée aurait à dédommager un tiers en raison d'une rupture du contrat par l'autre partie. On a convenu que le paragraphe 7 devrait être supprimé.

80. On a noté que la réduction par la partie lésée de ses pertes pouvait être régie par des règles impératives du droit national. On a suggéré que cette réduction soit considérée comme une obligation de la partie lésée et non comme une limitation des dommages-intérêts. Cependant, on a par ailleurs estimé que la détermination des types de pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts, examinées aux paragraphes 5 à 8, pourrait avoir pour effet de limiter les dommages-intérêts et que le chapitre devrait être restructuré en conséquence. On a en outre suggéré que le paragraphe 11 et la note 3 soient remaniés afin d'éviter l'interprétation selon laquelle si une partie prenait des dispositions pour réduire ses pertes, toutes ses pertes seraient indemnisables par des dommages-intérêts.

81. On s'est posé la question de savoir si le concept d'imprévisibilité des pertes se rapportait à la nature ou au montant de ces pertes. Diverses approches ont été examinées en ce qui concerne le moment retenu pour déterminer la prévisibilité. On a suggéré que le guide appelle l'attention des parties sur ces approches. Selon une suggestion, les parties pourraient convenir de s'informer mutuellement des changements de circonstances susceptibles d'influer sur le montant des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat. On a noté que si le moment où intervenait la rupture du contrat était utilisé pour déterminer la prévisibilité, ce moment pourrait être difficile à déterminer pour les ruptures du contrat autres que le retard.

82. Diverses vues ont été échangées en ce qui concerne les dommages indirects. On a souligné que le concept de dommages indirects variait selon les systèmes juridiques. On a suggéré la suppression des deux dernières phrases du paragraphe 14. On a en outre suggéré que dans le guide figure une disposition type traitant des dommages indirects.

83. On a noté que dans la plupart des contrats de construction, le montant des dommages-intérêts auxquels pouvait prétendre l'une des parties en cas de rupture par l'autre partie était limité et que le paragraphe 5 ou la section intitulée "Remarques générales" devrait faire état de cette pratique. On a noté qu'en vertu de règles juridiques nationales et internationales, la responsabilité d'un transporteur de marchandises était limitée quant au montant. On a suggéré que les parties s'inspirent de ces règles lors de la

rédaction des dispositions du contrat sur la limitation des dommages-intérêts. On a également noté que dans la pratique les dommages-intérêts étaient parfois limités au montant remboursé par l'assureur ou à ce montant plus un pourcentage du prix et on a convenu que le guide devrait appeler l'attention des parties sur ces approches.

84. On a suggéré que la dernière section du chapitre, relative aux dommages aux personnes et aux biens de tiers traite de la responsabilité contractuelle pour ces dommages. Cependant, on a noté que dans certains systèmes juridiques, des règles impératives pouvaient limiter la répartition interne des risques entre les parties pour ces types de dommages. On a noté que le contrat ne pouvait pas limiter la responsabilité qu'a l'entrepreneur ou l'acheteur de dédommager les tiers pour ce type de dommages et que dans certains systèmes juridiques, les tiers pouvaient se voir appliquer des dispositions contractuelles étendant leurs droits à bénéficier d'un tel dédommagement. On a suggéré que le guide examine les responsabilités conjointes et solidaires de l'entrepreneur et de l'acheteur pour les dommages aux personnes et aux biens des tiers. On a suggéré qu'au paragraphe 18, l'obligation faite à l'acheteur d'informer l'entrepreneur d'une réclamation émanant d'un tiers devrait être limitée aux cas pour lesquels l'acheteur avait l'intention de faire participer l'entrepreneur aux négociations ou procédures judiciaires relatives à ladite réclamation.

CLAUSES DE DOMMAGES-INTERETS LIBERATOIRES ET CLAUSES PENALES 19/

85. Il a été proposé qu'au début du chapitre, l'attention soit appelée sur le fait que, dans la plupart des systèmes juridiques, il existait des règles impératives régissant les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales et que le choix de la législation régissant le contrat revêtait donc une grande importance pour ces clauses.

86. On a estimé qu'il faudrait examiner le lien entre le chapitre du guide sur les dommages-intérêts et le chapitre examiné. Il a été noté que ces deux chapitres avaient trait au dédommagement payable en cas de défaut d'exécution et que la question de la limitation de la responsabilité était liée aux deux chapitres. A cet égard, on a proposé que le guide comporte une section dans laquelle seraient examinés les liens entre les dommages-intérêts et les dommages-intérêts libératoires et pénalités, ainsi que l'accent que chaque partie pourrait souhaiter placer sur ces moyens de recours.

87. On a noté que le versement d'une prime était un moyen efficace de stimuler l'exécution et que le chapitre devrait faire référence au chapitre traitant des clauses prévoyant le paiement d'une prime.

88. Il a été noté que, dans certains systèmes juridiques, le mot "pénalité" désignait une somme convenue payable en cas de défaut d'exécution par une partie, cela de manière à contraindre ladite partie à s'acquitter de ses obligations, alors que dans d'autres systèmes juridiques, ce terme avait un sens plus large et englobait les sommes convenues dont l'objectif était purement compensatoire. Il faudrait donc bien préciser le sens de ce terme à chaque fois qu'il était utilisé dans le guide.

89. Il a été noté que l'on recourait parfois dans la pratique à des clauses de dommages-intérêts libératoires provisoires et que le guide devrait faire référence à cet usage. En vertu d'une telle clause, une somme convenue était payable par une partie en cas de défaut d'exécution. La clause stipulait en

autre cependant que, même s'il y avait effectivement défaut d'exécution et que la somme était payée, celle-ci devait être remboursée à la partie l'ayant payée si ladite partie pouvait par la suite prévenir tout préjudice imputable à ce défaut d'exécution.

90. On a estimé qu'il fallait préciser l'objet des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales décrites au paragraphe 2 b) du chapitre.

91. On a souligné que le guide devait être axé sur son principal objectif, qui était d'aider les parties à rédiger un contrat. Aussi, lorsque l'on appelait l'attention des parties sur les règles différentes des systèmes juridiques en matière de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales dont elles devraient tenir compte lors de la rédaction de telles clauses, il était superflu de décrire les motifs à la base de ces règles. Il n'était également pas souhaitable de faire référence à des règles normales d'interprétation, les règles d'interprétation pouvant varier selon les systèmes juridiques. A ce propos, on a estimé que le guide ne devrait pas stipuler que, lorsqu'une somme convenue est prévue en cas de défaut autre qu'un retard, l'acheteur peut à la fois exiger la somme convenue et l'exécution, car certains systèmes juridiques ne le permettaient pas.

92. On a dans une large mesure approuvé la déclaration figurant dans le chapitre, précisant que, dans de nombreux systèmes juridiques, pour que des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité soient payables par une partie, il fallait non seulement qu'il y ait eu le défaut d'exécution spécifié, mais également que cette partie soit responsable de ce défaut. On est dans l'ensemble convenu qu'une clause de dommages-intérêts libératoires ou une clause pénale qui stipulerait que l'entrepreneur doit payer des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité, même si le défaut d'exécution est dû à l'acheteur, serait manifestement injuste et inacceptable. Des avis divergents ont cependant été émis sur la question suivante : le guide devrait-il indiquer que les parties souhaiteront peut-être stipuler que des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité seront payables par l'entrepreneur, même si le défaut d'exécution est dû à un empêchement exonératoire. Selon un avis, de telles dispositions ne se rencontraient pas dans la pratique et étaient injustes pour l'entrepreneur. Selon un autre avis, on rencontrait dans la pratique de telles dispositions et celles-ci n'étaient peut-être pas inévitables pour certains types d'empêchement exonératoires. En outre, puisque la question était de savoir laquelle des deux parties innocentes devait supporter le risque de perte due à un empêchement exonératoire, les parties devraient être libres de convenir d'imputer le risque à l'une ou l'autre. Il a été convenu que le guide devrait indiquer que, dans des cas exceptionnels, des dispositions pouvaient stipuler qu'une partie est tenue de payer des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité, bien qu'elle ne soit pas autrement responsable des conséquences d'un défaut d'exécution.

93. On a estimé qu'il serait peut-être mieux d'intituler la section C ("Renforcement de l'efficacité des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales") "Comment renforcer l'efficacité des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales". On a également estimé qu'il faudrait s'efforcer de rendre le paragraphe 9 plus concis et plus clair.

94. Pour ce qui est de la section D ("Fixation d'un maximum pour la somme convenue"), il a été convenu que, dans le cadre des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales, le mot "maximum" pouvait avoir des sens différents et qu'il faudrait s'efforcer d'utiliser des termes clairs. Pour ce qui est du paragraphe 14, on a noté que celui-ci se référerait à deux méthodes de limitation de la somme à recouvrer et que ces deux méthodes devaient être distinguées. La première méthode consistait à stipuler dans le contrat que, lorsque les dommages-intérêts libératoires ou les pénalités étaient progressifs (par exemple, un montant déterminé dû par unité de retard) et qu'une limite était fixée au-delà de laquelle il ne pouvait plus y avoir d'augmentation, aucune somme ne pouvait être recouvrée après que cette limite avait été atteinte. Selon l'autre méthode, si aucun dommage-intérêt libératoire ou pénalité ne pouvait être recouvré après que la limite avait été atteinte, il pouvait encore être possible à l'acheteur, s'il prouvait d'une manière certaine qu'il avait subi un préjudice supplémentaire, d'obtenir des dommages-intérêts pour ce préjudice.

95. On a noté qu'il était suggéré dans la section E ("Obtention de la somme convenue") qu'il soit possible de formuler des dispositions contractuelles stipulant que l'acheteur pourrait recouvrer auprès de l'entrepreneur des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité au moyen d'une déduction des sommes dues par lui à l'entrepreneur. On a noté que, dans certains systèmes juridiques et dans certains pays, la question d'une telle déduction était régie par des règles impératives et autres normes. On a également observé que certains systèmes juridiques contenaient des règles faisant obstacle à de telles dispositions. Par exemple, un tribunal pouvait être habilité à réduire une somme convenue en tant que pénalité, de sorte que la déduction d'une somme convenue pourrait ultérieurement être annulée si le tribunal réduisait ladite somme. On a noté par ailleurs que de telles dispositions étaient possibles dans d'autres systèmes juridiques. Il a été convenu d'appeler l'attention des parties sur la nécessité de n'élaborer des dispositions relatives à la déduction qu'après examen des règles juridiques pertinentes et autres normes.

96. Même lorsque des dispositions relatives à la déduction sont possibles en vertu de la législation applicable, il a été proposé que le guide ne présente de telles dispositions que comme une possibilité. On a fait observer qu'il faudrait envisager de placer dans un autre chapitre (par exemple, dans celui traitant de la garantie de bonne exécution) la méthode mentionnée à la section E consistant à rendre plus certain le versement de la somme convenue par la souscription d'une garantie.

97. On a estimé qu'il faudrait formuler plus clairement la possibilité mentionnée au paragraphe 16, c'est-à-dire le fait que la date à partir de laquelle le retard est comptabilisé peut devenir caduque en raison de certaines circonstances, ainsi que les conséquences de ce fait (par exemple, l'impossibilité d'appliquer une clause de dommages-intérêts libératoires ou clause pénale du fait du retard). On a également noté que, comme il était déclaré au paragraphe 16, l'entrepreneur serait alors, dans certains systèmes juridiques, contraint d'assurer l'exécution dans un délai raisonnable, mais que cela pouvait ne pas être le cas dans d'autres systèmes juridiques.

98. On a estimé que la section G ("Résiliation du contrat, clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales") devrait se limiter à donner des conseils sur la rédaction d'une disposition régissant les conséquences de la résiliation sur une clause de dommages-intérêts libératoires ou une clause pénale et que des questions telles que le droit de

recouvrer des dommages-intérêts après la résiliation devraient être traitées au chapitre du guide relatif à la résiliation. On a également proposé de revoir la forme et la structure de cette section, dans un souci de simplification.

99. On est convenu que ce chapitre devrait non seulement appeler l'attention des parties sur les "règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution", adoptées par la Commission à sa seizième session 20/, mais également indiquer qu'il pouvait être fait appel à ces règles pour résoudre les questions souvent complexes qui se posaient lors de la rédaction de clauses de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales.

ASSURANCES 21/

100. Il a été estimé que ce chapitre devrait établir un meilleur équilibre entre la souscription d'une assurance par l'entrepreneur et la souscription d'une assurance par l'acheteur. En outre, d'après une certaine opinion, en raison de la grande variété de contrats auxquels le guide juridique doit s'appliquer, ce chapitre devrait éviter d'indiquer la manière dont des problèmes particuliers d'assurances devraient être résolus dans le contrat; en revanche, il devrait appeler l'attention des parties sur les méthodes possibles qu'elles pourraient envisager pour résoudre ces problèmes.

101. Il a été suggéré que ce chapitre examine les différents types de risques qui existent souvent en ce qui concerne la construction d'installations industrielles. Selon une opinion exprimée, les parties devraient être invitées à prendre connaissance des types d'assurances auxquels elles pourraient souscrire et des risques contre lesquels elles peuvent s'assurer ainsi que des risques qui ne sont habituellement pas couverts par des assurances. D'après certaines suggestions, ce chapitre pourrait contenir des dispositions à titre d'exemple au sujet des assurances à souscrire. Selon d'autres, les parties devraient être avisées qu'il pourrait n'être pas possible de s'assurer contre tous les risques et que le coût d'une assurance contre certains risques pourrait être excessif en raison de l'ampleur de ces risques. D'après une autre opinion, les parties devraient être invitées à examiner qui devrait assumer les risques qui ne pourraient être couverts par l'assurance. Selon d'autres suggestions, ce chapitre devrait indiquer certaines des raisons pour lesquelles l'acheteur a intérêt à ce que l'entrepreneur soit assuré pour les risques lui incombant, assurance dont la charge est, en dernière analyse, assumée par l'acheteur.

102. Il a été suggéré que l'acheteur devrait être informé qu'à la phase précédant l'adjudication, il aurait avantage à consulter un agent d'assurances internationales ou un consultant sur la gestion des risques pour connaître les possibilités d'assurances qui existent sur le marché et le type d'assurance qui devrait être prévu dans le contrat. Il a été également proposé que l'acheteur soit invité à voir s'il serait moins coûteux pour lui de contracter lui-même certains types d'assurances au lieu de demander à l'entrepreneur de le faire. D'après d'autres opinions, le chapitre pourrait mentionner les possibilités d'auto-assurance partielle ou intégrale par l'entrepreneur, d'assurance contre les risques politiques et d'assurance globale. D'après certaines autres opinions cependant, ces possibilités ne devraient pas être mentionnées dans le chapitre.

103. Selon une certaine opinion, le chapitre devrait indiquer qu'il serait souhaitable de désigner aussi bien l'entrepreneur que l'acheteur comme parties aux polices d'assurance afin d'éviter les difficultés et les coûts liés à la subrogation de l'assureur contre la partie non désignée. Il a été suggéré que le chapitre examine les raisons pour lesquelles l'acheteur aurait intérêt à ce que le contrat exige une assurance contre les risques et du fait des responsabilités assumées par l'entrepreneur.

104. Le chapitre devrait, selon une opinion exprimée, recommander que l'assurance soit contractée auprès d'un assureur qui a la capacité financière d'assurer contre les risques et qui est acceptable par l'une et l'autre partie. D'après une autre opinion, le chapitre devrait examiner les avantages et les inconvénients qu'il y aurait à contracter la plus forte part d'assurance possible auprès d'un seul assureur au lieu de s'adresser à plusieurs. Il a été également déclaré qu'il serait bon que le chapitre examine les moyens d'adapter le montant de l'assurance souscrite afin de tenir compte de l'inflation. Selon un autre avis, les parties devraient être invitées à exiger que les sommes dues au titre de l'assurance soient payées en devises librement convertibles ou dans une monnaie spécifiée (par exemple, la monnaie dans laquelle le prix du contrat est exprimé).

105. En ce qui concerne l'assurance de l'installation achevée, selon certains, les parties devraient être invitées à voir si l'assurance devrait être exigée pour toute la période de garantie. Lorsque plusieurs entrepreneurs participent à la construction, il a été observé que chaque entrepreneur pourrait assurer la partie de l'usine au cours de la construction et celle de l'installation achevée pour lesquelles il est responsable. Selon une autre opinion, s'il y a plusieurs entrepreneurs, celui qui a simplement coordonné les travaux de construction exécutés par d'autres entrepreneurs ne devrait pas être tenu d'assurer l'usine et les ouvrages dans leur totalité.

106. En ce qui concerne l'assurance du matériel et des matériaux à incorporer dans l'installation, selon une opinion, l'acheteur n'aurait pas intérêt à ce qu'une telle assurance prenne effet avant le moment où ces matériels et matériaux ont été expédiés. On a également observé que, dans la pratique, le matériel et les matériaux en transit à destination du site sont assurés dans le cadre d'une police d'assurance de transport distincte. S'il se produit un différend sur le point de savoir si la perte ou l'endommagement du matériel ou des matériaux se sont produits au cours de la période de transport ou au cours d'une autre période, dans la pratique actuelle, les assureurs couvrant ces périodes prennent également en charge le paiement de la compensation pour la perte ou le dommage. Il a été aussi suggéré que le chapitre devrait inviter chacune des parties à s'assurer chacune contre la perte ou le dommage des matériels et matériaux pour lesquels la partie en question assume le risque d'une telle perte ou d'un tel dommage.

107. En ce qui concerne l'assurance du matériel et des outils de l'entrepreneur, d'après une certaine opinion, cette assurance n'a habituellement d'intérêt que pour l'entrepreneur. Il a été suggéré d'inviter les parties à considérer s'il est nécessaire que le contrat exige une telle assurance; si tel est le cas, le coût de cette assurance devrait être à la charge de l'entrepreneur. On a en outre suggéré que le chapitre fasse état des difficultés qui pourraient surgir si un entrepreneur étranger était tenu de contracter une telle assurance auprès d'un assureur du pays de l'acheteur.

108. En ce qui concerne les assurances responsabilité, il a été suggéré que le chapitre spécifie les périodes au cours desquelles les différents types d'assurance responsabilité seraient en vigueur. A cet égard, d'après une opinion, la période couverte par une assurance responsabilité du fait du produit devrait être liée à la période légale applicable de limitation ou de prescription.

109. Une suggestion a également été faite selon laquelle les parties devraient savoir qu'un entrepreneur qui a à la fois conçu et construit l'installation ne pourrait peut-être pas souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle.

110. Il a été également suggéré que le chapitre traite de l'utilité ou de la nécessité pour chacune des parties de souscrire une assurance visant à dédommager les employés en cas de préjudice corporel lié au travail effectué. D'après une autre opinion les parties devraient être invitées à exiger une telle assurance particulièrement en ce qui concerne les employés du pays où l'installation est construite.

111. En ce qui concerne la preuve de l'assurance, d'après une certaine opinion le contrat devrait fixer une date limite à laquelle cette preuve devrait être soumise par l'entrepreneur à l'acheteur. D'après une autre opinion, le contrat devrait également imposer à l'acheteur de fournir à l'entrepreneur la preuve de l'assurance que l'acheteur est tenu de souscrire. Il a été suggéré que le contrat autorise une partie à recevoir la preuve de l'assurance d'un assureur auprès duquel a été souscrite une assurance pour l'autre partie. En outre, d'après une autre suggestion, le contrat devrait contraindre une partie à enjoindre l'assureur auprès duquel il a souscrit l'assurance de notifier à l'autre partie si une prime n'a pas été versée.

112. Selon une opinion, le contrat devrait pouvoir être résilié par l'acheteur si l'entrepreneur ne souscrit pas l'assurance qu'il est tenu de souscrire. Selon une autre opinion, le contrat ne saurait être résilié dans un tel cas et le recours ouvert à l'acheteur devrait être de réclamer des dommages pour toute perte subie par lui à raison de cette défaillance.

113. Selon une certaine opinion, si le contrat habilite l'acheteur à contracter aux frais de l'entrepreneur une assurance que l'entrepreneur est contraint de souscrire mais qu'il n'a pas souscrite, le contrat devrait obliger l'acheteur à donner à l'entrepreneur notification préalable de son intention de souscrire l'assurance. Selon une autre opinion, l'entrepreneur n'encourrait de responsabilité que pour les dépenses raisonnables assumées par l'acheteur pour souscrire une telle assurance.

SOUS-TRAITANCE 22/

114. Il a été proposé que le chapitre recommande aux parties de porter une attention particulière aux dispositions relatives à la sous-traitance lorsqu'elles négociaient et rédigeaient le contrat de construction. En effet, si cette question n'était pas traitée de manière satisfaisante, il risquait de se poser des problèmes pour ce qui est de la construction et de la qualité de l'installation. On a estimé qu'il faudrait préciser le champ de l'expression "sous-traitance" telle qu'utilisée dans le chapitre, de manière à distinguer les entités incluses dans cette expression de celles qui ne l'étaient pas. Par exemple, il faudrait établir une distinction entre les sous-traitants et les fournisseurs.

115. On a étudié la question de l'existence d'une relation juridique entre l'acheteur et un sous-traitant. Selon un avis, il ne devrait y avoir aucune relation juridique entre ces deux entités. Selon un autre avis, cette approche était par trop absolue. A l'appui de cette dernière opinion, on a noté que, dans certains systèmes juridiques, il pouvait y avoir une relation juridique entre l'acheteur et le sous-traitant pour certaines questions particulières. Par exemple, l'acheteur pouvait attaquer directement un sous-traitant en cas de manquement à certaines obligations. Dans d'autres systèmes juridiques, il existait une relation tripartite entre l'entrepreneur, l'acheteur et un sous-traitant. Il pouvait également y avoir dans certains cas une relation juridique entre l'acheteur et un sous-traitant du fait de certaines dispositions du contrat, notamment celles autorisant l'acheteur à choisir un sous-traitant ou à participer à son choix, celles l'autorisant à intenter directement une action à l'encontre de l'entrepreneur, et celles l'autorisant à payer directement un sous-traitant.

116. Des avis divers ont été exprimés en ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acheteur du fait d'actes et d'omissions d'un sous-traitant. On a estimé que différentes formules devraient être portées à l'attention des parties. Selon une de ces formules, l'entrepreneur devrait être entièrement responsable envers l'acheteur des actes ou omissions d'un sous-traitant. Selon une autre, la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acheteur pour les actes et omissions d'un sous-traitant devrait être réduite ou même exclue si l'entrepreneur ne pouvait choisir librement le sous-traitant.

117. Selon un avis, le contrat ne devrait permettre un contact direct entre un sous-traitant et l'acheteur que pour des questions techniques ou des questions liées à la conception ou à la qualité de l'installation. Selon un autre avis, la solution adoptée à propos de telles questions par l'acheteur et un sous-traitant ne devrait être appliquée que si elle n'avait pas d'incidences sur les obligations de l'entrepreneur dont n'avait pas à s'acquitter le sous-traitant. Selon cet avis, en outre, des communications non autorisées par le contrat devraient avoir pour résultat de libérer l'entrepreneur de toute responsabilité pour les actes effectués comme suite à ces communications. Il a été proposé que l'entrepreneur ait le droit d'être présent lors de discussions entre l'acheteur et le sous-traitant et que le contrat oblige l'acheteur à informer l'entrepreneur de toute communication entre lui et un sous-traitant. Il a en outre été suggéré que le chapitre mentionne qu'un sous-traitant avait besoin, dans certaines situations, d'obtenir des renseignements de l'acheteur.

118. Il a été proposé que le chapitre traite du remplacement d'un sous-traitant par un autre, des consortiums faisant office de sous-traitants et de la "sous-sous-traitance". Il a été proposé que le paragraphe 3 de la disposition 1 donnée à titre d'exemple figure dans une disposition générale relative à l'indemnisation de l'acheteur par l'entrepreneur.

119. Pour ce qui est du droit qu'a l'entrepreneur de sous-traiter, il a été proposé de présenter diverses formules dans le chapitre. Selon une formule, l'entrepreneur devrait être habilité à sous-traiter librement. Selon une autre, ce droit devrait être limité et les paragraphes 7 et 8 du chapitre examiné étaient à cet égard tout à fait pertinents. Il a été proposé que l'entrepreneur ne soit pas autorisé à sous-traiter une partie importante des travaux. Il a été noté qu'il pourrait être difficile de stipuler dans le contrat quelles obligations de l'entrepreneur ne pouvaient être sous-traitées. On a suggéré qu'il serait donc préférable que le contrat

interdise la sous-traitance des obligations de l'entrepreneur, à l'exception de celles dont le contrat stipulerait qu'elles peuvent être sous-traitées. Il a également été noté que, dans la pratique, la sous-traitance des obligations en matière de conception était souvent interdite.

120. On a étudié la question du choix des sous-traitants. Il a été proposé que les trois méthodes mentionnées dans le chapitre soient plus clairement définies. Il a également été proposé que le chapitre examine ces trois méthodes et en indique les avantages et les inconvénients.

121. Selon un avis, il faudrait indiquer aux parties que, dans la mesure du possible, les sous-traitants devraient être désignés par leur nom dans le contrat de construction. On a également estimé qu'il faudrait signaler aux parties qu'il n'est pas bon de prévoir que les sous-traitants seront choisis par l'entrepreneur, sous réserve de l'approbation de l'acheteur après la conclusion du contrat. Selon cet avis, cette formule était dangereuse dans les contrats de construction, car, si l'acheteur s'opposait au choix d'un sous-traitant, il pouvait se révéler impossible de proposer un autre sous-traitant. En outre, elle risquait d'entraîner une interruption des travaux. On a noté que selon cette formule, si l'acheteur était responsable de la sous-traitance, toute dépense supplémentaire en découlant serait à sa charge.

122. D'après une suggestion, lorsque le sous-traitant devait être choisi par l'entrepreneur sous réserve de l'agrément de l'acheteur après la conclusion du contrat, l'entrepreneur devrait être obligé de donner à l'acheteur un exemplaire du contrat de sous-traitance ainsi que toute autre donnée relative au contrat de sous-traitance que l'acheteur pourrait exiger. On a toutefois observé qu'il ne serait peut-être pas toujours possible à l'entrepreneur de communiquer à l'acheteur le prix du contrat de sous-traitance.

123. On a aussi suggéré que, dans les cas mentionnés au précédent paragraphe, l'entrepreneur consulte l'acheteur, obtienne son avis et, sous réserve de l'agrément de ce dernier, fournisse les documents susmentionnés.

124. On a noté que les facteurs conférant à l'acheteur un intérêt quant au choix d'un sous-traitant, mentionnés au paragraphe 11, existaient dans tous les cas, même lorsque l'acheteur ne participait pas au choix du sous-traitant. De plus, ces facteurs jouaient aussi dans le cas de l'entrepreneur.

125. On a dit que le chapitre devrait souligner l'importance de la coopération et de la communication entre les parties, indépendamment de l'approche retenue pour le choix des sous-traitants. On a suggéré que les conditions du contrat principal figurent dans le contrat de sous-traitance afin d'obliger le sous-traitant à respecter les normes du contrat principal. On a également suggéré de conseiller aux parties de prévoir un mécanisme propre à résoudre rapidement les différends sur le choix des sous-traitants.

126. Il a été convenu que le chapitre devrait traiter, dans le cadre des mécanismes envisageables par les parties pour le choix des sous-traitants, du système de désignation. Toutefois, le recours au système de désignation ne devrait pas être encouragé et les risques afférents à son utilisation devraient être soulignés. Il a été dit par exemple que dans le cadre de certains systèmes juridiques, il serait possible dans certains cas à un sous-traitant désigné avec lequel l'acheteur aurait négocié d'alléguer avoir conclu un accord avec celui-ci. Dans ce cas, l'acheteur pourrait être tenu à

l'exécution du contrat de sous-traitance désigné si le sous-traitant désigné n'était pas engagé par l'entrepreneur. En outre, l'acheteur pouvait être tenu pour responsable des pertes ou préjudices imputables à une exécution défectueuse de la part d'un sous-traitant désigné. Selon un autre point de vue, le système de désignation était satisfaisant dans la mesure où l'entrepreneur avait le droit de refuser un sous-traitant désigné par l'acheteur. Les motifs indiqués au paragraphe 24 ont été soulignés, notamment le fait que la législation nationale peut dans certains cas exiger le recours à des sous-traitants locaux.

127. En ce qui concerne les motifs susceptibles de fonder l'opposition de l'entrepreneur au choix d'un sous-traitant désigné par l'acheteur, certains ont estimé qu'en plus des motifs examinés au paragraphe 22, il convenait d'envisager le cas où, en vertu des politiques commerciales appliquées dans son pays, l'entrepreneur ne pouvait sous-traiter qu'avec des sous-traitants de certains pays. On a par ailleurs estimé que l'entrepreneur devait pouvoir s'opposer au choix d'un sous-traitant désigné si ce dernier n'était pas suffisamment qualifié pour exécuter les travaux ou dans l'impossibilité de dédommager l'entrepreneur en totalité pour les pertes ou dommages résultant de ses actes ou omissions. Pour supprimer éventuellement le motif mentionné à l'alinéa a) du paragraphe 22 (c'est-à-dire l'incapacité du sous-traitant de s'acquitter envers l'entrepreneur d'obligations comparables à celles que l'entrepreneur a vis-à-vis de l'acheteur), il a été proposé que le montant des dommages et intérêts payables par l'entrepreneur à l'acheteur puisse être limité à celui des dommages et intérêts que l'entrepreneur était en mesure d'obtenir du sous-traitant désigné. D'autres participants ont cependant estimé que ce procédé n'était pas satisfaisant car il ne réglait pas le cas où l'entrepreneur était responsable envers un tiers des actes ou omissions du sous-traitant et où le contrat de sous-traitance ne garantissait pas suffisamment l'entrepreneur de cette responsabilité. Dans ce cas, le contrat de construction ne pouvait restreindre la responsabilité de l'entrepreneur envers les tiers.

128. D'après une certaine opinion, la responsabilité de l'entrepreneur à raison des actes ou omissions d'un sous-traitant désigné, mentionnée au paragraphe 24, était une des questions qui devraient être traitées dans le chapitre. Selon une autre opinion cependant, bien que cette formule puisse être mentionnée, le chapitre ne devrait pas la reprendre à son compte. Il a été suggéré que le chapitre examine également la formule selon laquelle l'acheteur assume la responsabilité du fait des actes ou omissions d'un sous-traitant désigné. Selon un autre point de vue, si l'entrepreneur s'abstient sans raison valable d'engager un sous-traitant désigné, il devrait être responsable envers l'acheteur de toutes pertes résultant de cette défaillance.

129. Différentes opinions ont été exprimées au sujet de la responsabilité d'un entrepreneur dans le cas où un sous-traitant désigné cesse d'exécuter le contrat de sous-traitance ou si ce contrat est résilié. Selon une certaine opinion, l'acheteur devrait être tenu pour responsable des pertes et des dépenses liées à l'interruption des travaux et de l'engagement d'un nouveau sous-traitant dans les cas où l'entrepreneur n'était pas en défaut. En conséquence, il a été suggéré que les deux dernières phrases du paragraphe 25 soient supprimées. Selon une autre manière de voir cependant, la solution exposée dans ces deux phrases était satisfaisante si les parties donnaient leur agrément.

130. Il a été suggéré que le chapitre souligne qu'un moyen éventuel de résoudre les problèmes posés par le système de désignation, serait que l'acheteur accepte d'engager lui-même le sous-traitant.

131. Différents mécanismes ont été proposés pour permettre à l'acheteur de se retourner directement contre le sous-traitant au sujet de certaines questions telles que l'obligation de confidentialité et les obligations de garantie. Selon une formule proposée, ces obligations seraient imposées au sous-traitant aux termes du contrat de sous-traitance. Les mêmes obligations seraient imposées à l'entrepreneur dans le contrat de construction. Dans certains systèmes juridiques, l'acheteur aurait alors la possibilité de se retourner contre le sous-traitant au nom de l'entrepreneur à raison d'une violation de ces obligations par le sous-traitant. D'après une autre formule, l'acheteur, l'entrepreneur et le sous-traitant deviendraient parties à un accord tripartite contenant de telles obligations. Selon une autre formule encore, la question des recours directs par l'acheteur contre un sous-traitant serait réglée dans le cadre de la législation nationale.

132. S'agissant de savoir quand des versements directs par l'acheteur à un sous-traitant pourraient être justifiés, il a été suggéré que le contrat stipule qu'à titre de condition pour recevoir des acomptes versés par l'acheteur, l'entrepreneur serait tenu de fournir à l'acheteur la preuve que les paiements antérieurs faits par l'acheteur à l'entrepreneur au titre des travaux sous-traités ont été transmis au sous-traitant. Faute d'une telle preuve, ou d'une explication satisfaisante des raisons pour lesquelles les versements antérieurs n'ont pas été réglés au sous-traitant, l'acheteur pourrait payer directement au sous-traitant et déduire la somme versée du montant dû à l'entrepreneur. Il a été noté cependant que la possibilité pour l'acheteur de payer directement un sous-traitant et de déduire ces sommes des montants dus à l'entrepreneur pourrait affecter les relations entre l'acheteur et l'entrepreneur. On a émis l'opinion que l'acheteur devrait être informé que ce mécanisme présente un grand risque et peut impliquer l'acheteur dans des litiges entre l'entrepreneur et les sous-traitants. On a fait remarquer en particulier que l'acheteur risquait de trop payer le sous-traitant. D'après une suggestion qui a été faite, la dernière phrase du paragraphe 30 devrait être réexaminée car on peut se demander si la situation envisagée dans cette phrase pourrait se produire dans la pratique.

GARANTIE DE BONNE EXECUTION 23/

133. On a estimé que le chapitre devrait mettre l'accent sur les dépenses que pourraient entraîner les différents arrangements relatifs à la fourniture de garanties. Les parties pourraient envisager de se contenter de garanties minimales, au vu de la réputation et la situation financière de l'entrepreneur. Lorsque des garanties doivent être fournies, le chapitre devrait souligner qu'il faut étudier les coûts comparés des différents arrangements, afin d'éviter toute dépense superflue. Il a été noté en particulier qu'un arrangement stipulant qu'une garantie financière de bonne exécution est fournie par une banque et confirmée par une autre peut entraîner des dépenses considérables.

134. On a noté que, dans le chapitre, les références à d'autres textes devraient être limitées. Lorsque des renseignements pertinents ou des arrangements contractuels figuraient dans d'autres textes, il était préférable de présenter ces renseignements ou ces arrangements dans le chapitre lui-même. Si l'on se référait à d'autres documents, il devrait s'agir de textes ayant d'une manière ou d'une autre été acceptés par la Commission.

135. Des avis divergents ont été exprimés quant à la fréquence des garanties dans la pratique contractuelle, et notamment des garanties de bonne exécution. Selon un avis, les acheteurs n'insistaient pour obtenir de telles garanties que dans un petit nombre de régions, alors que, selon un autre avis, elles étaient exigées dans de nombreuses régions et toujours lorsqu'un contrat de construction était financé par des fonds provenant d'une institution internationale de développement.

136. Selon un avis, la description de la "garantie de soumission" figurant au paragraphe 5 pourrait ne pas être conforme à la manière dont fonctionne cette garantie dans la pratique. Il a également été proposé d'utiliser dans le chapitre une terminologie claire et uniforme. Ainsi éviterait-on toute confusion entre la garantie de bonne exécution et une garantie de qualité liée à l'exécution. On a en outre noté que l'expression "garantie de bonne exécution" était utilisée dans le chapitre pour décrire deux différents types de garanties (appelées dans le chapitre "garantie financière de bonne exécution" et "cautionnement de bonne fin"). Aussi, à chaque fois que l'expression "garantie de bonne exécution" était retenue dans le texte, faudrait-il préciser dans quel sens elle était utilisée. On a également estimé qu'il serait possible d'améliorer la présentation du chapitre si les garanties financières de bonne exécution et les cautionnements de bonne fin étaient traités séparément.

137. Pour ce qui est du choix des garants, selon un avis, les parties devraient être invitées à convenir des garants avant la conclusion du contrat. S'il n'était pas procédé à ce choix avant la conclusion du contrat et que l'acheteur rejetait par la suite le garant choisi par l'entrepreneur, ce dernier risquait d'éprouver des difficultés à en trouver un autre acceptable à l'acheteur. Selon un avis, pour que l'acheteur soit suffisamment protégé, il ne serait peut-être pas nécessaire d'insister sur le choix d'un garant du pays de l'acheteur; une garantie provenant d'une banque ou autre institution financière de premier rang, peut-être d'un pays qui ne serait ni celui de l'acheteur ni celui de l'entrepreneur, pourrait être suffisante. A ce propos, on a estimé que, même si l'acheteur insistait pour obtenir une garantie souscrite auprès d'une banque de son pays, cette banque pouvait parfois dans la pratique obtenir une contre-garantie d'une banque étrangère, afin de s'assurer qu'elle disposerait d'une somme suffisante en monnaie convertible pour s'acquitter d'éventuelles obligations de paiement au titre de la garantie. On a également noté que les parties devraient s'assurer que le garant avait les moyens financiers de s'acquitter des obligations figurant dans la garantie. Il a été proposé que le chapitre indique que, dans certains cas, l'acheteur pouvait demander une garantie gouvernementale afin d'assurer le respect des engagements pris par l'entrepreneur.

138. Selon un avis, si les mots "garantie indépendante" et "garantie accessoire" étaient souvent utilisés, les mots "garantie conditionnelle" et "garantie inconditionnelle" l'étaient également, et il faudrait mentionner cet usage dans le chapitre. On a émis l'opinion que l'expression "garantie indépendante" ne devrait plus être utilisée.

139. On a observé qu'outre les arrangements possibles relatifs au recours dans le cadre des garanties à première demande, le chapitre pourrait décrire d'autres arrangements qui pourraient contribuer à protéger les intérêts de l'acheteur comme de l'entrepreneur. Un de ces arrangements consisterait à stipuler dans la garantie que le garant n'est pas tenu de payer l'acheteur immédiatement sur sa demande, mais peut ne le faire qu'après expiration d'un délai donné. Ce délai permettrait la tenue de négociations entre l'acheteur et l'entrepreneur, de manière à régler le différend les séparant. Un autre

arrangement était possible : le garant pouvait, après avoir reçu la demande de l'acheteur, verser l'argent à un tiers qui le détiendrait en attendant le règlement du différend séparant l'acheteur et l'entrepreneur. Il pourrait également être possible de stipuler, dans le contrat de construction, que l'acheteur doit notifier l'entrepreneur avant de faire une demande de paiement, ou lui donner un délai pour remédier aux défauts invoqués avant de demander le paiement. Le non-respect de ces conditions contractuelles imposerait à l'acheteur une responsabilité contractuelle envers l'entrepreneur. En outre, si le contrat stipulait de telles conditions, les tribunaux de certains systèmes juridiques pourraient empêcher l'acheteur d'adresser au titre de la garantie une réclamation qui contreviendrait à ces conditions.

140. Selon un certain point de vue, même lorsque la garantie personnelle considérée était une garantie à première demande, il se pouvait que le garant ne soit pas toujours obligé de payer sur la simple allégation par l'acheteur d'un défaut d'exécution de l'entrepreneur. Le chapitre pourrait mentionner l'apparition, dans certains systèmes juridiques, de restrictions très strictes aux droits de recours de l'acheteur (par exemple, en cas de demande frauduleuse). On a aussi noté qu'il pouvait être utile de distinguer nettement, d'une part, la relation entre l'acheteur et le garant et, d'autre part, la relation entre l'acheteur et l'entrepreneur. Si une demande abusive présentée dans le cadre d'une garantie à première demande obligeait le garant à payer, les droits de recours de l'entrepreneur contre l'acheteur pour violation des clauses contractuelles relatives à la réalisation de la garantie restaient intacts.

141. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 18, l'idée a été émise que, si les parties avaient habituellement un intérêt commun à la bonne exécution du contrat, il n'en restait pas moins que dans certaines conditions, ce facteur pouvait être insuffisant pour décourager un éventuel abus de droits dans le cadre d'une garantie à première demande. Il a par suite été convenu de supprimer cette phrase.

142. Selon une certaine opinion, l'idée exprimée dans le chapitre selon laquelle l'acheteur pourrait indiquer dans son appel d'offres quels garants il serait disposé à accepter devrait être précisée. On pouvait envisager que l'acheteur indique l'identité des garants qu'il serait prêt à accepter. Toutefois, vu le risque que nombre d'entrepreneurs ne puissent fournir les garants indiqués, il était peut-être souhaitable de ne stipuler que les types de garants acceptables (par exemple, ceux offrant une garantie financière de bonne exécution ou ceux offrant un cautionnement de bonne fin). On a aussi mis en doute l'utilité de l'approche exigeant que les soumissions soient accompagnées d'un certificat d'un éventuel garant attestant que celui-ci était prêt à accorder une garantie de bonne exécution, certains systèmes juridiques déniaient à l'engagement inscrit dans le certificat tout effet juridique.

143. Il a été noté que le chapitre suggérait au paragraphe 19 que, lorsque la garantie devait être fournie après la conclusion du contrat, les parties devaient s'entendre sur le droit de l'acheteur d'obtenir des dommages et intérêts en cas de manquement à cette obligation. On a toutefois observé qu'en ce qui concerne ce recours, l'acheteur devait soigneusement examiner la valeur prévisible pour lui d'un droit à dédommagement aussi peu sûr contre un entrepreneur étranger, le montant des préjudices qu'il risquait effectivement de subir et les difficultés éventuelles liées à l'obtention d'un jugement contre l'entrepreneur étranger.

144. Il a été noté que la monnaie dans laquelle la sûreté était réalisée, tant dans le cadre d'une garantie de remboursement que d'une garantie de bonne exécution (par. 20), était habituellement celle stipulée pour le paiement du prix du contrat. Il a par ailleurs été observé qu'il était inutile, au paragraphe 23, de mentionner l'obligation du garant de régler les frais et préjudices encourus par l'acheteur puisqu'en pratique, celui-ci demandait une somme globale en application de la garantie et n'était pas tenu de prouver les frais et préjudices subis par lui.

145. Il a été proposé de faire référence, au point 2 de la section B ("Garantie de bonne exécution résultant des conditions de paiement"), au chapitre traitant du Prix, qui contenait un examen détaillé des conditions de paiement.

146. Selon un certain point de vue, le paragraphe 36 ne reflétait pas suffisamment la pratique actuellement suivie dans certaines régions en ce qui concerne le paiement à l'entrepreneur du solde du prix intégral du contrat. Il a été noté que souvent, les conditions de paiement stipulaient que 50 % du solde était payable à l'achèvement de la construction, la moitié restante devant être payée à l'expiration de la période de garantie.

147. On a dit qu'il serait utile d'indiquer dans quels cas il était opportun qu'un contrat exige à la fois la fourniture d'une garantie de bonne exécution par l'entrepreneur sous forme de sûretés personnelles et d'une garantie résultant des conditions de paiement, ou qu'il n'exige qu'une forme de garantie. On a également suggéré que, lorsque les deux formes de garantie étaient fournies, le chapitre traite du choix éventuellement ouvert à l'acheteur quant à la réalisation des garanties.

148. Il a été observé que la section C ("Garantie de paiement par l'acheteur") pourrait être réexaminée pour établir un équilibre entre cette même section et la section B ("Garantie de bonne exécution par l'entrepreneur"). En particulier, le chapitre devrait indiquer au paragraphe 39 que l'entrepreneur pourrait avoir avantage à disposer d'une lettre de crédit émise en sa faveur par une banque de son pays et qu'outre les difficultés de contrôle des changes, l'entrepreneur pourrait éprouver d'autres difficultés administratives à obtenir le paiement. De plus, au lieu d'exiger une lettre de crédit "revolving" comme l'indique le paragraphe 40, on pourrait prêter attention à l'émission d'une lettre de crédit d'un montant de la totalité du prix du contrat. Il a été noté qu'on pourrait atteindre l'objectif d'un meilleur équilibre en donnant dans la section C plus d'importance aux autres approches qui pourraient être adoptées qu'à des recommandations spécifiques.

149. Il a été noté que le simple fait que les travaux soient financés par un organisme international de prêt ou une autre institution bien établie pourrait ne pas être une garantie suffisante de paiement pour l'entrepreneur. Aux termes de certains arrangements contractuels, les paiements sont dus uniquement sur présentation d'un certificat de bonne exécution des travaux délivré par un ingénieur employé de l'acheteur, ou sur autorisation de l'acheteur. Des circonstances pourraient se présenter dans lesquelles l'attestation qui conviendrait n'a pas été présentée et l'institution financière n'est pas en mesure d'effectuer le paiement. Un moyen de résoudre cette difficulté pourrait être de donner le droit à l'entrepreneur d'obtenir que le paiement soit activé selon une procédure qui serait indépendante de l'acheteur.

150. Il a été observé que les parties voudraient peut-être prévoir les conséquences qui s'ensuivraient si l'acheteur n'émettait pas la lettre de crédit prévue aux termes du contrat ou tardait à le faire. Il a été également observé que la section C devrait exposer le système de paiement différé quelquefois adopté pour le financement des contrats de construction, en vertu desquels les crédits pour la construction étaient accordés par l'entrepreneur ou en son nom et l'acheteur s'engageait à effectuer des paiements différés au cours d'une période convenue entre les parties.

151. Il a été suggéré que mention soit faite des méthodes de règlement de différends qui pourraient être adoptées lorsqu'un différend surgit au sujet de la garantie à fournir par l'entrepreneur pour la bonne exécution de ses obligations et à propos de la garantie à fournir par l'acheteur pour le paiement du prix.

152. De l'avis général, les sûretés réelles (sect. D) n'ont pas une grande importance pour l'une des parties comme moyens de garantir la bonne exécution par l'autre partie. Il a été observé que le sujet était complexe et difficile à décrire avec concision. Il a été noté que des sûretés réelles en faveur de l'acheteur sur le matériel de construction de l'entrepreneur avaient perdu de leur importance car ce matériel était souvent loué par l'entrepreneur et ne lui appartenait pas en propre. Il a été convenu que le sujet n'avait pas à être traité dans une section distincte du chapitre mais que les dispositions de la présente section traitant de ce sujet pourraient être mentionnées dans certains passages appropriés d'autres sections du chapitre. Selon une opinion exprimée cependant, le chapitre pourrait également mentionner la clause de réserve de propriété et les hypothèques. On a enfin émis l'opinion qu'il conviendrait de rappeler aux parties qu'il serait souhaitable de solliciter des conseils juridiques indépendants sur le droit applicable aux sûretés réelles situées dans un autre pays.

QUESTIONS DIVERSES ET TRAVAUX FUTURS

153. Il a été noté que deux autres sessions du Groupe de travail pourraient être nécessaires pour mener à bien les délibérations sur la plupart des projets de chapitres à mentionner dans le guide juridique. Plusieurs projets de chapitres seraient établis pour la prochaine session du Groupe de travail qui devrait se tenir conformément à la décision de la Commission du 8 au 19 avril 1985 à New York 24/.

154. Le secrétaire de la Commission a déclaré que le secrétariat soumettrait à la septième session du Groupe de travail une révision de l'esquisse de la structure du guide juridique (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1) et que ce texte révisé refléterait les délibérations du Groupe de travail et contiendrait un remaniement et l'amalgame de certains chapitres que le secrétariat pourrait juger appropriés. Le secrétariat soumettrait également à la huitième session du Groupe de travail une nouvelle rédaction des chapitres suivants : "Achèvement, réception et prise en charge" et "Choix d'un contrat-type" qui nécessitaient une révision substantielle compte tenu des discussions du Groupe de travail.

Notes

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17), par. 71.

2/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17), par. 100.

3/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17), par. 143.

4/ A/CN.9/176, par. 31.

5/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17 (A/35/17), par. 143.

6/ A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8 et A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6.

7/ A/CN.9/198, par. 11 à 80 et A/CN.9/217, par. 13 à 129.

8/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17), par. 84.

9/ A/CN.9/217, par. 130.

10/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17 (A/36/17), par. 84.

11/ A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 4.

12/ A/CN.9/234, par. 51 et 52.

13/ A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 4 et 6 à 9.

14/ Voir A/CN.9/247, par. 132.

15/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1.

16/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2.

17/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3.

18/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

19/ A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

Notes (suite)

20/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 17 (A/38/17), annexe 1.

21/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4.

22/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5.

23/ A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6

24/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17 (A/39/17), par. 154.

- - - - -