



**Les rencontres
mondiales
de l'ingénierie**

Du 7 au 10 septembre
au Palais des congrès
de Paris.
Voir aussi notre
enquête page 38.

Droit international de l'ingénierie

A chacun son modèle de contrat Fidic

● Dans le cadre du Congrès mondial de l'ingénierie qui se tient cette année à Paris, voici une présentation synthétique de l'ensemble des modèles de contrats Fidic que les professionnels peuvent utiliser.

● Ces contrats-types sont devenus peu à peu une référence en matière de contrats internationaux, influençant grandement les pratiques de l'ingénierie.

Au fil des années, Fidic (la Fédération internationale des ingénieurs-conseils) a élaboré un certain nombre de modèles de contrats entre différentes parties, par exemple entre les maîtres de l'ouvrage et leurs ingénieurs-conseils ou entre les entrepreneurs et leurs sous-traitants. Cependant, cet article traitera uniquement des modèles de contrats Fidic entre les maîtres de l'ouvrage et leurs entrepreneurs. Selon Fidic, le terme maître de l'ouvrage signifie l'acquéreur, le propriétaire ou le client, qui s'attache les services de l'entrepreneur pour réaliser physiquement le projet de travaux.

1 - Les modèles de contrats Fidic traditionnels antérieurs à 1999

Les anciens Livre rouge et Livre jaune

Les modèles de contrats Fidic «traditionnels» antérieurs à 1999, entre les maîtres de l'ouvrage et leurs entrepreneurs, dont l'utilisation est devenue très fréquente sur l'ensemble du marché de la construction internationale et auxquels sont accoutumés ceux qui travaillent sur des projets de construction réunissant des parties de pays différents, sont généralement connus sous l'appellation de Livre rouge et de Livre jaune. Les titres exacts de ces livres sont, respectivement:

● «*Conditions of contract for works of civil engineering construction*»: Conditions de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil (1987, Livre rouge),

● et «*Conditions of contract for electrical and mechanical works*»: Conditions de contrat pour les travaux électriques et mécaniques (1987, Livre jaune).

La première édition du Livre rouge a été publiée en 1957. Comme son titre l'indique, il était destiné aux travaux de génie civil tels que les routes, les équipements et systèmes d'eau, les ponts, les barrages, les centrales hydroélectriques, les tunnels et tous autres travaux de construction dont la majeure partie était exécutée sur le «site» et dont les plans détaillés sont fournis par le maître de l'ouvrage ou son ingénieur.

Il est rapidement apparu évident que ce modèle de contrat n'était pas satisfaisant pour les contrats impliquant des travaux dont la plus grande part devait être exécutée «hors site», par exemple dans les ateliers d'un fabricant. Cela a conduit à la publication de la première édition du Livre jaune pour les travaux électriques et mécaniques, en 1963.

Ce Livre jaune met plus l'accent sur les essais, les procédures de montage, les garanties et convient aux biens d'équipements manufacturés tels que les turbines, les générateurs et les équipements de

commutation ou de distribution. Les conditions Fidic ont été reconnues pour leur caractère équitable et pour l'équilibre qu'elles ont instauré entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Il s'agit là d'une croyance ferme de Fidic, érigée en postulat, selon laquelle un contrat équitable et équilibré profite à tous les intéressés. Au contraire, un contrat inéquitable ou déséquilibré peut conférer un avantage temporaire à l'une ou l'autre des parties, mais un tel avantage sera de courte durée et, selon Fidic, les inconvénients l'emporteront à long terme sur n'importe quel profit à court terme.

Ces deux livres font référence à un ingénieur, dont la tâche consiste principalement à diriger et contrôler les travaux exécutés par l'entrepreneur. L'ingénieur a de multiples attributions spécifiques, qui sont énoncées dans les clauses. Dans plusieurs d'entre-elles, il est stipulé que tel ou tel élément «devra être strictement conforme au contrat à la satisfaction de l'ingénieur» (1). En somme, on peut affirmer que les deux parties ont convenu de la désignation d'une personne pour diriger les travaux exécutés par l'entrepreneur, qui devrait «maintenir l'équilibre entre les parties». Qui cela devrait-il être? A l'évidence, une personne ayant une expérience suffisante du type de travaux en cause et à laquelle les parties peuvent se fier pour agir professionnellement et de manière impartiale. Selon Fidic, personne ne convient mieux pour remplir cette fonction qu'un ingénieur indépendant et expérimenté, issu d'une société d'ingénieurs-conseils accréditée.

Les Livres rouge et jaune publiés en 1987 évoquaient tous deux la «décision de l'ingénieur» (2) comme la dernière étape du processus de résolution des différends, avant le recours à l'arbitrage. Une période d'«apaisement» de cinquante-six jours était néanmoins prévue, durant laquelle une tentative de règlement amiable devait être effectuée (3). Une forme de sous-contrat pour le Livre rouge a été publiée par Fidic en 1994.

Le Livre orange

En 1995, Fidic a publié un nouveau livre, le Livre orange (4), dont le titre était «*Conditions of contract*

L'essentiel

► Les contrats-types Fidic servent de référence en matière de pratique internationale des contrats de construction.

► Les modèles traditionnels ont été élaborés avant 1999 et une nouvelle série modernisée a vu le jour principalement en 1999, avec des mises à jour notamment en 2002.

► Le nouveau Livre rouge vise les travaux de bâtiment et de génie civil conçus par le maître d'ouvrage, le nouveau Livre jaune vise les travaux électriques et mécaniques, ainsi que ceux de bâtiment et de génie civil conçus par l'entrepreneur, sans oublier les deux autres livres, l'argent (*Engineer procure construct*) et le vert (pour les projets d'une valeur relativement réduite).

for design-build and turnkey» (pour les ouvrages clés en main), afin de répondre à une demande croissante du marché pour ce type de projets.

Le Livre orange a apporté un certain nombre d'innovations comme l'absence de référence à l'ingénieur. Celui-ci était remplacé par le «représentant du maître de l'ouvrage», qui se distinguait de l'ingénieur évoqué dans les Livres rouge et jaune par le fait que son impartialité à l'égard du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur n'était pas exigée. Néanmoins, lorsqu'il était sollicité afin de déterminer une valeur, un coût ou la nécessité d'une prolongation de délai, il devait «se prononcer sur la question de façon juste, raisonnable et conformément au contrat» (5).

S'agissant des litiges, le Livre orange a supprimé la traditionnelle «décision de l'ingénieur» (6) et l'a remplacée par le recours à un comité de résolution des litiges indépendant (*Dispute adjudication Board*, DAB). Ce comité de résolution des litiges, composé d'un ou trois membres, est désigné conjointement par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur au début du contrat et son coût est partagé entre les parties.

2 - La série des nouvelles conditions de contrats Fidic de 1999

Suite à la publication du Livre orange, Fidic a décidé qu'une mise à jour des Livres rouge et jaune s'imposait et une nouvelle série de quatre contrats-types a été publiée en 1999. Cette nouvelle série comprend trois livres pour les travaux importants et un livre pour les travaux mineurs:

● *Conditions of contract for construction* (pour les travaux de bâtiment et génie civil conçus par le maître de l'ouvrage) (le nouveau Livre rouge);

● *Conditions of contract for plant and design-build* (pour des travaux électriques et mécaniques et pour des travaux de bâtiment et de génie civil conçus par l'entrepreneur) (le nouveau Livre jaune);

● *Conditions of contract for EPC (7)/ Turnkey Projects* (pour les contrats clés en main) (le Livre argent);

● *Short forms of contract* (pour les projets d'une valeur relativement

(1) Cf. Livre rouge - Clause 13.1.

(2) Livre rouge - Clause 67.1. Livre jaune - Clause 2.7.

(3) Livre rouge - Clause 67.2. Livre jaune - Clause 30.1.

(4) Ce livre n'a pas fait l'objet d'une traduction en français par Fidic.

(5) Livre orange - Clause 3.5.

(6) Livre orange - Clause 20.3. Voir Christopher R. Seppälä, «Les nouveaux modèles Fidic de construction internationale», RDI mai/juin 2002, page 183, et pour une version plus courte, «Les nouveaux modèles de contrats de construction internationaux», «Le Moniteur», 29 mars 2002, p. 84 à 86.

(7) EPC signifie *Engineering, procurement, construction*, une expression américaine plus ou moins équivalente à *turnkey* ou «clés en main» en Europe.

Droit international de l'ingénierie A chacun son modèle de contrat Fidic

réduite) (le Livre vert). Les livres de cette nouvelle série portent tous la marque «Première Édition 1999», car ils ne peuvent être considérés comme de véritables mises à jour des précédents Livres rouge, jaune et orange de Fidic.

Les nouveaux Livre rouge et Livre jaune

Les nouveaux Livres rouge et jaune sont relatifs aux projets dont la conception est assurée principalement, soit par le maître de l'ouvrage (nouveau Livre rouge), soit par l'entrepreneur (nouveau Livre jaune), et comportent comme leurs anciennes versions un certain nombre de similitudes.

Le nouveau Livre rouge est adapté à tous les projets dans lesquels le maître de l'ouvrage (ou son ingénieur) a la responsabilité principale de la conception, mais il permet également de laisser à l'entrepreneur une partie du travail de conception. Il est semblable à l'ancien Livre rouge, mais présente certaines caractéristiques spécifiques par rapport à la version précédente.

Ainsi, dans le nouveau Livre rouge, l'ingénieur administre le contrat, supervise les travaux, et est investi d'une fonction d'approbation et de certification des travaux, des paiements, etc. Une fois les travaux évalués, le paiement est effectué conformément à des bordereaux de prix, mais une option en faveur d'un prix forfaitaire est également prévue.

Pour sa part, le nouveau Livre jaune remplace à la fois l'ancien Livre jaune et l'ancien Livre orange, qui traitaient respectivement des travaux de construction électriques et mécaniques et des ouvrages clés en main et autres constructions, lorsque la conception était réalisée en majeure partie par l'entrepreneur.

Le nouveau Livre jaune est donc approprié pour tous types de pro-



jets, qu'il s'agisse d'installations électriques et mécaniques ou de travaux de construction et d'ingénierie mécanique, dès lors que la conception est assurée essentiellement par l'entrepreneur.

Dans cette perspective, il est prévu que le maître de l'ouvrage émet des «exigences du maître de l'ouvrage», sur la base desquelles l'entrepreneur procède au travail de conception. Toutefois, une partie du travail de conception peut toujours être effectuée par le maître de l'ouvrage.

Le nouveau Livre jaune prévoit que l'ingénieur administre le contrat et supervise les travaux. Il est également investi d'une fonction d'approbation et de certification des travaux, des paiements, etc. En ce qui concerne ces derniers, le nouveau Livre jaune prévoit un prix forfaitaire, dont le montant est payé conformément à un échéancier des paiements.

Enfin, les procédures d'essais prévues par le nouveau Livre jaune sont généralement plus com-

plexes que celles prévues dans le nouveau Livre rouge.

A divers égards, le contenu des Livres rouge et jaune demeure semblable. Ainsi, par exemple, ces deux livres envisagent des procédures traditionnelles d'appel d'offres concurrentielles.

De même, ces deux nouveaux livres prévoient une répartition équitable des risques entre les parties, comme dans les anciens Livres rouge et jaune, le maître de l'ouvrage assumant par exemple les risques liés à des «conditions physiques adverses» (8), à des sujétions imprévues (9), à son travail de conception (10), à la guerre ou encore au terrorisme ou événements assimilés (11).

S'agissant des réclamations pouvant émaner de l'une ou l'autre des parties, les nouveaux Livres rouge et jaune prévoient tous deux qu'elles doivent suivre une procédure stricte (12).

En revanche, contrairement à leurs anciennes versions, ces deux livres ne décrivent plus l'ingénieur comme devant être impartial. Désormais, celui-ci doit «être considéré comme agissant pour le maître de l'ouvrage», sauf stipulation différente (13). Cependant, lorsqu'il doit «approuver ou se prononcer sur» une question, il doit «prendre une décision équitable et conforme au contrat...» (14).

Enfin, les nouveaux Livres rouge et jaune prévoient tous deux que sur

simple demande, le maître de l'ouvrage doit apporter la preuve qu'il dispose de moyens financiers suffisants pour s'acquitter du prix du contrat tel qu'ajusté (15).

Le Livre argent

Fidic avait constaté que les Livres rouge et jaune ne couvraient qu'une partie des besoins qui se font jour sur le marché international de la construction. Compte tenu de l'équilibrage des risques entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur prévu par ces deux livres, le maître de l'ouvrage ne s'acquittait de suppléments de prix que lors de la survenance effective de risques spécifiques et l'entrepreneur n'était pas tenu de prendre en compte les risques imprévisibles ou difficilement évaluable, d'où une incertitude quant au coût final des travaux et à leur date effective d'achèvement.

Cette problématique liée à l'équilibre des risques entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur s'est faite sentir sur le marché, dont deux tendances ont illustré la nécessité d'apporter une réponse à l'incertitude quant au prix final et à la date d'achèvement des travaux: certains maîtres de l'ouvrage ont, durant des années, modifié l'équilibre des livres de Fidic pour mettre plus de risques à la charge de l'entrepreneur, et les projets financés sur fonds privés (BOT, etc.) se sont développés, ce qui a conduit les prêteurs à souhaiter plus de certitudes quant au prix final et à la date d'achèvement des travaux.

Dans les projets illustrant ces nouvelles tendances, l'entrepreneur se voit demander de prendre à sa charge un plus large éventail des risques qui peuvent entraîner une modification du prix final et de la durée des travaux. Cela peut aller jusqu'à la prise en charge du risque de mauvaises conditions du sol, à l'octroi d'une garantie du résultat, ainsi que d'autres éléments.

Cependant, demander à l'entrepreneur de supporter de tels risques implique nécessairement une augmentation du prix du projet, afin de couvrir cette prise de risques supplémentaires. Le maître de l'ouvrage devra, en tout état de cause, supporter une partie des risques.

C'est pourquoi Fidic a édité ce livre totalement nouveau qu'est le Livre argent, pour les projets que les

Cette problématique liée à l'équilibre des risques entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur s'est faite sentir sur le marché

maîtres de l'ouvrage souhaitent organiser de façon traditionnelle, mais en prenant moins de risques à leur charge et en réduisant les incertitudes liées au coût et à la durée du projet.

La perspective envisagée par ce livre est celle de parties qui s'engagent dans le contrat sur la base d'une compréhension totale et d'une acceptation entière des risques, plutôt que de tenter d'adapter un autre modèle de contrat en modifiant le principe de répartition des risques qui y est envisagé.

Ce livre pourrait également servir de base aux contrats EPC/clés en mains, qui sont généralement financés sur fonds privés, au sein d'un BOT (*Built-Operation-Transfer*) ou dans un contexte similaire.

Le Livre argent est donc conçu pour s'appliquer à un grand nombre de projets, indépendamment de leur ampleur et de leur nature (projets d'installations électriques et mécaniques et autres types d'installations). Il est également adapté à un usage par toutes sortes de maîtres de l'ouvrage (États, entités publiques ou privées), indépendamment de la présence ou non d'un ingénieur à leur côté.

Ce modèle de contrat se caractérise par le fait qu'il prévoit que l'entrepreneur est seul responsable de la conception. Le maître de l'ouvrage émet des «exigences du maître de l'ouvrage», sur la base desquelles l'entrepreneur développe le projet. Ces exigences sont généralement relatives aux «caractéristiques de fonctionnement».

L'entrepreneur effectue l'ensemble de l'ingénierie, de la construction et de la mise en service en fournissant des installations entièrement équipées, prêtes à l'emploi, «clés en main». Les procédures d'essais sont étendues et comprennent des tests après achèvement.

En l'absence d'ingénieur, le maître de l'ouvrage désigne le représentant du maître de l'ouvrage.

L'entrepreneur supporte la majorité des risques, en contrepartie de quoi le maître de l'ouvrage se doit de payer un prix plus élevé au titre de la couverture de ces risques. Ce prix est fixé de façon forfaitaire. Au final, une plus grande certitude devrait exister s'agissant du coût total du projet et de la date d'exécution.

Il résulte de ces caractéristiques que le Livre argent a vocation à être utilisé dans des circonstances différentes de celles des projets traditionnels:

- les exigences du maître de l'ouvrage constituent généralement les caractéristiques de fonctionnement,

- les procédures d'appels d'offres sont différentes et n'impliquent qu'un petit nombre de soumissionnaires,

- l'entrepreneur doit être libre d'exécuter les travaux selon le procédé qu'il a choisi,

- l'entrepreneur doit démontrer la fiabilité et le bon fonctionnement du projet réalisé,

- les projets sur fonds privés sont sujets à davantage de négociations que les projets publics.

Cependant, l'utilisation des conditions contractuelles prévues par le Livre argent n'est pas conseillée dans certaines circonstances, notamment:

- lorsque les soumissionnaires ne disposent pas de suffisamment de temps et/ou d'informations avant la signature du contrat, pour étudier les «exigences du maître de l'ouvrage» ou évaluer les risques liés au projet,

- lorsqu'il s'agit de travaux souterrains importants ou difficiles à inspecter,

- lorsque le maître de l'ouvrage a l'intention de superviser étroitement ou de contrôler ou encore d'inspecter les travaux,

- lorsqu'un intermédiaire établit les acomptes,

- lorsque le maître de l'ouvrage est responsable d'une partie du travail de conception, et

- lorsque l'appel d'offres public n'est pas suivi de négociations.

En pareilles circonstances, le recours aux conditions contractuelles envisagées dans le nouveau Livre jaune doit être préféré.

Le modèle de contrat simplifié (Livre vert)

Parce que les principaux modèles de contrats peuvent paraître trop longs et trop complexes pour des projets de taille modeste, Fidic a également élaboré un modèle de contrat plus simple.

Le Livre vert, intitulé *Short Form of Contract*, a été publié en 1999, en même temps que les trois livres principaux. Le contrat en lui-même ne comprend que

15 clauses et n'excède pas 10 pages. Les phrases sont courtes et le langage simple à comprendre. En d'autres termes, ce modèle correspond idéalement à un grand nombre de projets d'ampleur réduite, en particulier dans les pays en développement et des pays tels que ceux de l'ex-Union soviétique (routes rurales, projets liés à l'eau, épandage, transport d'électricité, et autres projets de la sorte).

Le livre édité comporte 35 pages, mais il comprend l'Agreement et son Appendix, l'accord de soumission des litiges à un «Adjudicator», ainsi que 10 pages de notes explicatives.

3 - Contrats types

En éditant cette série de trois modèles de contrats pour les grands projets internationaux de construction, en même temps que le Livre vert pour les projets de moindre importance, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils a réalisé un important travail de mise à jour et d'élargissement du champ d'application de ses contrats-types.

Il est permis de croire et d'espérer que cette nouvelle série répondra aux attentes du marché et pourra être utilisée avec succès dans la quasi-totalité des projets internationaux d'ingénierie et de construction, ce qui va des projets de taille modeste aux projets de grande envergure, complexes et multidisciplinaires tels que les *Built-Operation-Transfer* et autres contrats du même type, en passant par l'ensemble des contrats traditionnels de génie civil, d'installations électriques, mécaniques et autres.

CHRISTOPHER R. SEPPÄLÄ
ASSOCIÉ, WHITE & CASE LLP, PARIS
CONSEILLER JURIDIQUE
AUPRÈS DU COMITÉ DES CONTRATS FIDIC
ET CHRISTOPHER WADE,
PRÉSIDENT
DU COMITÉ DES CONTRATS FIDIC ■

(8) Clause 4.12.
(9) Clause 17.3(h).
(10) Clause 17.3(g).
(11) Clause 17.3 et 19.1.
(12) Clause 2.5 et 20.1.
(13) Clause 3.1.
(14) Clause 3.5.
(15) Clause 2.4 (cette stipulation est d'ailleurs comprise dans les trois livres).

► **ARTICLES DE RÉFÉRENCE** : C. R. Seppälä, « *Fidic's New Standard Forms of Contract : Risks, Force Majeure, and Termination* », c'est-à-dire « Les nouveaux modèles de contrats Fidic : risques, force majeure et résiliation », revue de droit des affaires internationales, n° 8, 2000, p. 1 013 ; C. R. Seppälä, « *Fidic's New Standard Forms of Contract : Claims, Resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board* », c'est-à-dire « Les Nouveaux modèles de contrats Fidic : réclamations, règlement des différends et comité de résolution des litiges », revue de droit des affaires internationales, n° 1, 2001, page 3.

► **ARTICLES DU «MONITEUR»** : C.R. Seppälä, « Les Réclamations des entrepreneurs », « Le Moniteur » du 9 mai 1986.

► **COORDONNÉES** : pour obtenir des exemplaires des nouveaux livres ou du « Guide des modèles de contrat Fidic », contacter M. Peter van der Togt, publication manager, Fidic, BP 311, CH-1215 Genève 15, Suisse ; tél. : (41.22) 799.49.05 ; télécopie : (41.22) 799.49.01 ; e-mail : fidic.pub@fidic.org ; site web : www.fidic.org/bookshop.

► **TRADUCTIONS** : La version originale des livres Fidic est disponible en anglais et a été traduite comme suit : pour le Livre rouge, en arabe, en chinois, en espagnol, en japonais, en lituanien, en polonais et en russe ; pour le Livre jaune, en chinois, en espagnol, en hongrois, en japonais, en lituanien, en polonais et en russe ; pour le Livre argent, en arabe, en chinois, en espagnol et en russe ; pour le Livre vert, en chinois, en hongrois, en russe et en vietnamien. Leur traduction en français n'est pas encore envisagée.