

134. Les Conditions FIDIC-TEM prévoient en outre un transfert de propriété des installations à l'occasion de la prise de possession. L'article 32.1 est en effet ainsi conçu :

“Dès que l'ouvrage aura été achevé . . . et dès qu'il aura subi avec succès les essais de réception, l'Ingénieur délivrera . . . un 'Certificat de prise en charge et l'Employeur sera réputé avoir pris possession de l'ouvrage . . . sur quoi le titre de propriété . . . de l'ouvrage . . . sera transféré à l'Employeur . . .”

135. Les Conditions FIDIC-TGC ne comportent aucune disposition concernant le transfert de la propriété de l'installation, mais elles reconnaissent que l'Entrepreneur a intérêt à veiller à ce que l'acheteur dispose des installations et matériaux nécessaires aux travaux. L'article 53 (1) interdit, en effet, à l'Entrepreneur d'enlever ces matériaux une fois qu'ils ont été amenés sur le chantier. Cet article stipule que :

“Tous . . . matériaux fournis par l'Entrepreneur sont réputés, lorsqu'ils sont apportés sur le chantier, être exclusivement destinés à l'exécution des travaux; l'Entrepreneur ne doit pas, sans le consentement écrit de l'Ingénieur, les enlever ou en enlever une partie, sauf dans le but de les déplacer d'une partie du chantier vers une autre partie . . .”

136. L'article 36.1 des Conditions FIDIC-TEM contient une disposition analogue qui soumet à restrictions le droit de l'Entrepreneur à enlever son équipement.

137. Les contrats types de l'ONUDI ne comportent pas de disposition au sujet du transfert de la propriété.

138. Les Conditions générales de la CEE ne traitent pas du transfert de la propriété en tant que tel, mais contiennent une disposition sur la réserve de propriété en cas de non-paiement par l'acheteur. En effet, l'article 11.3, dans les deux documents CEE 188A et 574A se lit comme suit :

“Si la livraison a été effectuée avant le paiement de la totalité des sommes dues au titre du contrat, le matériel livré demeure la propriété du constructeur jusqu'à ce qu'il ait été payé intégralement, dans la mesure où une telle solution est admise par la loi de la situation du matériel. Si cette loi n'admet pas la réserve de propriété, le constructeur jouit de tous autres droits sur le matériel que cette loi lui permet de se réserver. L'Acheteur est tenu d'apporter son concours au constructeur si celui-ci est amené à prendre des mesures destinées à protéger son droit de propriété ou, à défaut, tous autres droits sur le matériel.”

C. Conséquences du transfert

139. Lorsque la propriété de l'installation est transférée à l'Acheteur tandis que l'Entrepreneur en est encore

en possession, l'Entrepreneur assume certaines obligations touchant la protection de la propriété de l'Acheteur. Ainsi, l'article 35.2 des Conditions FIDIC-TEM stipule que :

“Lorsque la propriété du matériel est transférée à l'Employeur avant la livraison dudit matériel, l'Entrepreneur sera, dans toute la mesure du possible et à la satisfaction raisonnable de l'Ingénieur, tenu de mettre le matériel de côté et de signaler qu'il est la propriété de l'Employeur . . . Ledit matériel ne sera confié au soin et ne restera en la possession de l'Entrepreneur qu'aux seules fins du contrat, cette possession n'entraînant pas de droit de propriété ou disposition . . .”

140. Le transfert de la propriété n'implique pas l'approbation du matériel par l'Acheteur. Aux termes des Conditions FIDIC-TEM, l'Acheteur conserve le droit stipulé dans le contrat, de refuser ce matériel. En effet, l'article 35.2 stipule que :

“ . . . tout certificat provisoire délivré par l'Ingénieur sera sans préjudice de l'exercice du pouvoir de l'Ingénieur, prévu au contrat, de refuser le matériel pour non-conformité au contrat, et, au cas où l'Ingénieur userait de ce droit de refus, la propriété du matériel rejeté reviendra immédiatement à l'Entrepreneur.”

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.2*]

VI. TRANSFERT DE TECHNIQUES

A. Remarques préliminaires

1. L'expression “transfert de techniques” est de plus en plus souvent utilisée dans les contrats commerciaux internationaux, que les parties appartiennent aux pays développés ou aux pays en développement. Elle couvre de nombreux aspects, depuis le droit d'utiliser les marchandises vendues jusqu'à la formation et à l'assistance grâce auxquelles le personnel de l'acheteur peut exploiter les installations industrielles. Dans le présent chapitre, on se bornera à étudier le cas qui se présente le plus couramment dans les contrats de construction d'ensembles industriels où le transfert des techniques par l'entrepreneur comprend non seulement la fourniture des installations, du matériel et des machines, mais aussi la communication du savoir-faire et des modes opératoires.

B. Objet du transfert des techniques

1. Objet de l'obligation

2. Parmi les divers types de contrats étudiés, seuls les modèles établis par l'ONUDI décrivent en détail l'objet du contrat à cet égard. Ainsi, aux termes de l'article 2 du

* 21 avril 1981

document consacré au modèle ONUDI-CMF, celui-ci comprend, entre autres, "la concession d'une licence, la communication du savoir-faire et les études techniques tant générales que détaillées". Ce même document contient quelques précisions à ce propos :

Article 3.1.2 : "Fourniture du savoir-faire et des études techniques générales, notamment :

- "Ordinogrammes pour le procédé
- "Bilans matières et bilans énergétiques
- "Données et spécifications concernant les équipements
- "Diagrammes et spécifications concernant les canalisations et les instruments
- "Plan de masse de l'installation
- "Distribution d'électricité, de vapeur, etc.
- "Spécifications concernant les effluents et les émissions
- "Manuels d'exploitation
- "Manuels d'entretien

Article 3.1.3 : "Etudes techniques détaillées de l'usine."

3. L'article 4.5 du modèle ONUDI-CMF dispose :

"L'ENTREPRENEUR fournira ou obtiendra (selon le cas) le savoir-faire nécessaire aux divers procédés auprès des détenteurs de licences, à savoir :

- Pour l'usine d'ammoniac
(nom du ou des détenteurs de licences)
- Pour l'usine d'urée
(nom du ou des détenteurs de licences)
- (Autres, le cas échéant, par exemple traitement de l'eau.)

et concevra les installations conformément aux critères techniques fondamentaux appliqués par les détenteurs de licences. L'ENTREPRENEUR remettra à l'ACHETEUR la documentation relative au savoir-faire et aux études de base qu'il fournit lui-même ou aura obtenue des détenteurs de licences."

4. Ce savoir-faire étant inévitablement modifié par les perfectionnements techniques, il peut toujours arriver que de tels perfectionnements soient réalisés entre le moment où le contrat est négocié et signé et celui où les documents correspondants sont communiqués à l'acheteur. L'article 4.5 du modèle ONUDI-CMF prévoit en outre pour l'entrepreneur les obligations énoncées dans la disposition ci-après :

"... L'ENTREPRENEUR convient également que les documents visés dans le présent article 4.5 porteront sur le savoir-faire commercial le plus récemment connu des détenteurs de licences au moment de la communication desdits documents (qui feront le point du savoir-faire au moment de la signature du contrat ou, si les parties en conviennent, à une date ultérieure), et qu'il effectuera les études techniques détaillées suivant

les normes les plus récentes connues de lui au moment de la conception."

5. Il semble y avoir une légère divergence entre l'article 4.5 et la dernière phrase de l'article 7.2 du même contrat, laquelle se lit comme suit :

"L'ENTREPRENEUR s'engage aussi à mettre à la disposition de l'ACHETEUR les connaissances techniques et spécialisées les plus récentes détenues par les donneurs de licences à la signature du contrat, et par l'ENTREPRENEUR au moment de la conception de l'installation."

6. Dans ses commentaires sur l'article 4.5 du modèle ONUDI-CMF, un groupe international d'entrepreneurs a proposé que l'entrepreneur soit tenu de fournir seulement la technique à laquelle il peut avoir accès à la date de la signature du contrat.

2. Prix

7. Le prix indiqué dans le contrat comprend le prix de la technique que l'acheteur acquiert. Ni la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, ni les Conditions générales de la CEE, ni les Conditions FIDIC ne donnent de précisions sur le prix de la technique transférée. Par contre, les modèles de contrats de l'ONUDI traitent cette question assez en détail.

8. Les dispositions relatives aux prix contenues dans les divers modèles de contrats de l'ONUDI varient selon qu'il s'agit d'un contrat clefs en main, prix forfaitaire, d'un contrat de construction en régie ou d'un contrat semi-clefs en main. Dans tous les cas, cependant, le contrat indique une ventilation du prix et précise qu'une certaine proportion de celui-ci correspond à la concession de licences, à la communication du savoir-faire et à la fourniture d'études techniques générales. L'article 20.2 du modèle ONUDI-CR mentionne également les montants afférents à l'usine d'ammoniac, à l'usine d'urée et aux distributions communes.

9. L'article 20.11 du modèle ONUDI-CR indique selon quelles modalités seront versées les sommes dues en vertu de l'article 20.2 :

"(25%) (montant) à titre d'acompte;

"(50%) (montant) à la réception par l'ACHETEUR des documents relatifs au savoir-faire et aux études techniques générales . . .

"(25%) (montant) à l'achèvement des essais de garantie de l'installation et à la délivrance d'un certificat de réception provisoire par l'ACHETEUR."

10. La contre-proposition au modèle ONUDI-CR modifie considérablement cette répartition; les proportions correspondantes (article 20.12) sont respectivement 50%, 45% et 5%.

3. *Transfert ultérieur de techniques*

11. Les perfectionnements techniques peuvent être réalisés non seulement entre le moment où est signé le contrat et celui où sont communiqués les documents, mais aussi après l'achèvement des travaux. Il est de l'intérêt de l'acheteur que ces perfectionnements soient portés à sa connaissance. Aux termes de l'article 7.3.1 du modèle ONUDI-CMF, seront mis à la disposition de l'acheteur "les perfectionnements et innovations technologiques concernant les techniques d'exploitation, les mesures d'entretien préventif et de sécurité intéressant les installations construites conformément au présent contrat, ainsi que toutes les autres données et informations explicites pertinentes qui pourraient ou non faire l'objet de licences de la part du donneur de licences". Ces informations complémentaires seront données gratuitement.

12. Cependant, l'article 7.3.2 du modèle ONUDI-CMF prévoit que l'acheteur aura à payer une somme raisonnable pour :

"le droit d'utiliser des procédés exclusifs mis au point ou acquis par l'ENTREPRENEUR, y compris des procédés brevetés, qui pourraient entraîner une (des) amélioration(s) sensible(s) de la capacité, de la fiabilité et de l'efficacité de l'installation ou de la qualité des produits".

13. Selon le modèle de contrat de l'ONUDI considéré, la période pour laquelle les obligations sont imposées au détenteur de licences ou à l'entrepreneur sera de 10 ans (ONUDI-CMF), 8 à 10 ans (ONUDI-CR), 5 ans (contre-proposition au modèle ONUDI-CR). La longueur de cette période peut être négociée par les parties pour chaque cas particulier.

4. *Transfert inverse de technologie*

14. Il peut arriver qu'après avoir pris l'usine en mains et commencé à l'exploiter l'acheteur découvre lui-même de nouvelles méthodes ou techniques. Quelles sont alors ses obligations envers l'entrepreneur ou le donneur de licences? Le modèle ONUDI-CMF n'en prévoit aucune à l'égard de l'entrepreneur en tant que tel; l'acheteur n'a d'obligation qu'envers le donneur de licences, que ce soit l'entrepreneur ou une tierce partie. Aux termes de l'article 7.3.1 :

"... Quant à lui, l'ACHETEUR communiquera gratuitement au donneur de licences tout perfectionnement des techniques d'exploitation qu'il aura réalisé pendant la période en question." (En l'occurrence 10 ans, voir paragraphe 13 ci-dessus.)

C. *Propriété de la technique à transférer*

15. L'entrepreneur pourrait ne pas être propriétaire de certaines des techniques visées par le transfert. Il devra

donc se les procurer auprès du donneur de licences qui ne sera peut-être pas partie au contrat : l'article 7.1 du modèle ONUDI-CMF prévoit le cas :

"L'ENTREPRENEUR certifie qu'il a obtenu le droit sans réserve de céder, et il cède par les présentes à l'ACHETEUR les licences irrévocables, non exclusives, non transférables et entièrement réglées, pour l'exploitation, dans l'usine, de tous les procédés nécessaires..."

16. L'article 7.2 dispose en outre :

"L'ENTREPRENEUR veillera (grâce à des arrangements à cet effet dont il fournira la preuve à l'ACHETEUR) à ce que les donneurs de licences fournissent à l'ACHETEUR, par son entremise, toutes les données de base sur les procédés liés au contrat reçues par l'ENTREPRENEUR, et il veillera à ce que tous les documents de base sur les procédés et tous les dessins qu'il aura établis, ainsi que des copies de tous les documents mentionnés à l'article 3, soient aussi mis à la disposition de l'acheteur."¹

17. Aux termes de l'article 7.4 du modèle ONUDI-CMF :

"L'ENTREPRENEUR s'engage à conclure avec le(s) donneur(s) de licences des arrangements particuliers (dont il fournira la preuve à l'ACHETEUR) de nature à assurer que l'ACHETEUR continuera de disposer d'informations confidentielles analogues, par leur nature et leur contenu, à celles qui sont visées à l'article 7.3."

18. Néanmoins, si étroitement qu'il précise être impliqué dans le contrat, le donneur de licences n'y est pas partie. Il n'a donc pas de lien contractuel avec l'acheteur, qui n'a par conséquent aucune raison — résultant du contrat — de communiquer directement avec lui, à moins d'y être expressément autorisé par le contrat. Le modèle ONUDI-CMF prévoit cette autorisation dans deux cas :

Article 7.2.1 : "Au cas où l'ENTREPRENEUR ne peut ou ne veut pas mettre à la disposition de l'ACHETEUR le savoir-faire relatif aux procédés et les informations connexes, l'ACHETEUR a le droit de se mettre directement en rapport avec le détenteur de licences.

Article 7.2.2 : "L'ACHETEUR a également le droit de conclure directement des accords contractuels avec le détenteur de licences lorsque les circonstances envisagées à l'article 33 sont applicables."²

D. *Caractère confidentiel des renseignements fournis*

19. En raison de la nature même de la technologie et des secrets industriels et commerciaux en jeu, ainsi que de

¹ L'article 3 a trait à la description des travaux et au partage des responsabilités.

² L'article 33 concerne la résiliation et l'annulation du contrat.

tous les autres renseignements qui n'ont pas à être communiqués à des tiers, le modèle ONUDI-CMF impose à l'acheteur une obligation de secret

Article 7.8 : "L'ACHETEUR convient de traiter comme confidentiels les informations techniques sur les procédés, les connaissances exclusives, les procédés brevetés, les documents, les données et les dessins quels qu'ils soient, fournis par l'ENTREPRENEUR (en qualité de propriétaire ou autrement) conformément au présent contrat et qui sont ci-après dénommés "informations confidentielles". L'ACHETEUR ne pourra, sans l'approbation préalable de l'ENTREPRENEUR, divulguer ces informations confidentielles à un tiers, sauf s'il y est requis par la loi, auquel cas il en avisera dûment l'ENTREPRENEUR."

20. Aux termes de l'article 7.10 du modèle ONUDI-CMF, l'acheteur n'a pas le droit d'utiliser les informations confidentielles qui lui sont ainsi fournies à des fins autres "que pour achever, exploiter, utiliser, réparer, entretenir ou modifier les installations".

21. Par ailleurs, il se peut que l'acheteur fournisse à l'entrepreneur des informations de même caractère. L'article 7.10 du modèle ONUDI-CMF impose alors à l'entrepreneur une obligation symétrique :

"... De la même manière, l'ENTREPRENEUR n'utilisera ni ne divulguera les données techniques, ou les dessins et les documents techniques confidentiels qui lui sont confiés par l'ACHETEUR, son représentant ou le Conseiller technique à des fins autres que celles qui sont strictement en rapport avec le contrat."

22. L'obligation de secret comporte des exceptions. L'une de celles-ci est notamment stipulée aux articles 7.9.1 et 7.9.2 du modèle ONUDI-CMF, où il est dit que ne sont pas visées les informations confidentielles :

"Qui sont ou tombent dans le domaine public, sans qu'il y ait faute de l'ACHETEUR."

"Qui étaient déjà connues de l'ACHETEUR, de ses représentants ou du conseiller technique avant que soit intervenu l'accord quant au caractère confidentiel des informations..."

23. L'acheteur peut également être libéré de l'obligation de secret s'il doit autoriser l'accès aux installations à des tiers pour certaines raisons bien précises, parce qu'il désire apporter aux installations des modifications qui, à son avis, en amélioreraient le fonctionnement ou parce que les installations doivent être agrandies ou modernisées par incorporation d'une technologie toute récente. Dans ce cas, l'acheteur doit au préalable demander à l'entrepreneur de procéder aux travaux nécessaires — de modification, d'expansion ou de modernisation. Ce n'est que lorsque ce dernier ne peut ou ne veut le faire qu'il peut reprendre les termes de l'article 7.5 du modèle ONUDI-CMF :

"... L'ACHETEUR aura... le droit d'employer ou d'engager toute autre personne, firme ou organisme pour entreprendre et achever les travaux visés plus haut, et, dans ce cas, il ne sera pas réputé avoir violé les dispositions du présent article concernant le secret."

24. L'obligation de secret est limitée dans le temps par les dispositions contractuelles. L'article 7.13 du modèle ONUDI-CMF stipule ainsi que :

"Sauf accord contraire, les obligations de l'ACHETEUR... seront valides pendant une période de huit (8) années à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat."

25. Dans d'autres contrats, cette période peut avoir une durée différente. Quant à la contre-proposition au modèle ONUDI-CR, elle ne contient aucune disposition spécifique à cet égard. Ladite durée peut aussi être négociée par les parties pour chaque contrat. Les parties peuvent, de plus, tenir compte d'autres critères et, notamment, du délai restant à courir pour la licence.

26. L'obligation de secret demeure valable en cas de résiliation ou d'annulation du contrat au cours de la période stipulée. (Voir article 7.12 du modèle ONUDI-CMF.) Cela semble tenir à la nature même de l'obligation ainsi qu'au type d'informations privilégiées acquises par les parties aux termes du contrat.

E. *Abus et contrefaçons*

27. De même que dans le cadre d'un contrat de vente, le vendeur est responsable à l'égard de l'acheteur lorsqu'un tiers fait état de prétentions sur les biens vendus, l'entrepreneur a certaines obligations lorsqu'un tiers intente une action contre l'acheteur en vertu de droits ou de prétentions fondés sur la propriété industrielle ou un autre élément de propriété intellectuelle touchant les techniques ainsi transférées.

28. La Convention sur les ventes envisage que les biens vendus puissent être soumis à des droits fondés sur la propriété intellectuelle et impose, à son article 42, l'obligation pour le vendeur de :

"... livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat..."

29. Toutefois, cette obligation ne peut être retenue que lorsque le droit ou la prétention sont conformes, soit à la législation de l'Etat où les marchandises doivent être revendues ou de quelque autre manière utilisées sous réserve que les parties aient eu cette intention à l'esprit lors de l'établissement du contrat, soit à la législation de l'Etat où l'acheteur a son établissement.

30. De plus, il est stipulé au paragraphe 2 de ce même article que le vendeur n'est pas tenu de l'obligation dans les cas où :

"a) Au moment de la conclusion du contrat, l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'existence du droit ou de la prétention; ou

"b) Le droit ou la prétention résulte de ce que le vendeur s'est conformé aux plans techniques, dessins, formules ou autres spécifications analogues fournis par l'acheteur."

31. Dans l'hypothèse où une action serait intentée contre l'acheteur des biens, celui-ci peut, après avoir notifié le vendeur, se prévaloir des recours prévus aux articles 44 et 45 de la Convention sur les ventes.

32. En ce qui concerne les conditions de la FIDIC, seules les conditions FIDIC-TEM comportent des dispositions s'appliquant au cas considéré. Ainsi, la clause 19.1 stipule que :

"L'Entrepreneur indemniserait intégralement l'Employeur de toute réclamation ou action dont l'origine ou la cause est attribuable à une contrefaçon de brevet, dessin breveté, droits d'auteur, marque déposée, nom de marque ou droit de propriété industrielle faisant, à la date du contrat, l'objet d'une protection dans le pays de l'Entrepreneur ou dans le pays où le matériel doit être monté, intervenue à l'occasion des travaux de construction ou de l'utilisation de l'ouvrage fourni par l'Entrepreneur, mais cette indemnité ne sera pas exigible en cas d'utilisation de l'ouvrage à une autre fin que celles indiquées au cahier des charges, ou pouvant raisonnablement en être déduite, non plus qu'en cas d'abus dû à l'utilisation d'un quelconque élément du matériel en association ou combinaison avec un autre matériel non fourni par l'Entrepreneur."

33. Les conditions générales de la CEE ne comportent quant à elles aucune disposition de ce type.

34. Selon le modèle ONUDI-CMF, l'entrepreneur s'engage à garantir que l'acheteur pourra continuer d'utiliser le savoir-faire et les procédés transférés aux termes du contrat. Dans l'hypothèse où une action serait intentée contre l'acheteur, l'article 7.17 dispose que :

"L'ENTREPRENEUR indemniserait et déliera de toute responsabilité l'ACHETEUR du chef des réclamations, dommages, pertes et dépenses, quels qu'ils soient, imputables à toute contrefaçon de brevets et/ou questions relevant du secret et/ou informations confidentielles . . ."

35. En cas de réclamation ou poursuite visant l'acheteur, l'article 7.14 du modèle ONUDI-CMF stipule que celui-ci en avisera sans tarder et par écrit l'entrepreneur afin que ce dernier puisse assumer, à ses frais, la défense dans ladite poursuite ou action. L'acheteur lui prêterait toute l'assistance raisonnable mais ne sera tenu à aucune

dépense sauf s'il décide de se faire représenter par un avocat de son choix.

36. Le règlement d'une poursuite ou réclamation peut avoir des conséquences soit pour l'acheteur soit pour l'entrepreneur. A ce sujet, l'article 7.16 du modèle ONUDI-CMF dispose :

"Ni l'ENTREPRENEUR ni l'ACHETEUR n'arrangeront ni ne régleront par transaction aucune poursuite ou action sans le consentement écrit de l'autre partie, si cet arrangement ou cette transaction devait entraîner des dépenses pour l'autre partie, ou l'obliger à aliéner des biens, assumer des obligations ou céder des licences ou autres droits ou si cet arrangement ou cette transaction devait faire l'objet d'une opposition."

37. Afin de remédier à l'éventuelle contrefaçon et peut-être aussi pour éviter un litige ultérieur, l'article 7.15 du modèle ONUDI-CMF prévoit que l'entrepreneur a le droit :

"... d'acquiescer à l'immunité de poursuite et d'exécuter ou de faire exécuter à ses frais des modifications de l'installation pour éliminer la contrefaçon présumée, à condition que ces modifications n'empêchent pas l'installation de satisfaire aux garanties de bon fonctionnement . . ."

VII. QUALITÉ

A. La qualité dans les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels

38. Aux fins de ce type de contrats, on entend par "qualité" la capacité de l'installation à remplir une certaine fonction conformément aux termes du contrat. Pour les ensembles industriels, l'obligation de fournir un travail de bonne qualité a une portée considérable car elle englobe non seulement la structure, les dimensions, l'aspect général et l'emplacement de l'usine, mais encore divers détails touchant les procédés techniques et les produits.

39. Les parties à un contrat de fourniture et de construction d'ensembles industriels tiennent à s'assurer — ce qui est bien compréhensible — que leurs obligations contractuelles sont aussi précises que possible et qu'elles sont au maximum définies à l'avance. Ces contrats contiennent généralement, dans la partie constituant le contrat proprement dit ou dans les annexes techniques, une description détaillée de la nature et de la qualité des travaux à effectuer, et cette description sert de fondement et de critère d'évaluation pour le travail de l'entrepreneur. Des dispositions expresses sont souvent consacrées aux aspects importants que sont la conception des installations, le choix des matériaux et l'exécution des travaux.

Parmi les questions touchant la qualité qui peuvent être stipulées dans le contrat par les parties figurent, entre autres, les suivantes : dimensions, conceptions structurales, aspect général, emplacement et plan d'ensemble des installations, choix de certains matériaux eu égard à l'objectif visé, sécurité, rendement, capacité de production, qualité des produits, consommation de matières premières et d'énergie. Il arrive aussi que l'ingénieur ait la possibilité de donner des instructions supplémentaires pour la qualité du travail, en sus des dispositions contractuelles prévues dans certains types de contrat étudiés.

40. Dans les contrats types analysés, les responsabilités de l'entrepreneur quant à la conception, à l'exécution du travail et aux matériaux sont interdépendants. Il ne peut y avoir bonne exécution du travail si les matériaux sont défectueux. Ces aspects de la qualité étant très spécifiques, les stipulations précises les concernant devront être définies par accord entre les parties. Les modèles de contrat et les conditions générales ne sauraient arrêter les détails relatifs aux travaux de construction; certains points peuvent cependant être traités dans les contrats types.

B. *Clauses relatives à la qualité*

41. La plupart des contrats types examinés contiennent des dispositions qui se bornent à exposer de manière générale la façon dont doit être exécuté le travail. Il est stipulé que les matériaux et l'exécution du travail doivent être conformes à l'accord des parties tel qu'il ressort du contrat. Aux termes de l'article 36.(1) des Conditions FIDIC-TGC :

“Les matériaux et l'exécution du travail doivent correspondre aux descriptions du marché les concernant et aux instructions de l'Ingénieur;”

42. D'après la définition figurant à l'article 1. (1) des Conditions FIDIC-TGC, le terme “marché” englobe, entre autres, les conditions contractuelles, le descriptif, les plans et le devis quantitatif.

43. Les Conditions FIDIC-TEM prévoient que les instructions et directives données par l'ingénieur tiennent lieu de spécifications. L'article 23 dispose :

“Tout matériel et tout travail devant être exécutés en vertu du contrat devront être fabriqués et exécutés selon la manière spécifiée au cahier des charges, ou, si les indications manquent, à la satisfaction de l'Ingénieur. Tous les travaux sur le chantier devront être exécutés suivant les instructions raisonnables que l'Ingénieur pourra donner.”

44. Les modèles de contrat de l'ONUDI traitent séparément les obligations de l'entrepreneur qui portent sur l'exécution du travail et les matériaux, et celles qui concernent le fonctionnement de l'usine. Certains aspects importants de la qualité relatifs à la conception, à l'exé-

cution du travail, aux matériaux et au fonctionnement de l'usine font l'objet de garanties. (Pour plus de détails, voir Deuxième partie, XV, *Garanties.* *)

45. Les Conditions générales de la CEE ne contiennent pas de dispositions spécifiques sur les conditions exigées quant à la qualité de l'exécution du travail, de la conception ou des matériaux; le principe retenu à cet égard est que ces questions devront être réglées par accord entre les parties.

1. *Exécution du travail et matériaux*

46. D'après le modèle ONUDI-CR, il incombe à l'entrepreneur de s'assurer que les installations et les matériaux sont à l'état neuf et conformes aux spécifications. L'article 25.1 dispose :

“L'ENTREPRENEUR veillera à s'assurer, par les commandes d'achat délivrées aux vendeurs et par inspection, de la qualité de tous les matériaux et de la bonne exécution des installations et des équipements pour les usines, et . . . la totalité des installations, des équipements, des matériaux, des appareils, articles, instruments et toutes autres marchandises que l'ENTREPRENEUR doit fournir au titre du présent contrat devront être à l'état neuf, du type qui convient le mieux aux fins visées et conformes aux spécifications, normes et règles du contrat . . . et (chaque fois qu'il le faudra) aux normes et règlements propres au pays de l'ACHETEUR.”

47. Les Conditions générales de la CEE prévoient que l'entrepreneur garantit également la qualité de l'installation pendant une période définie. Elles ne contiennent cependant aucune précision sur les obligations de l'entrepreneur pendant ladite période; il est considéré que celles-ci seront fixées dans le contrat. L'article 23.1 des documents CEE 188A et 574A dispose :

“Le constructeur s'engage à remédier à tout vice de fonctionnement provenant d'un défaut dans la conception, les matières ou l'exécution, dans la limite des dispositions ci-après.”

2. *Fonctionnement de l'usine*

48. D'après les modèles de contrat de l'ONUDI, l'usine — qu'elle ait été achetée sur les recommandations de l'entrepreneur ou fournie par lui — doit pouvoir répondre aux normes de fonctionnement. Sur ce point, l'article 26.2 du modèle ONUDI-CMF dispose :

“L'usine fournie par l'ENTREPRENEUR devra satisfaire pleinement aux exigences de fonctionnement normal, de capacité, de qualité des produits de consommation de matières premières et de distributions communes . . .”

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.6 (reproduit ci-dessous).

49. Les modèles de contrat de l'ONUDI exposent très en détail les exigences de qualité. Celles-ci sont cependant trop précises pour être traitées dans des Conditions générales ou dans des modèles de contrat, et il convient de laisser aux parties au contrat le soin de les définir.

50. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises souligne également l'obligation du vendeur de livrer des marchandises répondant aux fins visées ou indiquées. L'article 35 de la Convention dispose :

"1) Le vendeur doit livrer des marchandises dont la quantité, la qualité et le type répondent à ceux qui sont prévus au contrat . . .

"2) A moins que les parties n'en soient convenues autrement, les marchandises ne sont conformes au contrat que si :

"a) Elles sont propres aux usages auxquels servaient habituellement des marchandises du même type;

"b) Elles sont propres à tout usage spécial qui a été porté expressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat, sauf s'il résulte des circonstances que l'acheteur ne s'en est pas remis à la compétence ou à l'appréciation du vendeur ou qu'il n'était pas raisonnable de sa part de le faire;"

C. Exécution du projet

1. Insuffisance des spécifications

51. Comme on l'a indiqué plus haut, dans les contrats de fourniture d'ensembles industriels, il serait de l'intérêt des deux parties de décrire clairement, soit dans le contrat, soit dans les annexes, toutes les exigences de qualité auxquelles l'installation doit répondre. Cependant, si précise que soit cette description, il est souvent impossible dans les contrats de ce type de prévoir tous les détails.

52. Lorsque survient un différend concernant les obligations de l'entrepreneur, deux questions se posent : l'obligation de l'entrepreneur de livrer un ouvrage sans défauts l'emporte-t-elle sur le cahier des charges? Les travaux subsidiaires indispensables non stipulés dans le contrat relèvent-ils des obligations générales de l'entrepreneur d'achever l'ouvrage?

53. L'entrepreneur est présumé s'être assuré que sa soumission lui permettra bien d'exécuter les travaux prévus. Aux termes des conditions FIDIC-TGC et FIDIC-TEM, l'entrepreneur est tenu de combler les lacunes des spécifications de façon que les travaux soient conformes au contrat. Ainsi, la clause n° 11 des Conditions FIDIC-TGC stipule que :

"L'Entrepreneur est présumé . . . s'être forgé une opinion suffisante, pour autant que ce soit raisonna-

blement possible, avant de déposer sa soumission, quant à . . . , l'étendue et la nature du travail et des matériaux nécessaires pour l'accomplissement des travaux, . . . et, en général, présumé avoir obtenu toutes les informations nécessaires, . . . susceptibles d'influencer ou d'affecter sa soumission."

2. Erreurs dans le cahier des charges

54. L'imprécision ou l'inexactitude du cahier des charges peut entraîner des erreurs qui risquent de nuire à la qualité des travaux. L'une des questions qui se posent ici est de savoir si l'entrepreneur est tenu dans ce cas de modifier les travaux et, dans l'affirmative, s'il est en droit d'exiger un paiement supplémentaire.

55. Les divers contrats types analysés ici divergent à cet égard. Dans certains, la réponse à cette question dépend dans une large mesure de l'identité de la partie qui était chargée de la conception ou qui a fourni les renseignements à partir desquels a été établi le plan de travail. Ainsi, la clause 17 des conditions FIDIC-TGC stipule que :

"L'Entrepreneur est responsable de l'exacte et bonne implantation des travaux à partir des points, lignes et niveaux de référence notifiés par écrit par l'Ingénieur; il est également responsable de l'exactitude, sous réserve de ce qui précède, de la position, des niveaux, des dimensions et de l'alignement de toutes les parties des travaux ainsi que de la fourniture de tous les instruments, outils et main-d'œuvre nécessaires à cet effet. Si, à tout moment pendant la réalisation des travaux, une erreur apparaît ou survient dans la position, les niveaux, les dimensions ou l'alignement d'une partie quelconque des travaux, l'Entrepreneur, s'il est requis de le faire par l'ingénieur ou par le représentant de l'Ingénieur, doit, à ses propres frais, rectifier cette erreur à la satisfaction de l'Ingénieur ou du représentant de l'Ingénieur, à moins que cette erreur ne résulte d'informations erronées fournies par écrit par l'Ingénieur ou par le représentant de l'Ingénieur; dans ce cas les frais de rectification doivent être supportés par le Maître de l'ouvrage."

56. La clause correspondante des conditions FIDIC-TEM (clause 7.2) est analogue, à cela près qu'elle protège davantage encore l'entrepreneur. Elle dégage aussi l'entrepreneur de toute responsabilité dans le cas où l'erreur est imputable à l'inexactitude des données fournies par un autre entrepreneur.

3. Normes

57. Les parties peuvent soit stipuler les normes qui régiront les travaux, soit utiliser les normes professionnelles en vigueur. Dans certains cas, les normes peuvent être déterminées par des lois nationales obligatoires.

58. Aux termes des modèles ONUDI-CR et ONUDI-CMF, l'entrepreneur n'est pas limité au respect des nor-

mes ou codes spécifiés dans le contrat. Il est aussi obligé d'utiliser des normes supérieures à celles contenues dans les spécifications. Ainsi, l'article 25.4 du modèle ONUDI-CR stipule que :

“Les normes et codes employés pour les installations seront ceux qui figurent dans l'Annexe II. L'ENTREPRENEUR utilisera ces normes (à moins qu'il existe des normes nationales obligatoires) et/ou des normes supérieures connues de l'ENTREPRENEUR pour la conception et la fourniture de tous les installations et équipements. Dans le cas où les normes et codes ne sont pas explicitement spécifiés dans le contrat, on peut utiliser des normes ou codes internationaux reconnus ou ceux qui ont déjà été utilisés par l'ENTREPRENEUR dans une usine d'ammoniac/urée en service, à condition d'en aviser l'ACHETEUR au préalable.”

59. Lorsque surgit un différend concernant la qualité des normes, l'article 25.5 du modèle ONUDI-CR stipule que :

“En cas de litige sur toute question ayant trait à l'acceptabilité ou à la qualité des normes ou des codes, c'est à l'ENTREPRENEUR qu'il incombera de prouver à l'ACHETEUR que les normes ou codes qu'il recommande (ou adopte) conformément au contrat sont supérieurs ou préférables.”

60. Comme il a été indiqué plus haut (voir paragraphes 41 et 43 ci-dessus), aux termes des conditions FIDIC-TGC et FIDIC-TEM, l'ingénieur peut donner des instructions supplémentaires concernant les normes à utiliser dans l'exécution des travaux.

61. Aux termes des conditions générales de la CEE, c'est aux parties qu'il incombe de fixer dans le contrat les normes à respecter.

D. Caractère définitif des clauses du contrat

1. Nécessité d'apporter des modifications

62. Il arrive parfois que l'entrepreneur estime, au cours de l'exécution des travaux, que ceux-ci ne permettront pas, s'ils sont effectués en stricte conformité aux spécifications, de réaliser une installation répondant aux buts visés. La question est alors de savoir si l'obligation de l'entrepreneur de se conformer aux plans et spécifications doit l'emporter sur son obligation de construire une usine correspondant aux buts visés.

63. En général, la réponse à cette question dépendra dans une large mesure du type de contrat. S'il s'agit d'un contrat clefs en main, l'entrepreneur s'engage à construire une usine répondant à des normes qualitatives spécifiées et pouvant remplir une fonction donnée. Il sera responsable des modifications apportées à l'installation, à ses frais, afin de garantir le bon fonctionnement de celle-ci.

64. L'article 24 des conditions FIDIC-TEM contient des dispositions précises pour les travaux annexes nécessités par des circonstances techniques imprévues :

“Dans le cas où, au cours de l'exécution des travaux, l'entrepreneur constate sur le chantier des conditions physiques — autres que climatiques — ou obstacles artificiels qui, à son avis, n'étaient pas raisonnablement prévisibles par un entrepreneur expérimenté, il doit en informer immédiatement et par écrit le représentant de l'Ingénieur; si ce dernier estime que les conditions et obstacles artificiels en question ne pouvaient raisonnablement être prévus par un entrepreneur expérimenté, il le certifie, et l'Employeur doit couvrir les dépenses supplémentaires occasionnées à l'Entrepreneur par lesdites conditions, notamment les dépenses appropriés et raisonnables correspondant :

“a) à l'exécution de toute instruction que l'Ingénieur aura donnée à l'entrepreneur;

“b) à toutes mesures judicieuses et raisonnables que l'entrepreneur aura prises en l'absence d'instructions précises de l'Ingénieur et que celui-ci aura approuvées;

“en liaison avec ces conditions et obstacles.”

65. Le modèle ONUDI-CR prévoit que toutes les modifications nécessaires, et leurs implications, font l'objet d'un accord entre l'acheteur et l'entrepreneur avant que lesdites modifications soient apportées et que le travail soit refait. L'article 15.4 dispose :

“L'ENTREPRENEUR peut, à tout moment de l'accomplissement de son contrat, soumettre à l'approbation de l'ACHETEUR une (des) proposition(s) de modification des usines.”

66. D'après la contre-proposition au modèle ONUDI-CR, il conviendrait de stipuler seulement diverses circonstances où l'entrepreneur devrait avoir droit au paiement de dépenses supplémentaires. Selon l'article 15.7, ces circonstances comprennent :

“la survenance de toute condition physique ou de tout obstacle artificiel non stipulés dans les annexes”.

67. La contre-proposition énumère en outre un certain nombre de circonstances qui peuvent être considérées comme un cas de force majeure.

68. Les Conditions générales de la CEE n'envisagent que les conséquences des modifications rendues nécessaires par la réglementation administrative locale. (Pour plus de détails, voir Deuxième partie, XVIII, *Loi applicable*. *)

2. Droit d'apporter des modifications

69. Les Conditions FIDIC-TGC et FIDIC-TEM prévoient que l'ingénieur a le droit d'ordonner par écrit une

* A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.7 (reproduite ci-dessous).

modification touchant la qualité ou la quantité des travaux. L'article 34.1 des Conditions FIDIC-TEM dispose :

“... l'Ingénieur aura entièrement le droit, sous réserve des conditions qui suivent, au cours de l'exécution du contrat, de commander par écrit à l'Entrepreneur de changer, d'amender, de réduire, de compléter ou de modifier, d'une manière ou d'une autre, n'importe quel secteur des ouvrages. L'Entrepreneur ne devra effectuer ces modifications en restant soumis aux mêmes conditions — dans la mesure où elles s'y appliquent — que si lesdites modifications figuraient au cahier des charges, à la condition qu'aucune de ces modifications, sauf avec le consentement écrit de l'Entrepreneur et de l'Employeur, ne soit de nature, en s'ajoutant aux modifications ayant déjà fait l'objet d'un ordre d'exécution, à entraîner pour le prix contractuel (moins les sommes provisionnelles) une majoration ou réduction nette de plus de quinze pour cent. Chaque fois que l'Entrepreneur aura reçu de l'Ingénieur une directive de ce genre pouvant, à son avis, entraîner à ce moment-là ou ultérieurement une hausse ou une baisse du prix contractuel, l'Entrepreneur devra, dès que possible et avant de procéder à ces modifications, en avertir l'Ingénieur par écrit. Le montant à ajouter au prix contractuel ou à en déduire sera calculé et déterminé conformément aux tarifs spécifiés dans les barèmes des prix, dans la mesure où ceux-ci sont applicables; au cas où les tarifs ne figureraient pas auxdits barèmes, ou ne seraient pas applicables, ce montant sera fixé au niveau jugé raisonnable dans les circonstances données. Il sera dûment tenu compte de toute exécution partielle des travaux rendue inutile par toute modification de ce genre.”

70. De même, l'article 51 des Conditions FIDIC-TGC dispose :

“(1) L'Ingénieur peut décider toutes modifications de forme, de qualité ou de quantité des travaux ou d'une partie de ceux-ci qu'il estime nécessaires; dans ce but ou si, pour toute autre raison, il estime cela désirable, il a le pouvoir d'ordonner à l'Entrepreneur, et l'Entrepreneur doit accepter une ou plusieurs des modifications suivantes :

“(a) Augmentation ou diminution de la quantité de tout travail compris dans le marché;

“(b) Suppression d'un travail;

“(c) Changement des caractéristiques ou de la qualité ou de la nature d'un travail;

“(d) Changement des niveaux, lignes, positions et dimensions de toute partie des travaux; et

“(e) Exécution d'un travail complémentaire de toute nature nécessaire à l'achèvement des travaux “et aucune de ces modifications ne vicie ou n'invalide en aucune manière le marché; mais, en revanche, la va-

leur, le cas échéant, de toutes ces modifications doit être prise en considération pour évaluer le montant du prix du marché.”

71. Il se pose un problème particulier dans le cas où les modifications sont importantes au point de transformer, dans une mesure supérieure à un certain pourcentage, la nature des travaux prévus à l'origine. Les Conditions FIDIC-TEM prévoient que le consentement écrit de l'entrepreneur aux modifications est requis si le coût total des travaux supplémentaires excède 15% du prix contractuel (article 34.5).

72. Tous les modèles de contrat de l'ONUDI définissent une procédure pour déterminer si tel ou tel travail entre dans les obligations de l'entrepreneur. Ainsi, l'article 15 du modèle ONUDI-CR dispose :

“15.1. Dans le cas où l'ACHETEUR demande à l'ENTREPRENEUR de modifier la conception de l'installation, ou encore dans les cas où l'ENTREPRENEUR est requis de fournir des prestations qui, à son avis, s'ajoutent aux services qu'il est tenu de fournir en vertu du présent contrat ou qui, à son avis, nécessitent un supplément de paiement de la part de l'ACHETEUR, l'ENTREPRENEUR avise sans tarder l'ACHETEUR du coût de ces services supplémentaires.

“15.2. Si l'ACHETEUR convient que les prestations requises de l'ENTREPRENEUR s'ajoutent aux obligations qui incombent à ce dernier en vertu du présent contrat, l'ACHETEUR acceptera (sous réserve de négociations quant au coût et à la nature desdites prestations et de leurs effets éventuels sur le calendrier des travaux) de rémunérer ces services suivant des conditions et échéancier à convenir d'un commun accord.

“15.3. Au cas où l'ACHETEUR et l'ENTREPRENEUR ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le point de savoir si les prestations requises sont conformes aux obligations contractuelles de l'ENTREPRENEUR, ou si l'ACHETEUR considère que la rémunération demandée pour les prestations requises de l'ENTREPRENEUR est exorbitante, le Conseiller technique aura le droit de fixer le montant de la rémunération, le cas échéant, qui peut être versée par l'ACHETEUR à l'ENTREPRENEUR. Dans ce cas, l'ENTREPRENEUR procédera sans retard aux modifications de conception et/ou fournira les services qui font l'objet du litige, en attendant la décision du Conseiller technique. La décision du Conseiller technique n'affecte en rien le droit de l'ENTREPRENEUR de soumettre le litige à l'arbitrage.”

73. Les modèles ONUDI-CMF et ONUDI-SCM prévoient des procédures analogues.

74. La contre-proposition aborde la question sous un angle différent. Elle stipule les cas dans lesquels l'entre-

preneur aura droit à paiement supplémentaire pour travaux additionnels. L'article 15 dispose, entre autres :

"L'ENTREPRENEUR aura le droit de demander un paiement supplémentaire et/ou un délai plus long et/ou des garanties en cas de modification ou changement résultant de :

"15.1 Toute modification, addition ou suppression touchant les documents du contrat . . . à moins que l'ACHETEUR ne prouve expressément que celle-ci est sans effet sur les services de l'ENTREPRENEUR.

"15.2 Toute demande écrite de l'ACHETEUR qui entraîne une modification de tels ou tels plan, spécification ou commande d'achat, ou des services de l'ENTREPRENEUR, ou des travaux, à moins que les activités déjà menées ne l'aient pas été conformément au contrat.

"15.3 Toutes études techniques supplémentaires ayant fait l'objet d'une demande écrite de l'ACHETEUR, qu'elles aient ou non été effectuées.

" . . .

"15.8 Toute modification aux prestations de l'ENTREPRENEUR et/ou aux travaux, proposée par l'une des parties, acceptées par l'autre et ratifiée par les deux parties."

[A/CN.9/WG.V/WP.4/Add.3*]

VIII. CONTRÔLE ET ESSAIS

A. Observations de caractère général

1. Il est de la plus haute importance pour l'acheteur et il est également de l'intérêt de l'entrepreneur que le matériel soit conforme aux spécifications du contrat. Pour garantir cette conformité, on inclut généralement dans les contrats relatifs à la construction d'installations industrielles des dispositions prévoyant un contrôle et un examen durant la construction ainsi que des essais avant et après l'achèvement des travaux.

2. Les dispositions pertinentes de l'article 38 de la Convention sur les contrats de vente stipulent :

"1) L'acheteur doit examiner les marchandises ou les faire examiner dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances.

"2) Si le contrat implique un transport des marchandises, l'examen peut être différé jusqu'à leur arrivée à destination."

3. Dans le cas des contrats relatifs à la construction d'installations industrielles, notamment de grands complexes, la situation n'est pas aussi simple que celle prévue dans la Convention sur les contrats de vente. En effet, il est de l'intérêt des deux parties à un contrat de construction d'installations industrielles d'examiner ces installations pendant leur construction. Si cet examen intervient assez tôt, l'entrepreneur a la possibilité de corriger les défauts éventuels dans ses ateliers mêmes et plutôt que sur le chantier, ce qui est plus facile et revient moins cher, et si les défauts sont corrigés rapidement, c'est autant de retards et de difficultés qui seront épargnés à l'acheteur par la suite.

4. Les contrats de ce type contiennent donc souvent des dispositions relatives à l'étendue du contrôle exercé durant la fabrication des machines et du matériel, au lieu et à la date du contrôle, à la procédure de contrôle, aux obligations et aux droits de l'acheteur, aux devoirs de l'entrepreneur, aux frais de contrôle, à l'homologation et aux conséquences juridiques du contrôle.

5. En ce qui concerne les essais de bon fonctionnement, ces contrats contiennent généralement des dispositions traitant des questions suivantes : conditions préalables à la réalisation d'essais de bon fonctionnement, date des essais de bon fonctionnement, procédure à suivre, participants, obligations de l'acheteur dans le cadre de la préparation des essais, résultats des essais, procédure à suivre si les essais ne sont pas réalisés ou s'ils ne sont pas concluants et protocole.

B. Contrôle durant la construction

1. Droits et obligations

6. Dans les conditions générales et les modèles de contrat type à l'examen, la question du "contrôle, de la vérification, de l'examen et des essais" est abordée sous des angles différents. Selon les Conditions générales de la CEE, l'acheteur ou son représentant peut procéder à un contrôle, à condition, toutefois, que le contrat comprenne une stipulation expresse à cet effet. En outre, les Conditions générales de la CEE accordent un *droit* d'inspection au constructeur alors que les Conditions FIDIC accordent ce droit à l'acheteur. Dans les modèles de contrat type de l'ONUDI, en revanche, on parle de devoir de l'entrepreneur d'effectuer un contrôle et on reconnaît à l'acheteur le droit de participer à ce contrôle.

7. L'article 8.1 des Conditions générales (188A/574A) de la CEE dispose que :

"Si le contrat comprend une stipulation expresse à cet effet, l'acheteur est autorisé à faire contrôler et vérifier par ses représentants dûment mandatés la qualité des matériaux utilisés et des parties du matériel, . . ."

* 17 mars 1981.