CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

LE CONTRAT INTERNATIONAL DE CONSTRUCTION

Ali Bencheneb

Association internationale de droit économique | « Revue internationale de droit économique »

2018/1 t. XXXII | pages 5 à 15

ISSN 1010-8831
ISBN 9782807392472
DOI 10.3917/ride.321.0005

Article disponible en ligne à l'adresse :
---
https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2018-1-page-5.htm
---

Distribution électronique Cairn.info pour Association internationale de droit économique.
© Association internationale de droit économique. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

LE CONTRAT INTERNATIONAL DE CONSTRUCTION[1]

Ali BENCHENEB

Résumé : *Malgré l'existence de projets d'envergure internationale, les ouvrages, qui traitent du droit de la construction, entendu comme le droit qui prend en charge les opérations contractuelles de construction d'ouvrages et les responsabilités qui peuvent en découler, ne s'intéressent pas au contrat international de construction. C'est à croire que ce dernier n'existe pas ou que leurs auteurs partent de l'idée, plutôt curieuse compte tenu à la fois du rôle des volontés et de l'internationalisation des affaires, qu'un contrat ne mérite d'être étudié qu'à partir du moment où il fait l'objet d'une consécration législative.*

1 L'internationalité du contrat
  1.1 Loi applicable
  1.2. Le règlement des litiges
2 La substance contractuelle

1. Il faut se rendre à l'évidence. Malgré l'existence de projets d'envergure internationale, les ouvrages[2] qui traitent du droit de la construction, entendu comme le droit qui prend en charge les opérations contractuelles de construction d'ouvrages et les responsabilités qui peuvent en découler, ne s'intéressent pas au contrat international de construction.

---

1. Ali Bencheneb, Professeur émérite à l'Université de Bourgogne, ancien Recteur d'académie : ali.bencheneb@u-bourgogne.fr. Ce texte est issu d'une communication faite le 24 janvier 2018 lors d'une journée d'étude sur le contrat de construction et l'évaluation du préjudice, organisé à Alger par la CCI et WTCA.

2. Cf. Ph. Malinvaud (dir.), *Droit de la construction*, 6e éd., coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2013 ; M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, 3e éd., Paris, Gualino, 2016 ; B. Kohl, *Droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2016 ; J.-B. Auby, R. Noguellou, H. Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 11e éd., Paris, LGDJ, 2017. La remarque est également valable pour les encyclopédies dédiées à la construction, en particulier celle des éditions Lamy et du Jurisclasseur.

Revue Internationale de Droit Économique – 2018 – pp. 5-15 – DOI: 10.3917/ride.321.0005

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

C'est à croire que ce dernier n'existe pas ou que leurs auteurs partent de l'idée, plutôt curieuse compte tenu à la fois du rôle des volontés et de l'internationalisation des affaires, qu'un contrat ne mérite d'être étudié qu'à partir du moment où il fait l'objet d'une consécration législative.

2. Lorsqu'on se penche sur les ouvrages de droit du commerce international, force est de constater que quelques-uns seulement évoquent ce type de contrat.

Ils le font parfois sous la rubrique des « contrats internationaux d'entreprise »[3]. La multifonctionnalité de cette catégorie contractuelle – que confirme par exemple l'article 549 du Code civil algérien – permet en effet de la solliciter pour la réalisation d'une « prestation matérielle, manuelle, tenant à la fabrication d'un bien ou sa construction, sa réparation, son entretien... ou plus intellectuelle comme sa conception »[4].

Sauf exception[5], ils le font aussi sous la rubrique des « contrats internationaux de construction et de transfert de technologie »[6]. Le contrat international de construction est alors défini comme l'acte par lequel « le constructeur s'engage à réaliser un ouvrage à l'étranger, qu'il s'agisse d'un ensemble immobilier, industriel ou d'une infrastructure publique »[7].

3. On peut donc considérer pour les besoins de ce propos, qui ne prendra pas en charge la question des contrats internationaux de sous-traitance en tant que tels, que le contrat international de construction est à la fois un contrat international et un contrat de réalisation d'un ouvrage, ou mieux un contrat de réalisation de travaux portant sur un ouvrage, qu'il s'agisse d'un immeuble, d'une infrastructure ou d'une unité de fabrication industrielle[8].

Encore faut-il préciser d'une part que la réalisation n'exige pas seulement des prestations matérielles dans la mesure où elle passe nécessairement par des prestations intellectuelles puisque la réalisation passe, avant toute chose, par des études plus ou moins poussées (ingénierie)[9] et, d'autre part, que les travaux peuvent porter sur une construction, mais aussi sur la rénovation d'une construction existante quand ce ne serait son extension.

---

3. Cf. J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, 2e éd., Paris, LexisNexis, 2011, n° 844.
4. *Ibid*.
5. Il s'agit de J.-B. Racine et F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, 3e éd., Paris, Dalloz 2018, p. 276.
6. Ou même de « transfert d'ouvrage », cf. J.-M. Mousseron *et al.*, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, 4e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 343.
7. O. Cachard, *Droit du commerce international*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 840.
8. On peut rapprocher cette définition de celle donnée pour le terme de construction dans la loi n° 08-15 du 20 juillet 2008 qui fixe les règles de mise en conformité des constructions et leur achèvement, *Journal officiel algérien* (JORA), n° 44. Selon l'article 2 de cette loi, la construction s'entend de tout édifice ou ouvrage dont l'usage est destiné à l'habitation, à l'équipement, à l'activité commerciale, à la production industrielle et traditionnelle, à la production agricole ou aux services », ce qui revient à dire que l'objet d'un contrat de construction est la réalisation d'un édifice ou d'un ouvrage.
9. *Contra* O. Cachard, *Droit du commerce international*, *op. cit*., n° 839, qui fait du contrat de construction une variété de l'ingénierie.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

4. Cela étant et même si les développements qui suivent présentent un caractère forcément réducteur, le rôle de la volonté des parties ne se limite pas seulement à définir l'objet du contrat.

Sans insister sur les différents acteurs et intervenants possibles et en passant sous silence la question du lien qu'un tel contrat peut avoir avec le droit des investissements[10] ainsi que celle de la documentation contractuelle dont l'abondance est fonction de la complexité des projets (documents d'appels d'offres, spécifications techniques, plans, conditions générales, conditions particulières, dispositions financières et annexes multiples), il reste possible d'évoquer à grands traits les éléments saillants de ce contrat lesquels résultent de son internationalité, mais aussi de sa substance.

1 L'INTERNATIONALITÉ DU CONTRAT

5. Le contrat international de construction est d'abord un contrat international, un contrat affecté d'au moins un élément d'extranéité. S'il est international, c'est en général parce que les parties contractantes n'ont pas la même nationalité, l'une d'entre elles intervenant peu ou prou sur un territoire différent de celui de son siège pour la réalisation de l'objet du contrat.

De cela, il faut tirer deux conséquences, l'une tenant à la loi applicable, l'autre portant sur le règlement des litiges.

1.1 Loi applicable

6. Si le contrat est international, on en déduit d'abord qu'il est possible qu'il soit régi par une loi autre que celle du lieu de réalisation de la construction. Il s'agit là d'une des caractéristiques majeures du contrat international. La réalisation d'une construction en Algérie par des entreprises étrangères donne lieu à un contrat qui peut être régi par une loi autre que la loi algérienne, comme le suggère d'ailleurs l'article 18 du Code civil lequel, si l'on veut bien en faire seulement une lecture fonctionnelle, incite fortement les parties à choisir la loi applicable à leur relation contractuelle[11].

10. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, n° 352. La question n'est plus vraiment discutée en tant que telle depuis la sentence *Salini c. Maroc* du 23 juillet 2001 rendue sous les auspices du CIRDI (ARB/00/4) ; *Adde* A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 315.

11. Même si la construction a pour objet la réalisation d'un immeuble, tel le siège social d'une entreprise, il faut en effet se garder de penser que le contrat de construction est un contrat relatif à un immeuble, comme tel régi par la loi de situation de l'immeuble. L'application de cette règle de conflit, que l'article 18 du Code civil envisage à juste titre comme une règle dérogatoire au principe de l'autonomie de la volonté, ne peut en effet se concevoir dans la mesure où, abstraction faite d'autres prestations prévues dans le contrat, l'objet du contrat de construction n'est pas « relatif à un immeuble » (comme le serait une vente immobilière ou une location), mais est plutôt relatif à la réalisation de prestations matérielles et/ou intellectuelles.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

7. Si le contrat est international et qu'il est régi par une loi étrangère alors même que la construction intervient en Algérie, il faut cependant éviter de considérer que la loi étrangère a plénitude de compétence. Des dispositions impératives de droit algérien, tirées du droit des marchés publics[12], peuvent en effet s'appliquer en raison de la qualité d'une des parties, tel étant le cas lorsque le maître de l'ouvrage est une personne morale de droit public algérien.

De même, le choix d'une loi étrangère dans le contrat ne peut avoir pour effet d'évincer un ensemble de réglementations d'application obligatoire en Algérie – les lois de police[13] – comme le sont les législations sociales, fiscales et bien entendu celles qui prennent en charge les normes de construction, par exemple les normes antisismiques[14]. Autre exemple, il est évident que si du matériel doit être importé temporairement en Algérie pour permettre l'exécution du contrat international de construction, cette importation sera désormais soumise au décret du 7 décembre 2017[15] alors même que le contrat serait régi par la loi chinoise ou allemande.

1.2 Le règlement des litiges

8. Si le contrat est international, il faut aussi en déduire que les litiges auxquels il peut donner lieu sont susceptibles d'être tranchés par voie d'arbitrage international. C'est l'occasion, puisque nous sommes en Algérie, de s'autoriser à faire quelques remarques.

9. En premier lieu, la circonstance qu'un contrat international de construction soit soumis à la réglementation algérienne des marchés publics n'exclut nullement que ce marché contienne une convention d'arbitrage. Ce que l'article 95 du décret du 16 septembre 2015 exige, c'est une « clause de règlement des litiges »[16], exigence qui laisse place à la possibilité de conclure une clause compromissoire.

Quant à l'observation des choses, elle montre qu'un contrat doté d'une convention d'arbitrage reste moins coûteux qu'un contrat renfermant une clause attributive de juridiction donnant compétence aux juridictions algériennes à prestataires et prestations de qualité équivalente parce que le prix contractuel n'intègre pas l'aléa juridictionnel algérien, pour dire les choses pudiquement.

12. DP n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, *JORA*, n° 50.

13. Pour une définition précise de ce concept, outre l'ouvrage classique de M. Issad, *Droit international privé*, tome 1, Alger, OPU, 1982, cf. de moi-même, *Introduction générale à la règle de droit en Algérie*, 2e éd., Alger, GAIA, 2017, n° 110 et 111.

14. Sous la précision que les organes chargés du contrôle de ces normes, en particulier le CTC, peuvent se référer à des normes d'origine étrangère en les algérianisant lorsqu'il leur apparaît qu'elles garantissent une plus grande sécurité.

15. Cf. DE n° 17-353 du 7 décembre 2017 relatif aux matériels importés en admission temporaire et fixant les taux mensuels des droits et taxes, *JORA*, n° 72.

16. Cette exigence est ancienne et remonte au moins au décret n° 82-145 relatif aux marchés de l'opérateur public, comme on l'avait relevé en son temps, *in* « La conclusion des marchés publics en Algérie », *DPCI*, 1982, pp. 539 et s.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

10. En second lieu, la tentation forte de soumettre la conclusion d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat international à autorisation gouvernementale[17] n'est pas seulement un facteur de retard dans la conclusion des contrats avec son impact inévitable sur les coûts. Elle est un signe de défiance à l'endroit des signataires de tels contrats et des « services contractants ».

Surtout, la légalité de la disposition réglementaire dont s'agit paraît douteuse si l'on veut bien prendre connaissance de l'article 1006 du Code algérien de procédure civile et administrative et donner sens à la hiérarchie des normes.

11. En troisième lieu, la pratique – surtout lorsque la construction porte sur des infrastructures ou concerne des PPP – manifeste désormais un intérêt certain pour le recours aux *dispute boards*[18], c'est-à-dire à un mécanisme qui conduit à solliciter des experts indépendants[19], désignés au plus tard à l'entrée en vigueur du contrat et qui sont chargés de traiter des désaccords d'ordre technique et juridique à mesure qu'ils surviennent entre les parties pendant l'exécution forcément longue du contrat. L'intérêt du mécanisme[20] est bien entendu de prévenir la survenance des litiges au point que des institutions comme la CCI ont mis au point en 2011 un règlement spécifique pour les *dispute boards*, d'ailleurs enrichi en 2015.

Sans entrer dans le détail[21] et abstraction faite de la question de la répartition de son coût entre les parties contractantes, un accord en vue du recours au *dispute board* exige une vigilance au moins sur les quatre points suivants : les modalités de saisine des experts, leurs attributions précises dans la mesure où leurs interventions peuvent se solder par de simples recommandations, des avis obligatoires, sauf désaccord de l'une des parties à exprimer à bref délai, ou des décisions contraignantes encore que non exécutoires[22], enfin l'impact de leur saisine sur l'exécution du contrat et l'articulation de ce mécanisme avec la clause de règlement des litiges, en particulier pour savoir si le recours au *dispute board* est un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction arbitrale.

12. En quatrième lieu, on ne saurait passer sous silence le fait que les clauses de règlement des litiges des contrats, y compris lorsqu'elles prévoient pour les désaccords techniques le recours à la technique des *dispute boards*, tendent de plus en

17. En ce sens, l'article 153, alinéa 7, du décret précité n° 15-247.
18. Pour une genèse de ce mécanisme, cf. C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Paris, PUF, 2013, n° 947.
19. Il arrive que cette mission soit assignée au maître d'œuvre dont l'indépendance pourtant est loin d'être garantie, compte tenu de la relation qu'il a et entretient avec le maître de l'ouvrage.
20. Qui ne saurait être confondu avec celui des comités de coordination mis en place dans certains contrats par les parties, par exemple dans les contrats de partage de production ou dans les partenariats financiers.
21. Pour un exposé plus approfondi, cf. de moi-même, *Règlement des litiges et arbitrage commercial international*, Alger, GAIA, 2018, à paraître, n° 38-42 et G. Pillet, « De la vocation des *Dispute Boards* », *RDAI*, 2017, n° 3 p. 253.
22. Lorsque les experts reçoivent un tel pouvoir, leurs décisions ne sauraient en effet être assimilées à des décisions de justice.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

plus à prévoir le recours à la médiation, comme moyen de règlement amiable préalable à la saisine de la juridiction, arbitrale ou non, compétente pour vider les litiges.

On peut d'ailleurs lire le premier alinéa de l'article 153 du décret déjà cité, relatif aux marchés publics, comme une obligation pour les services contractants de prévoir le recours à la médiation avant mise en œuvre du mode de règlement des litiges[23].

2 LA SUBSTANCE CONTRACTUELLE

13. Compte tenu des limites assignées à cette présentation, il ne faut pas s'attendre à un exposé exhaustif des différentes clauses[24], d'autant que les contrats internationaux de construction sont particulièrement volumineux, comme pour réduire au maximum le recours pratique à la loi applicable au contrat. Du reste, les contentieux qu'ils génèrent portent essentiellement sur l'exécution/inexécution des stipulations des contrats, ce qui englobe le contentieux de l'interprétation ainsi que celui de la résiliation.

14. Il convient également de dire que les contrats internationaux de construction n'échappent pas à une modélisation certaine encouragée par la CNUDCI[25], par la CCI[26], mais aussi par des organisations comme la Fédération internationale des ingénieurs conseils (FIDIC), créée par trois fédérations nationales en 1913 et désormais composée de 102 fédérations nationales.

Pour ce qui nous concerne, cette fédération joue un rôle essentiel[27] par l'élaboration de contrats types, mais aussi leur amélioration[28] au point qu'à l'image de la *Lex mercatoria*, on peut se demander si la *soft law* qu'elle sécrète ne participe pas de la confection d'une *Lex constructionis*[29].

---

23. Dans un sens analogue et mettant en relief une adaptation du texte aux « standards internationaux », C. Bennadji, « À propos des comités de règlement des litiges afférents aux marchés publics en droit algérien », *Revue IDARA*, 2016, n° 45/2, pp. 79 et 80.
24. Pour une présentation systématique, cf. P. Glavinis, *Le contrat international de construction*, Paris, Joly Éditions, 1998, ouvrage issu d'une thèse soutenue en 1994 et préparée sous la direction de Ph. Fouchard. On se doit également de signaler le guide élaboré sous les auspices de la CNUDCI « pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installation industrielle » (1987) et de relever que le *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé* (2000) peut constituer un outil de réflexion utile pour l'ingénierie contractuelle.
25. Cf. son guide de 1987 pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, ONU/A/CM/9/Ser B/2.
26. Cf. le contrat clés en main pour grands projets de 2007.
27. Il est vrai que les modèles FIDIC subissent quelque peu la concurrence des contrats *New Engineering Contracts 3* (NEC 3) lesquels sont fondés davantage sur l'idée d'un partenariat collaboratif que sur la teneur des obligations (cf. P. Rosher, « Les contrats NEC 3 : *partnering*, avantages, inconvénients et adaptation en droit français », *RDAI*, 2015, n° 4, p. 311), mais ces modèles ne semblent pas circuler en Algérie.
28. Cette amélioration ne résulte pas seulement du fruit de l'expérience des membres de la FIDIC qui tirent les conséquences de problèmes de compréhension des clauses ; elle est souvent le résultat de concertations en particulier avec les banques, notamment la Banque mondiale et la Banque africaine de développements ainsi que la CCI sur la base, pour cette dernière, de la pratique arbitrale (cf. C.R. Seppala, « Commentary on Recent ICC Arbitration Awards Dealing with Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts », *Bull. CCI*, 2015, I, p. 34), comme le montre le livre rose, version amendée du livre rouge relatif au contrat de construction.
29. En faveur de cette opinion, cf. A. Bennani, *Les contrats FIDIC*, Thèse Université de Montpellier, 2015.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

La FIDIC a ainsi mis au point un contrat type de construction (livre rouge) dès 1956, plusieurs fois amendé, en particulier en 1999, utile si l'essentiel de la conception est le fait du maître de l'ouvrage, un contrat type de conception-construction par l'entrepreneur (livre jaune)[30] qui en est à sa quatrième édition, un contrat type pour les contrats clés en main (livre argent) suivi, en 2008, d'un contrat type pour les contrats DBO (*design, built, operate*)[31] (livre or)[32].

15. On comprend ainsi la diversité des contrats de construction, encore qu'il y ait systématiquement soit un contrat d'études conclu par le maître de l'ouvrage avec un architecte ou un bureau d'ingénieurs soit des prestations d'études conduites par l'entrepreneur lui-même, avant la construction proprement dite.

16. Le contrat d'études ou d'ingénierie a pour objet, comme son nom l'indique, la réalisation des études de conception du projet sur la base d'orientations données par le maître de l'ouvrage, en général dans un cahier des charges, mais aussi le suivi du développement du projet, le cas échéant la coordination des différents intervenants dans la réalisation du projet.

Quant au contrat de construction proprement dit, il a pour objet la réalisation par le constructeur/entrepreneur de l'ouvrage.

17. L'observation des choses sur la longue durée révèle que les études et la réalisation sont souvent en Algérie – mais pas seulement dans ce pays – confiées à une même entreprise, l'entrepreneur qui doit alors organiser le chantier et superviser l'ensemble des opérations devant conduire à bonne fin le projet.

Dans cette hypothèse qui est celle du contrat clés en main, la réalisation du projet implique le recours à des sous-traitants, sans réduction de la responsabilité encourue par l'entrepreneur vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

On ajoutera que, dans ce type de contrat, l'entrepreneur s'engage à réaliser la mise en fonctionnement de l'ensemble construit, par exemple une usine de production de vaccins, la réception de l'usine étant conditionnée par la réalisation de performances de fonctionnement définies contractuellement.

18. Dérivé du contrat clés en main, le contrat produit en mains[33] se veut être une espèce contractuelle sur la base de laquelle l'entrepreneur s'oblige non seulement à réaliser l'ensemble industriel, mais à l'exploiter à ses risques pendant un certain temps, le *turn over* du personnel d'exploitation conduisant la plupart des entreprises à se défier de ce type d'engagement.

---

30. B. de Cazalet et R. Reece, « Le nouveau livre jaune de la FIDIC », *RDAI*, 2000, n° 7, p. 815.
31. Sur lequel, B. de Cazalet, « Les nouvelles conditions du contrat FIDIC : conception, construction, opération », *RDAI*, 2012, p. 439.
32. À la vérité, il existe également un modèle sommaire (Livre vert) pertinent pour les contrats dont l'exécution ne saurait dépasser 6 mois et dont le prix est inférieur à 500.000 US $.
33. Pour une étude approfondie fondée sur la cause de ces contrats, cf. M. Salem et M.-A. Sanson, *Les contrats clés en main et les contrats produits en mains*, Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 1979. On ajoutera qu'une variante du produit en mains est le marché en mains qui conduit l'entrepreneur à prendre un engagement de commercialisation de la production de l'usine.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

19. Enfin, compte tenu des problèmes de financement de grands projets industriels[34], mais aussi d'infrastructures dans nombre de pays, il arrive que des constructions soient envisagées dans le cadre de contrats BOT[35] qui connaissent eux-mêmes des dérivés.

Dans cette catégorie, l'entrepreneur, en général au bénéfice d'une concession, s'engage à financer, construire (ou rénover) et à exploiter sur une longue durée, laquelle s'explique par les contraintes d'amortissement de son investissement, avant de transférer la propriété de l'infrastructure ou de l'ensemble industriel au maître de l'ouvrage dans des conditions qu'il faut définir avec précision.

20. Telles étant les principales figures contractuelles, elles ont en commun une écriture précise de l'objet à réaliser. Cette écriture exprime la demande du maître de l'ouvrage ou, si l'on préfère, son attente légitime, mais pas seulement.

En effet, dans la mesure où elle est inscrite dans la convention des parties, c'est d'un point de vue juridique à partir de cette écriture que se constitue le socle de conformité/non-conformité à partir duquel des responsabilités peuvent être recherchées.

C'est aussi dire que le contrat international de construction se singularise par certaines obligations souscrites par le maître de l'ouvrage et par l'entrepreneur.

21. S'agissant des obligations à la charge du maître de l'ouvrage, et sauf à tenir compte de ce qui vient d'être dit à propos du financement dans les contrats BOT, si l'on est attentif non seulement aux données contractuelles, mais aussi au contentieux arbitral, elles peuvent être ramenées à deux éléments.

22. La première concerne l'obligation de payer le prix des prestations d'études et de construction. Si le prix peut être forfaitaire (ce qui n'exclut pas la possibilité d'une actualisation/révision du prix), il peut être dépassé par la mise en œuvre d'une clause de *hardship* ou par le recours à la théorie de l'imprévision lorsqu'elle est consacrée, comme en Algérie, par la loi applicable.

Mais le prix peut être déterminable à partir d'une estimation faite sur la base d'un devis ou plus rarement par différenciation de lots (marché au métré).

Enfin, le prix peut résulter d'un forfait rémunérant l'entrepreneur auquel s'ajoute une variable qui dépend du temps de réalisation, mais aussi des interventions (prix en régie).

Quoi qu'il en soit, cette obligation de payer est essentielle, de sorte que les parties sont attentives aux modalités de paiement et à leurs retards de façon que l'entrepreneur ne soit pas assimilé à un financeur de projet.

34. P.A. Ganem, « Financement de grands projets internationaux », *RDAI*, 1997, p. 525.
35. B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT », *RDAI*, 1998, p. 405.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

23. La seconde obligation est tout aussi essentielle et, du reste, elle constitue une modalité de mise en œuvre du principe de bonne foi contractuelle[36]. Il s'agit d'une obligation de coopération avec l'entrepreneur, car il doit être mis en situation de réaliser le projet.

La coopération – qu'il ne faut certainement pas confondre avec une ingérence dans la réalisation du projet – s'entend à tout le moins de la mise à disposition d'informations fiables (déjà au stade des pourparlers et pendant la phase d'exécution), du respect des données confidentielles ainsi que d'une assistance dans l'accomplissement des différentes démarches auprès des autorités du pays de réalisation du projet. Elle est plus que cela si l'on veut bien constater que l'instruction de causes arbitrales permet aux juridictions arbitrales de prendre acte d'un « déficit de coopération entre les parties »[37].

24. S'agissant des obligations qui pèsent sur l'entrepreneur envisagé comme étant également chargé de la conception du projet, et sans revenir ici sur ce qui a déjà été dit à propos du respect des lois de police, deux questions paraissent fondamentales.

Le premier point sensible concerne la définition précise des missions de conception et de coordination, avec, pour les études, une vigilance dans la rédaction de leur contenu, de leur conformité aux normes locales et à leur adaptation aux équipements en vue de leur utilisation optimale lorsque la construction porte sur une unité industrielle.

Pour ce qui est de la réalisation de la construction proprement dite, il importe de se préoccuper non seulement du calendrier de réalisation parce que le plus souvent lié aux obligations de paiement, mais aussi de la qualité de la construction et du moment décisif que constitue la réception de l'ouvrage construit ou de l'infrastructure réalisée, cette réception pouvant être fractionnée.

Le second point sensible est donc celui de la réception. Il s'agit d'un moment stratégique de la vie du contrat et pas seulement parce qu'elle est le marqueur du respect ou non des délais de réalisation[38].

La réception est un acte d'approbation par le maître de l'ouvrage de la construction même si en fait elle est prononcée contradictoirement.

---

36. Cf. P. Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », *in* C. Dominicé (dir.), *Études de droit international en l'honneur de P Lalive*, Bâle, Helbing, 1993, pp. 543 et s.

37. L'expression est reprise des extraits d'une sentence CCI n° 17106/2013 (*JDI*, 2018, n° 1) rendue dans le contexte de la résiliation d'un contrat de construction et d'aménagement de lignes électriques dans un pays maghrébin soumis au Code des obligations et des contrats. La même sentence comporte un certain nombre d'indications pertinentes pour caractériser le non-respect de l'obligation. Le manquement est identifié à partir d'un « comportement exagérément rigide et en multipliant les retards dans les approbations, en donnant des directives contradictoires et en bloquant ou retardant une partie des paiements ».

38. La question du respect des délais et, partant, celle de l'application des pénalités, est d'autant plus épineuse qu'il faut tenir compte de travaux supplémentaires demandés par le maître de l'ouvrage, voire de conditions climatiques exceptionnelles quand ce ne serait de la force majeure.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

Cet acte a une portée considérable sur l'exigibilité du solde du prix, sur le transfert de la garde et des risques au maître de l'ouvrage, pour les polices d'assurance et pour les garanties d'exécution, mais aussi sur les garanties légales comme la garantie décennale[39].

Or les systèmes législatifs susceptibles de s'appliquer au contrat, par exemple le droit algérien, autorisent au moins deux remarques.

D'une part, l'approche qu'ils ont de la réception est unitaire, sans doute parce que les législateurs ont seulement en vue la réalisation d'immeubles comme l'est par exemple une maison. Dès lors, aucune distinction n'est faite entre la réception des équipements (par exemple sur le site de fabrication), la réception provisoire donnant lieu à des essais dirigés par l'entrepreneur et la réception définitive après les essais effectués par le maître de l'ouvrage[40].

D'autre part, le droit applicable n'est pas d'ordre public. Du reste, une disposition comme l'article 558 du Code civil ne fait pas plus que renvoyer pour la réception à « la pratique généralement suivie dans les affaires »[41], ce qui n'est rien d'autre qu'une incitation faite aux parties contractantes à se préoccuper des modalités de réception dans leur propre accord et une confirmation de ce que le principe est celui d'une réception amiable.

Si, pour simplifier, l'on tente une synthèse audacieuse[42] de la meilleure pratique contractuelle, on peut alors affirmer :

– qu'au stade de la réception provisoire, il appartient à l'entrepreneur de la demander au maître de l'ouvrage ou à son représentant lorsque la construction est achevée ;
– que le maître de l'ouvrage dispose à la suite des essais d'un délai raisonnable d'un mois pour l'accepter ou la rejeter, la prise de possession pure et simple équivalant à une réception tacite et le rejet devant être motivé[43] ;
– que l'entrepreneur dispose d'un délai en général d'un an pour purger l'ensemble des réserves significatives de défauts de conception et/ou de réalisation et plus généralement pour satisfaire à l'ensemble de ses obligations non exécutées ;
– qu'enfin et au stade de la réception définitive qui, sauf clause contraire, doit intervenir un an après la réception provisoire pour autant que l'ensemble des réserves soient levées, un procès-verbal adéquat est délivré qui décharge

39. Cf. article 554 du Code civil algérien.
40. Encore qu'une disposition comme l'article 554 évoque la « réception définitive ».
41. Étant entendu qu'elle traite également du refus intempestif par le maître de l'ouvrage de la réception, sans doute pour donner une base légale au prononcé d'une réception judiciaire qui peut être prononcée si le juge constate que les conditions contractuelles de la réception sont réunies.
42. On peut la comparer aux articles 10 et 11 du livre rouge de la FIDIC.
43. C'est le lieu de signaler que les réserves ne pourraient être abusives, y compris lorsque l'article 558 du Code civil est d'application.

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)

l'entrepreneur de l'ensemble des garanties contractuelles et maintient les seules garanties offertes par les dispositions impératives de la loi applicable.

SUMMARY: THE INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACT

Despite the existence of international projects, publications about construction law, understood as the area of law that deals with the contractual operations of the construction of works and the responsibilities that may result, are not interested in international construction contracts.
One would think that international construction contracts did not exist, or that—rather curiously considering both the roles played by willingness and the internationalization of businesses—authors believe that a contract deserves to be studied only from the moment it becomes recognized by law.

Mots clés : Contrat de construction, affaires internationales, conflits de lois, règlement des litiges

Keywords: Construction contract, international business, conflict of laws, disputes

© Association internationale de droit économique | Téléchargé le 05/05/2022 sur www.cairn.info (IP: 54.159.79.137)