La gestion contractuelle

Autor(en): **Ganton, Pierre M.**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Ingénieurs et architectes suisses**

Band (Jahr): **120 (1994)**

Heft 11

PDF erstellt am: **27.04.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-78319

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

La gestion contractuelle

Par Pierre M. Genton, ing. dipl. EPFL/SIA-IMEDE, expert judiciaire, associé du cabinet PMG Ingénieurs-économistes-conseils Av. C.-F. Ramuz 80 1009 Pully

«La plupart des hommes, en politique comme en tout, concluent des résultats de leurs imprudences à la fermeté de leurs principes.»
Benjamin Constant

1. Introduction

Pour l'ingénieur ou l'économiste désirant «construire», la gestion contractuelle est souvent considérée à tort comme une discipline administrative annexe. L'objectif de la présente contribution est de tenter d'infirmer cette idée en sensibilisant le lecteur à l'importance de la gestion contractuelle, à sa complexité, aux techniques y relatives et à leur interpénétration avec les autres domaines de la gestion. Sous le vocable «gestion contractuelle», il est fait référence à toutes les activités qui conduisent à l'élaboration du contrat et permettent le respect des dispositions contractuelles choisies par les parties, aussi bien durant la réalisation qu'à l'achèvement du contrat. Cette gestion fait à la fois appel à des connaissances techniques, financières et juridiques, et à d'autres domaines tels que la communication et les relations humaines.

La vision globale, que cherche à donner la logistique à la gestion optimale des flux de biens, de services, d'informations et à l'engagement des ressources d'une entreprise, ne saurait être complète sans que les aspects de gestion contractuelle n'y soient associés. En effet, que valent des systèmes logistiques performants, le recours aux ressources les plus perfectionnées, ainsi qu'aux meilleurs outils, sans que le contexte de réalisation et les «règles du jeu» ne soient clairement définis et appliqués par les différents intervenants?

La négociation d'un accord de réalisation et de production, ainsi que la gestion des conditions cadre dans lesquelles devraient se dérouler un projet d'infrastructure ou une réalisation industrielle, intéressent tout particulièrement les responsables du domaine logistique. La gestion contractuelle peut en effet introduire certaines contraintes dans la conception et la gestion des systèmes logistiques. La probabilité et les conséquences d'un retard, d'un défaut de paiement, d'un désaccord sur le concept, d'un différend sur les obligations et responsabilités respectives, illustrent les incertitudes dont il faudra tenir compte.

C'est pourquoi, outre les aspects de gestion, qu'ils soient d'ordre technique, financier ou économique, il convient de rappeler que c'est l'homme, avec ses qualités et défauts, qui est à la base des relations permettant de réaliser le projet envisagé et convoité. Dans un contexte international, d'autres valeurs, peut-être liées à des mentalités différentes, vont finalement être la clé du succès. Cette relation sera officialisée par un contrat où chacune des parties espère avoir protégé ses propres intérêts. Les chapitres suivants tenteront d'illustrer brièvement les contrats utilisés pour les projets d'infrastructure et industriels, quelques clauses influençant la dynamique de réalisation et les techniques utilisées en cas de difficulté.

2. Quelques caractéristiques essentielles du contrat

Dans le contexte économique actuel, la concurrence est de plus en plus acharnée. Les sociétés préparées à ce combat luttent avec les arguments de la technologie, du savoir-faire et des ressources disponibles pour augmenter leur compétitivité, tandis que d'autres sont souvent incitées à une fuite en avant. Depuis plusieurs années il n'est pas rare d'observer un déséquilibre voire une sous-enchère lors de la conclusion du contrat, dont les effets peuvent être désastreux pour tous les intervenants. Si une libéralisation du marché et de la concurrence a le mérite d'obliger les sociétés à se remettre constamment en question, d'inciter au développement (dont le premier bénéficiaire est l'acheteur), elle a souvent un effet pervers, celui d'augmenter les risques. L'expérience montre qu'aujourd'hui la gestion du risque prend une dimension toute particulière dans la réalisation de projets industriels ou d'infrastructure. La nature du contrat signé et son suivi peuvent notamment avoir un impact considérable sur la pérennité des activités de l'acheteur et du vendeur (risques élevés et marges faibles). C'est pourquoi l'acheteur, qui généralement prescrit les conditions, porte une responsabilité et doit garder présent à l'esprit que la meilleure défense de ses propres intérêts passe finalement par un *contrat équilibré*.

Un autre aspect qui peut paraître paradoxal est celui de vouloir concilier des intérêts divergents dans un document acceptable par toutes les parties, document qui, par la suite, sera le fil conducteur de toute la réalisation. Dans les grands projets et suivant le type de contrat choisi, les intérêts des trois acteurs suivants peuvent se caractériser comme suit:

- *l'acheteur ou maître de l'ouvrage* désire un ouvrage de qualité, à coût optimum et dans les meilleurs délais, tout en permettant les modifications inéluctables en cours d'exécution;
- *le concepteur ou le maître d'œuvre* défend à la fois les intérêts du maître de l'ouvrage et les siens (divergence par exemple sur l'importance de prestations);
- *le vendeur ou entrepreneur* désire, dans le contexte concurrentiel, maximiser sa marge contributive en adop-

tant des méthodes rationnelles de construction. La flexibilité demandée en cours d'exécution est souvent synonyme de coûts supplémentaires.

Pour concilier ces différents intérêts, le projet doit, d'une part, être *suffisamment développé* pour limiter les modifications ou les imprévus et, d'autre part, *comprendre les mécanismes nécessaires* pour tenir compte équitablement de la nature et de l'importance de ces aléas (aussi bien au niveau des coûts que des délais).

3. Les contrats de réalisation

3.1 La préparation des contrats

Un contrat bien fait est la clé du succès d'un projet pour toutes les parties concernées. A l'inverse, un mauvais contrat est un casse-tête qui peut conduire les parties dans des impasses. Mais qu'est-ce qu'un bon contrat et quel type faut-il choisir? S'il y avait une seule et bonne solution, il y a longtemps qu'elle aurait été adoptée par tout le monde.

En général, c'est l'acheteur qui a le privilège de définir unilatéralement, voire d'imposer le type et les termes du contrat. Dans certains cas, l'appel d'offre interdit même au soumissionnaire de procéder à des amendements des clauses contractuelles sous peine d'être écarté de la compétition. Le choix du type de contrat et de ses clauses peut être guidé par les directives en vigueur (marchés publics), par les expériences réalisées ou même par les ressources disponibles. Le prescripteur ou bureau d'étude ou ingénieur est appelé dans certains cas à préconiser le type de contrat à choisir. L'expérience montre toutefois qu'il est rarement compétent pour ce genre d'analyse. Généralement, le maître d'ouvrage est réticent face à des prestations de longue haleine dans ce domaine, par manque de connaissances, pour des motifs pécuniaires ou par défaut de temps. La préparation des contrats pour le tunnel sous la Manche ou Eurodisney, durant plus d'une année par plusieurs juristes et ingénieurs, montre que l'investissement financier et le temps à y consacrer ne sont pas à négliger.

Un bon contrat est donc tout d'abord un contrat bien préparé, mais aussi équilibré, où les parties ne sont pas forcées en cours de réalisation de chercher à rééquilibrer le résultat d'une négociation biaisée. Ensuite, c'est un contrat adapté à la réalisation prévue et aux responsabilités que doivent endosser les parties. C'est finalement un contrat qui peut être appliqué en toute rigueur, avec la flexibilité nécessaire et en toute honnêteté intellectuelle.

3.2 Les contrats standards par rapport aux contrats «tailor-made»

Les types de contrat d'entreprises les plus utilisés actuellement pour les grands contrats internationaux sont encore aujourd'hui des contrats-standard ou amendés du type FIDIC[1]. Les contrats avec les pays d'Afrique reprennent intégralement ou en partie le libellé des marchés publics français et leur CCAG[2]. D'autres types de contrats standards anglo-saxons existent, tels que le contrat ICE[3] ou celui de l'*US Corps of Civil Engineers*. Il convient cependant de remarquer qu'actuellement, aucun contrat standard international à obédience strictement continentale ne semble exister.

Plus récemment, pour tenir compte de l'évolution en matière contractuelle et de l'apparition de tout une série de nouveaux types de contrats, l'ICE a publié en 1991 un nouveau contrat modèle intitulé «The New Engineering Contract» (NEC). Sa parution étant récente, il ne peut être fait référence à des expériences concrètes, mais son ouverture à une variété de mandats est sans aucun doute propre à susciter un intérêt croissant dans le monde de la construction.

En Suisse, le contrat SIA[4] avec sa norme 118 est utilisé dans la plupart des contrats depuis des décennies. Les CFF ont introduit récemment, par souci d'uniformité et pour tous leurs travaux, un contrat formulaire[5] coiffant l'ensemble des documents contractuels.

Dans le cadre des travaux des NLFA[6], les maîtres d'ouvrages désignés procéderont prochainement à une étude détaillée de cette question dans le but de sélectionner les types de contrat. L'objectif de cette démarche est la préparation d'outils contractuels modernes, adaptés à la dimension du projet et respectant l'ouverture à la libre concurrence internationale[7].

3.3 Les contrats en fonction du mode de rémunération

Ces dernières années, l'industrie de la construction a développé des stratégies contractuelles plus étendues que par le passé. En conséquence, de nouveaux types de contrats à caractère plus global ont fait leur apparition, tels que les contrats en dépenses contrôlées *(management contracts)*, les contrats de planification / construction *(design*

[1]FIDIC: Fédération internationale des ingénieurs-conseils: «Conditions of Contracts (1992)»

[2]CCAG: Cahier des clauses administratives générales des marchés publics français

[3]ICE: *Institute of Civil Engineers*, «Conditions of Contract»

[4]SIA Société suisse ses ingénieurs et des architectes: contrats d'entreprises n°1023 à 1025, norme SIA 118: «Conditions générales pour l'exécution des travaux (1977)»

[5]Formulaire SBB 4800.0 XII 91

[6]NLFA: Nouvelles lignes ferroviaires à travers les Alpes

[7]Arrêté fédéral sur le transit alpin du 4.10.91, art.13.2

and build contracts), les contrats à objectifs *(target cost contracts).* Les questions liées à la responsabilité des parties, à l'allocation des risques et aux méthodes de paiement ont dû être revues en conséquence.

D'une manière générale, les contrats peuvent être regroupés en fonction du mode de paiement en trois catégories, à savoir:

a) *les contrats basés sur le prix de vente (price based contracts):* il s'agit des contrats conventionnels à la série de prix ou au bordereau de prix (BOQ) , des contrats en régie *(day or hourwork basis contracts),* des contrats forfaitaires ou à forfaits individualisés *(activity schedule contracts);*

b) *les contrats basés sur le coût effectif (cost based contracts).* Il s'agit de marchés à dépenses contrôlées, où la rémunération de l'entreprise se fait au coût effectif *(cost reimbursable contract)* plus un honoraire fixe ou un pourcentage du montant des travaux ;

c) *les contrats dits «à objectifs» (target contracts),* où l'entreprise présente une offre avec un montant objectif. Au cas où le montant effectif des travaux se révèle finalement inférieur à l'objectif fixé, l'entreprise bénéficie d'un pourcentage (préalablement convenu) calculé sur la différence entre le montant objectif et le montant effectif. Dans le cadre d'un dépassement, l'entreprise est appelée à participer au financement du supplément. Ce type de contrat a été retenu pour les travaux de génie civil du tunnel de la Manche. Les contrats en régie plafonnée ou en régie co-interessée font partie de ce type de contrat.

3.4 Les contrats avec financement intégré

Au cours des dernières décennies, l'acheteur s'est vu de plus en plus contraint de recourir à l'emprunt international et de requérir du vendeur un financement par le biais de crédits. Pour les grands projets d'infrastructure, ces crédits, sollicités auprès d'institutions bancaires étrangères, résultent en général soit d'arrangements interbancaires (capitaux levés sur le marché privé, crédits à l'exportation), soit de financements mis en place à la suite d'accords entre gouvernements. La partie financée correspond souvent à la partie importée relative aux équipements électromécaniques. Ces montages financiers souvent complexes font l'objet de conventions particulières et les contrats de réalisation doivent être adaptés en conséquence.

Plus récemment, peut-être par l'absence de volonté politique, par le manque de ressources financières de certains acheteurs, par l'incapacité d'assumer une exploitation suivie et rentable du projet envisagé, un nouveau type de contrat s'est développé particulièrement en Asie et en Europe: le contrat modèle B.O.T[8]. Ce type de contrat s'apparente au contrat de concession classique, avec lequel les autoroutes françaises, italiennes et le tunnel du Saint-Bernard ont été construits, et comporte toutes les variantes imaginables telles le BOOT, BLOT, BOO, BOTT[9]. Les exemples sont nombreux dans le secteur du transport privé: tunnels, ponts, autoroutes, aéroports (tunnel de l'Arlberg, pont sur le Tage au Portugal, *Expressways* de Bangkok, nouvel aéroport d'Athènes, etc.), mais autrement plus délicats dans le secteur des transports publics (l'exemple du métro de Bangkok, où les négociations ont duré plus de dix ans, est révélateur.)

4. Les clauses contractuelles «catalysatrices»

4.1 Rappel des objectifs

Aussi bien l'acheteur que le vendeur souffriront d'un contrat inadapté, insuffisamment réfléchi, incomplet ou déséquilibré. Pour tout gestionnaire scrupuleux, qu'il soit ingénieur, économiste ou juriste, la réalisation d'un projet sans cette vision prospective peut devenir un véritable cauchemar. Les conséquences d'une défaillance au niveau du contrat peuvent être colossales et les exemples où les conflits portent sur plusieurs centaines de millions de francs sont nombreux.

Chaque contrat devant s'adapter au cas particulier de la réalisation envisagée, une analyse de détail des clauses contractuelles et de l'allocation des risques et responsabilités entre les parties contractantes serait ici un exercice malaisé et incomplet. Certaines clauses contractuelles spécifiques intéressent néanmoins tout particulièrement le gestionnaire appelé à respecter l'objectif de l'acheteur (les délais convenus, le budget octroyé et les normes de qualité) et l'objectif du vendeur (optimaliser le résultat de son intervention). Les clauses incitatives et dissuasives ainsi que la clause des litiges sont particulièrement intéressantes.

4.2 Les clauses incitatives

Les clauses incitatives sont étroitement liées au type de contrat choisi. Le principe est de faire participer l'entreprise au gain de production que peut retirer le maître de l'ouvrage d'un achèvement anticipé de celui-ci. Ce type de motivation pour toutes les parties concernées est peu utilisé, les maîtres d'ouvrages ayant, à tort, le sentiment d'octroyer inutilement un montant aussi injustifié que déraisonnable.

[8]BOT: *Build, Operate, Transfer*
[9]BOOT: *Build, Operate, Own, Transfer*
BLOT: *Build, Lease, Operate, Transfer*
BOO: *Build, Operate, Own*
BOTT: *Build, Operate, Train, Transfer*

Ce genre de clause est particulièrement intéressant dans le cadre de réalisations industrielles, où le constructeur, intéressé au résultat direct de la production, mettra en œuvre toutes les ressources nécessaires pour achever ses travaux aussi rapidement que possible, sans se laisser perturber par certaines revendications qui pourraient pourtant se justifier contractuellement. Dans le domaine des projets d'infrastructure, la clause incitative peut être utilisée avec succès dans les contrats dits à objectifs. L'exemple récent le plus connu est le contrat du tunnel sous la Manche. Un autre exemple est celui du tunnel du Storebaelt (Danemark), où un important «dérapage» s'est produit en ce qui concerne les délais de réalisation pour des motifs indépendants des parties. Une telle clause a permis de motiver l'entreprise à prendre les mesures d'accélération nécessaires non prévues et à rattraper une partie des retards enregistrés[10].

4.3 Les clauses dissuasives

Les clauses dissuasives apparaissent pratiquement dans tous les contrats internationaux. Il s'agit principalement de celles régissant les garanties et les pénalités de retard que les anglo-saxons appellent «performance security» et «liquidated damages»[11]. Ces clauses ont pour but de protéger l'acheteur du non respect par le vendeur de ses obligations contractuelles. Ces clauses visent notamment à obliger l'entreprise à rester «fidèle au poste» jusqu'à l'achèvement des travaux et à permettre une pénalisation de celle-ci en cas de non respect des performances contractuelles ou en cas de dépassement de délais.

Les garanties sont généralement données par le vendeur sous la forme de *garanties bancaires* émises par des banques ou assurances de réputation incontestée, encaissables sur première demande («guarantee on first demand»). Ces garanties servent à lier l'entreprise à son offre pendant la phase de soumission («bid bonds»), à lier l'entreprise à toute la phase d'exécution (garantie de «bonne fin» ou «performance bond») ou à garantir des paiements anticipés (garantie de restitution) en cas de défaillance de l'entreprise. Le montant de ces garanties est très variable. Une garantie de bonne fin représente en général 5 à 15% du montant total des travaux; dans certains cas particuliers elle peut même atteindre 45% voire 100% (aux USA notamment)! Un autre type de garantie est celle de la *caution* obligeant, en cas de défaillance de l'entreprise, l'établissement bancaire à reprendre à son compte les travaux[12].

Les pénalités pour non respect des paramètres contractuels de production sont classiques pour toutes les réalisations industrielles. Généralement plafonnées à 5-10% du montant des travaux, elles sont appliquées lorsque les paramètres de production et de consommation énergétique n'ont pas été atteints au cours des essais de réception. Certains contrats de fourniture d'équipement limitent la responsabilité de l'entreprise pour pertes directes et indirectes à un montant fixé au préalable.

Les *pénalités de retard* («liquidated damages») sont introduites dans la plupart des contrats internationaux et sont appliquées lorsque l'entreprise est responsable des retards. L'application d'une telle clause a souvent comme conséquence une procédure juridique. Les grands projets d'infrastructure étant souvent confrontés à des retards, les montants en jeu peuvent devenir très importants: les plafonds rencontrés dans les contrats forfaitaires oscillent entre 5 et 20% du montant total des travaux, alors que pour certains contrats au «bordereau de prix», les pénalités par jour peuvent atteindre l'équivalent de 50 000 francs.

4.4 La clause des litiges

La troisième clause souvent survolée, que le gestionnaire doit à tout prix examiner avec grand soin, est celle de la *résolution des litiges*. En signant un contrat, les parties concernées sont persuadées qu'une telle clause, valable pour d'autres, ne sera pas appliquée dans le cas les concernant. L'expérience montre en réalité que l'exécution de la plupart des grands projets a demandé l'intervention d'une autorité judiciaire. Les montants en jeu étant considérables, les maîtres d'ouvrage comme les entreprises doivent pouvoir recourir à un système juridique au-dessus de tout soupçon et libre de toute influence. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, les parties signataires de contrats internationaux ont cherché à régler leurs différends en recourant à une procédure privée (arbitrage) par opposition à la procédure civile devant les tribunaux étatiques[13]. L'avantage d'une procédure arbitrale peut être résumé d'une manière simplifiée par l'extranéité de la procédure, la limitation de recours et la simplification dans l'*exequatur* d'une sentence[14].

La procédure à laquelle il est le plus souvent fait référence, est celle de l'*arbitrage institutionnalisé*, par exemple de la Chambre de Commerce Internationale, représentée dans la majorité des

[10]*Bulletin de l'association suisse de l'arbitrage* (ASA), p.97-146: «Arrêt de la Chambre des Lords (Lord Mustill)»
[11]FIDIC «Conditions of Contract», art. 10.1 et 47.1
[12]Contrats de construction du LEP au CERN (Genève)
[13]Par exemple le contrat FIDIC, «Conditions of Contract», art. 67.3
[14]Convention de New York (1958) facilitant l'exécution des sentences dans les pays signataires de cette convention

pays par son comité national et dont le secrétariat se trouve à Paris (CCI). L'avantage d'un tel type d'arbitrage, par rapport à un arbitrage *ad hoc,* est l'existence de règles préétablies, ayant fait leurs preuves, et d'une clause type qui peut être reprise intégralement dans le contrat. Le droit matériel applicable, le for et la langue de la procédure doivent être précisés de surcroît[15].

5. Sources et nature des conflits

Que le gestionnaire soit le représentant du maître de l'ouvrage ou de l'entreprise chargée de la réalisation, il sera confronté durant toute la durée de la construction *au respect simultané des délais, des coûts et de la qualité.* Ces trois objectifs, indissociables les uns des autres, sont souvent remis en cause par des événements non prévus ou imprévisibles lors de la soumission. Il peut s'agir notamment et d'une manière non exhaustive, de l'interférence de tiers dans la conduite et la réalisation des travaux (autorités, maître d'ouvrage, entreprises sous-traitantes ou tierces), de conditions géologiques et hydrogéologiques imprévisibles, de conditions atmosphériques imprévues, d'éléments conjoncturels inopinés (recrutement de main-d'œuvre, inflation), de pannes extraordinaires de matériel (par exemple tunnelier, grue), de la défaillance de la main-d'œuvre et de l'encadrement (compétence, grève), d'erreurs de planification, de modifications de travaux, de mesures d'accélération de travaux et, finalement, des compétences et caractères des personnes responsables.

Une enquête réalisée sur 116 projets[16] affichant des dépassements de devis montre que pour 84 d'entre eux, soit plus de 70%, la cause principale du dépassement de devis est le retard dans l'exécution des travaux.

Tableau 1 - Analyse des causes de dépassement de devis

Cause	*nombre projets*	*%**
retard dans l'achèvement des travaux	84	78
planification et coordination du maître d'ouvrage	22	20
modifications du projet	22	20
retard de tiers	16	15
retard livraison matériaux chantier	11	10
erreur de planification	10	9
intempéries	10	9
renforcement de personnel	9	8
grèves	8	7
mesures d'accélération	7	6
retard livraison matériaux	6	6
autres raisons	9	8

*Pour un même projet, plusieurs sources peuvent être invoquées.

C'est également la question des délais qui fait l'objet, au niveau financier, des principales réclamations devant les tribunaux. Les plaintes relatives aux modifications de la nature des travaux (prix supplémentaires) et à des défauts de qualité sont moins fréquentes.

Le tableau 1 illustre statistiquement les sources principales de dépassements de devis selon cette enquête.

Il convient donc de mesurer l'importance à accorder à la préparation du dossier contractuel et à la gestion dans le temps des revendications présentées. Si, à première vue, les intérêts peuvent paraître contradictoires au niveau du *cash flow* (maître de l'ouvrage: versement retardé - entreprise: accélération du paiement), en fin de compte toutes les parties ont avantage à régler leurs dus sans retard dans l'intérêt d'un achèvement rapide des travaux (motivation de l'entreprise, procédures durant l'exécution, relations entre les parties).

Dans tout projet d'importance, chaque partie a intérêt à mettre à disposition les *ressources humaines nécessaires pour la gestion contractuelle* du projet. Ce n'est qu'à ce prix qu'elle parviendra à protéger ses propres intérêts et, finalement, ceux du projet. Cette cellule de gestion, tout en ayant pour mission de défendre la position contractuelle de la partie qu'elle représente, devra de bonne foi entamer les négociations, faire preuve de flexibilité et rechercher à résoudre à l'amiable les situations conflictuelles inévitables qui se dessineront. On ne saurait assez insister, dans ces situations, sur la valeur des relations humaines.

6. Prévention et résolution de litiges

6.1 La procédure juridique

Quelles que soient les responsabilités endossées par les parties, une procédure juridique est une expérience douloureuse et périlleuse où chacune des parties est finalement perdante. Si l'expérience montre que pour le gestionnaire, «un mauvais compromis reste généralement préférable à un bon procès», il convient d'admettre que dans certains cas, la procédure juridique représente la seule issue de secours possible. L'exemple du responsable de grands contrats ne pouvant admettre certaines défaillances de ses administrations, sous peine de sérieux ennuis, montre qu'il ne peut qu'adopter une attitude intransigeante, conduisant à cette ultime étape du «voyage» entrepris par l'acheteur et le vendeur. Une procédure judiciaire est un exercice douloureux de par sa durée, les efforts à consentir, les ressources à engager et les montants à investir. La durée d'un procès devant les tribunaux avec tous les recours possibles

[15]Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (p.6)

[16]*Betriebsberater,* Beilage 15 - 10.7.91, Dr.-Ing. HW. Swoboda: «Methoden für Quantifizierung und Nachweis von Zusatzansprüchen»

est difficile à estimer mais ne devrait pas être très différente de celle d'une procédure privée. Un arbitrage normal sans complication peut durer trois à cinq ans. Pour certains cas plus complexes, tant au niveau procédural (clause compromissoire incomplète ou incorrecte, mise en doute de la compétence des arbitres, désaccord sur l'acte de mission, désistement d'un arbitre, etc.) que dans la nature des revendications présentées (demande reconventionnelle, requête d'expertise judiciaire, mesures dilatoires, etc.), la durée d'une procédure peut aller jusqu'à dix à douze ans et les frais, suivant les cas, peuvent se chiffrer par millions.

L'exercice est ensuite périlleux parce que le résultat espéré n'est nullement garanti. Il est en effet très rare que la solution à un différend s'avère «blanche» ou «noire». Les responsabilités de la demanderesse et de la défenderesse sont souvent partagées à des degrés divers. Pour défendre son point de vue, chaque partie doit en outre pouvoir faire appel à la contribution des responsables ayant dirigé le projet incriminé, et ce pendant plusieurs années. Enfin, une fois la sentence rendue, la procédure destinée à recouvrer les montants auxquels la partie gagnante a droit n'est pas à négliger, notamment si la partie condamnée est insolvable ou a la possibilité de bloquer voire retarder une mobilisation de fonds[17].

Toutes ces réflexions montrent que la procédure juridique est une opération difficile et lourde de conséquences, mettant en action d'importants moyens. C'est pourquoi, les droits respectifs des parties étant protégés, il ne peut être que souhaitable de surseoir à une action en justice et de rechercher une solution à l'amiable.

6.2 La solution à l'amiable

Le contrat FIDIC, comme d'autres contrats, invite les parties à recourir à une résolution amiable, sans en donner cependant le fil conducteur[18]. D'autres contrats font référence soit à l'expertise par un tiers, soit à une médiation ou conciliation orchestrée par un tiers. La Chambre de Commerce Internationale peut, par exemple, grâce à son Centre International d'Expertise, assister les parties dans leur tentative de résoudre à l'amiable leurs différends[19]. Enfin, plus récemment, les contrats du tunnel sous la Manche ou du métro d'Athènes prévoient l'intervention, en cas de différend, d'un collège d'experts (parfois nommé «DRB», pour *Dispute Review Board*), solution préalable à l'arbitrage. Une autre formule, connue sous le nom de «mini-trial de Zurich», consiste à nommer un collège, formé des présidents ou directeurs des sociétés en conflit, sous la présidence d'un tiers. Ce collège fonctionne comme un tribunal. Toutes ces techniques de résolution de litiges à l'amiable par voie de négociation, médiation, conciliation sont appelées outre-Atlantique techniques *ADR* ou *Alternative Dispute Resolution*. Les décisions et recommandations prises dans le cadre de ces mesures préliminaires peuvent avoir force exécutoire, si les parties en conviennent ainsi. Les parties conservent néanmoins généralement le droit de contester le résultat d'une telle intervention et de recourir à la procédure judiciaire telle que prévue par le contrat. Pour que de telles formes de résolution amiable de différends s'avèrent efficaces et puissent être engagées sans délai, il est recommandé d'incorporer des clauses y relatives au texte contractuel ou, tout au moins, de les établir avant que le conflit ne surgisse.

7. Conclusions

L'environnement concurrentiel ne doit pas faire oublier à toutes les parties contractantes l'objectif final de la mission qui leur est confiée, soit l'exécution d'un projet en fonction des spécifications, dans les délais prescrits, pour les coûts convenus et avec la qualité attendue. Pour atteindre ces objectifs, le respect mutuel est indispensable et le contrat doit en fixer les «règles du jeu». C'est pourquoi les responsables de l'exécution du projet doivent vouer une attention toute particulière à la rédaction et au suivi contractuel.

Aussi bien le choix du type de contrat, les clauses figurant dans ce contrat, qu'une bonne gestion contractuelle contribuent à ce respect mutuel et à une exécution de bonne facture dans les délais prescrits. Les parties doivent, à l'instar de la gestion logistique, consentir le temps et les ressources nécessaires à ce type de gestion.

Le contrat est et sera toujours susceptible d'interprétation et de désaccords. Le recours à des procédures à l'amiable, pour tenter de trouver un compromis sous forme de règlement transactionnel, sera dans la plupart des cas à préférer à une procédure juridique, dont les conséquences restent malgré tout incertaines. Le contrat reste finalement un outil, qui ne devrait pas suppléer les qualités humaines des hommes dirigeant le projet, mais pouvoir les corriger le cas échéant.

[17]Clunet, Sentences arbitrales, affaire CCI n° 5639 de 1987

[18]FIDIC, «Conditions of Contract», art.67.2

[19]Règlement du Centre international de l'expertise de la CCI (1.1.93)

Exposé donné le 19.1.1994 dans le cadre du cycle d'études postgrades en management de systèmes logistiques organisé par l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne, l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées à Paris et le Politecnico di Milano