



HAL
open science

Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable

Yacine El Issa

► **To cite this version:**

Yacine El Issa. Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable. Droit. Université Paris-Saclay, 2022. Français. NNT : 2022UPASH006 . tel-03815106

HAL Id: tel-03815106

<https://theses.hal.science/tel-03815106v1>

Submitted on 14 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable.

International construction contracts. Liabilities and applicable law.

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, « Droit, Economie, Management », (DEM)
Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles
Graduate School : Droit. Référent : Faculté de droit, économie et gestion

Thèse préparée dans l'**Institut droit éthique patrimoine (IDEP)**, sous la direction de
Pierre CALLE.

Thèse soutenue à Paris-Saclay, le 08 septembre 2022, par

Yacine EL ISSA

Composition du Jury

Sylvain BOLLEE Professeur des universités, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne	Président
Valérie PIRONON Professeure des universités, Nantes Université	Rapporteur & Examinatrice
Laurence USUNIER Professeure des universités, Université Cergy-Pontoise,	Rapporteur & Examinatrice
Christophe SERAGLINI Professeur des universités, Université Paris-Saclay	Examineur
Pierre CALLE Professeur des universités, Université Paris-Saclay	Directeur de thèse

Titre : Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et droit applicable.

Mots clés : Contrats internationaux de construction, internationalité, contentieux et responsabilités, droit applicable, lois de police.

Résumé : La construction internationale est en plein essor. De multiples partenaires sont susceptibles de s'engager dans un projet de construction internationale. Chacun de ces partenaires s'engageant à accomplir une tâche déterminée, variant selon le type de modèle contractuel choisi. Il existe, en effet, plusieurs types de modèles contractuels dans le secteur de la construction (le modèle traditionnel avec de la sous-traitance, le modèle design-construction, le « bridging », les contrats dits de « concession » ...). Les parties choisissent librement le modèle contractuel qui leur convient le mieux et qui répond à leurs besoins. La figure contractuelle vient alors s'adapter aux besoins et aux compétences des parties. L'importance du contentieux dans les relations contractuelles du secteur de la construction internationale n'est pas négligeable. Le secteur de la construction internationale apparaît même très propice à l'apparition de contentieux, dans un contexte ancré dans la mondialisation, du fait que les contrats internationaux de construction sont des contrats complexes et très souvent multipartites, s'exécutant sur le long terme. Les questions des responsabilités peuvent varier selon les différents modèles de contrats internationaux de construction. Les obligations des parties sont accrues dans le modèle de design-construction et la responsabilité des constructeurs sera très large (ces derniers assumant une très grande partie des risques tels que le risque de la conception, de la construction ...) dans les contrats types « DBOOT ». Du fait de ces questions relatives à la responsabilité, le rôle de l'assurance n'est pas négligeable, mais, parfois, l'assurance ne protégera pas les responsabilités post-construction du constructeur et toutes les garanties ne sont pas toujours couvertes. Une réalité s'impose. Les litiges dans le secteur de la construction internationale ne cessent de croître, représentant plus de 20 % du contentieux devant la CCI. La pratique des dispute

est alors apparue, pratique controversée du fait de l'absence d'exécution forcée des décisions du board.



Title : International construction contracts. Liabilities and applicable law.

Keywords : International construction contracts, internationality, conflicts and liabilities, applicable law, national mandatory rules.

Abstract : International construction is booming. Multiple partners are likely to engage in an international construction project. Each of these partners undertakes to accomplish a specific task, varying according to the type of contractual model chosen. There are, in fact, several types of contractual models in the construction sector (the traditional model with subcontracting, the design-build model, the “bridging”, the so-called “concession” contracts, etc.). Parties freely choose the contractual model that best suits them and meets their needs. The contractual figure then adapts to the needs and skills of the parties. The importance of litigation in the contractual relations of the international construction sector is not negligible. The international construction sector even appears very conducive to the appearance of litigation, in a context rooted in globalization, due to the fact that international construction contracts are complex and very often multi-party contracts, running over the long term. Liability issues may vary with different models of international construction contracts. The obligations of the parties are increased in the design-build model and the responsibility of the builders will be very broad (the latter assuming a very large part of the risks such as the risk of design, construction, etc.) in standard "DBOOT" contracts. Because of these liability issues, the role of insurance is not negligible, but sometimes insurance will not protect the builder's post-construction liabilities and not all warranties are always covered. A reality appears. Litigation in the international construction sector continues to grow, representing more than 20 % of litigation before the ICC. The practice of dispute boards then appeared, a controversial practice due to the absence of forced execution of the decisions of the board.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à mon directeur de thèse, M. Pierre Callé. Mon attrait pour le droit international privé est né de vos enseignements durant mes études de Master. Votre pédagogie, votre approche de l'enseignement et votre culture du savoir sont des éléments dont je désire m'imprégner. Durant cette thèse, vous avez été d'un soutien fondamental et d'une disponibilité parfaite. J'ai appris, grâce à vous, le véritable sens du mot « rigueur ». J'ai cultivé l'attachement au dépassement de soi. Je vous serai éternellement reconnaissant de m'avoir fait part de cet honneur de diriger ce travail. Je remercie également les membres du jury, qui me font le privilège de juger cette thèse.

C'est avec le cœur ému que je dédie cette thèse à mon papa, disparu trop tôt. Tu as suscité en moi le goût de l'effort, tu m'as appris la persévérance et tu m'as incité à toujours croire en moi. J'aurais aimé que tu lises ce manuscrit. Je dédie également ce travail à l'être qui m'est le plus cher, ma maman. Mes accomplissements sont d'abord les tiens, je t'exprime toute ma gratitude pour ton éternel soutien, pour ton amour inconditionnel, pour ton réconfort précieux durant toutes mes épreuves de la vie, pour tous tes sacrifices, pour tout ce que tu es. J'espère que cette thèse te rendra fière de moi. Tu es celle qui a rendu tout possible. Tu es mon point de départ, mon point d'ancrage. Je remercie aussi mes frères, pour leurs encouragements et leur bienveillance. Un clin d'œil particulier à toi Rayyan. Tu as toujours cru en moi et nous avons réussi notre défi : soutenir la même année. Partager toutes ces heures de travail en ta compagnie était un privilège. Je ne peux pas oublier de remercier toute l'équipe médicale de l'hôpital Necker-Enfants malades, sans qui mes réussites n'auraient pas pu éclore. Je remercie tout particulièrement le Professeur Eric Arnaud, le docteur Louis-Charles Roisin et l'ensemble de leur staff. Je vous dois la vie.

Enfin, je tiens à remercier tout le personnel de l'Université Paris-Saclay, avec une gratitude particulière pour Mme Maryse Chomette. Vos vœux de fin d'année ont toujours constitué des baumes et des encouragements précieux. Un grand merci également à Mme Murielle Poisot et à sa gentillesse.

SOMMAIRE

Liste des abréviations-----	15
<hr/>	
INTRODUCTION-----	26
I/ Approche historique-----	27
II/ Qualification et principaux intervenants-----	33
III/ Problématique-----	35
<hr/>	
PARTIE PRELIMINAIRE : TYPOLOGIE DES CONTRATS DE CONSTRUCTION ET DE LEURS CLAUSES USUELLES-----	38
CHAPITRE I : Typologie des contrats de construction-----	39
Section I : Les contrats principaux de construction-----	40
Sous-Section I : Entre personnes publiques et privées-----	40
§1 : Les contrats BOT-----	41
1) La notion-----	42
2) Les risques et les responsabilités-----	44
a. La phase de construction-----	44
b. Concession et exploitation-----	47
c. Project finance et contrat BOT-----	51
§2 : BOO, BOOT et BT-----	53
Sous-Section II : Entre personnes privées-----	56
§1 : Les contrats DB ou clés en main-----	56
1) Notion-----	57
2) Partage des responsabilités dans le Livre Argent-----	59
§2 : Les contrats Design-Bid-Build-----	62

Section II : Les contrats de sous-traitance-----	65
Sous-Section I : Typologie des contrats de sous-traitance-----	65
§1 : Notion générale-----	65
§2 : Catégories de sous-traitance-----	67
1) Distinction sous-traitance de marché et sous-traitance industrielle-----	68
2) Distinction sous-traitance de capacité et sous-traitance de spécialité-----	69
Sous-Section II : Des contrats répandus-----	71
§1 : Les raisons d'un succès-----	71
§2 : Une relation amenée à évoluer-----	72
CHAPITRE II : Typologie des clauses contractuelles-----	75
Section I : La sanction dans le contrat-----	77
§1 : Les clauses de responsabilité-----	77
1) Les clauses pénales-----	78
2) Les clauses de liquidated damages-----	79
§2 : Les clauses de résiliation-----	81
Section II : Les conditions générales-----	82
§1 : Les clauses relatives au paiement-----	82
1) Le mode de fixation du prix-----	83
2) Les conditions du paiement-----	84
a. Les clauses pay-if-paid-----	84
b. Les clauses pay-when-paid-----	87
§2 : Les clauses relatives aux travaux supplémentaires-----	88
§3 : Les clauses relatives aux délais-----	91
1) La clause du planning de base-----	92
2) Les clauses d'extension of time-----	93
a. Les clauses inspirées de la common law-----	93

b. Calcul des nouveaux délais-----	95
Section III : Force majeure et imprévision-----	98
§1 : Les clauses de force majeure-----	98
1) Des clauses omniprésentes-----	98
2) La clause de force majeure : Vers une clause-type ?-----	101
§2 : Les clauses de hardship-----	105
1) Pratique des clauses d'imprévision-----	105
a. Une pratique débattue, mais justifiée-----	105
b. Une pratique imposée ?-----	107
2) L'imprévision, une règle matérielle internationale ?-----	109
a. L'imprévision en droit comparé-----	109
b. Une règle matérielle internationale incertaine-----	111
<hr/>	
PARTIE I : L'INTERNATIONALITE DES CONTRATS DE CONSTRUCTION-----	115
CHAPITRE I : L'internationalité du contrat de construction dans sa relation principale-----	117
Section I : L'internationalité subjective par le contenu du contrat entre personnes privées-----	118
Section II : Les incertitudes de l'internationalité objective en présence d'une personne publique-----	122
§1 : L'internationalité dans un contrat entre une personne publique et une personne privée-----	123
1) L'identification de l'autorité adjudicatrice-----	124
2) La qualité étrangère du cocontractant-----	128
a. Un critère contesté-----	128
b. Le cas des consortiums-----	134
c. Les abus du critère de la nationalité-----	135
§2 : L'internationalité dans un contrat entre personnes publiques-----	138
CHAPITRE II : L'internationalité du contrat de sous-traitance-----	141

Section I : L'internationalité propre-----	142
§1 : Les éléments d'internationalisation-----	142
§2 : Les controverses-----	143
Section II : L'internationalité empruntée-----	144
§1 : Les termes du débat-----	145
§2 : Le droit positif-----	146
<hr/>	
PARTIE II : LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION-----	152
CHAPITRE I : Le droit applicable dans les contrats principaux de construction-----	153
Section I : Le droit applicable entre les parties-----	154
Sous-Section I : Le droit applicable entre contractants privés-----	154
§1 : La détermination de la loi applicable au contrat de construction-----	155
1) Le choix par les parties de la loi applicable-----	155
a. Le principe-----	156
a.1. Un concept ancien-----	156
a.2. La notion d'autonomie-----	158
b. Les limites-----	160
b.1. Les articles 3 § 3 et 3 § 4 du Règlement Rome 1-----	160
b.2. L'interférence des lois de police-----	162
2) La loi applicable à défaut de choix-----	163
a. L'application de la loi de résidence du prestataire de services-----	164
a.1. La solution écartée : La loi du lieu de la construction-----	164
a.2. La solution retenue : La loi du lieu de résidence du constructeur-----	165
b. La clause d'exception-----	167
b.1. Notion-----	167

b.2. Application au contrat de construction-----	168
§2 : Le domaine de la loi applicable au contrat de construction : l'obligation d'assurance rattachée à la loi applicable au contrat de construction-----	172
1) Le mécanisme de l'assurance obligatoire-----	172
a. Eléments de droit comparé-----	172
b. La loi applicable au contrat de construction et le principe de l'assurance obligatoire-----	174
2) Le jeu de l'assurance obligatoire française-----	177
a. L'assurance obligatoire française, une loi de police ?-----	177
b. La clause d'exception, potentiel moyen de mise en jeu de l'obligation d'assurance française-----	179
Sous-Section II : Le droit applicable entre une personne publique et une personne privée-----	182
§1 : Le droit applicable devant un juge étatique-----	183
1) Contrats administratifs internationaux et droit applicable-----	184
a. Un Règlement Rome I inapplicable-----	184
a.1. Règlement Rome I et contrats administratifs internationaux-----	184
a.2. L'absence d'autres textes réglementaires européens propres-----	189
b. La territorialité du droit administratif français en matière de construction-----	190
b.1. L'exclusion du choix d'un droit étranger-----	190
b.2. Les assouplissements-----	192
2) Le droit applicable aux contrats d'Etat en matière de construction-----	195
§2 : Le cas particulier du choix de loi devant l'arbitre-----	198
1) Une liberté de choix relative-----	198
a. Un droit parfois outrepassé par les arbitres-----	199
b. Les contreparties exigées par les arbitres à la désignation du droit de l'Etat partie-----	202
2) La loi applicable à défaut de choix-----	208
Section II : Les contrats internationaux de construction sans droit étatique-----	211
Sous-Section I : Le recours aux droits anationaux-----	212
§1 : Un recours contesté-----	212
1) Distinction entre contrats sans loi et contrats sans droit étatique-----	213

2) Obstacles au contrat sans droit étatique-----	214
a. Une existence débattue-----	214
b. Une efficacité discutable-----	217
3) Les droits anationaux devant les juridictions étatiques-----	219
§2 : Les contrats FIDIC, une <i>lex constructionis universalis</i> ?-----	222
1) Présentation d'un succès-----	223
2) Un droit transnational ?-----	225
a. Les arguments favorables-----	226
b. Les arguments défavorables-----	229
Sous-Section II : L'appel à une harmonisation du droit de la construction-----	235
§1 : Les justifications-----	236
§2 : Les obstacles-----	237
CHAPITRE II : Le droit applicable dans les contrats de sous-traitance internationaux-----	241
Section I : Détermination de la loi applicable-----	242
§1 : Le principe de liberté de choix de loi, exprès ou implicite-----	242
§2 : La loi applicable à défaut de choix-----	244
1) La loi de résidence du prestataire de services pour principe-----	244
2) La clause d'exception-----	245
a. Les avantages du jeu de la clause d'exception-----	246
b. Une application à modérer-----	247
Section II : La loi applicable aux actions directes en paiement et en responsabilité-----	251
Sous-Section I : L'action directe en paiement-----	252
§1 : Le droit applicable à l'action directe en paiement-----	252
1) Analyse comparative-----	253
a. L'action directe en civil law-----	253
a.1. L'action directe en droit français-----	253

a.2. L'action directe dans les autres pays de civil law-----	257
b. Les substituts à l'action directe dans les pays de common law-----	259
2) Des droits applicables concurrents-----	265
a. Le droit du contrat principal-----	266
a.1. Une application autonome du fondement de l'action directe-----	266
a.2. L'application justifiée du droit du contrat principal-----	268
b. L'application cumulative de deux lois-----	270
§2 : Le cas particulier des lois de police-----	272
1) Le temps de la consécration de lois de police française en matière de sous-traitance-----	272
a. La proclamation-----	272
b. La portée-----	276
2) Une consécration contestée-----	279
a. Les discussions quant au but recherché-----	279
b. Les discussions quant au critère d'application dans l'espace-----	283
b.1. Le critère de la construction d'un immeuble en France, un critère cohérent ?-----	284
b.2. Vers un nouveau critère en faveur d'un simple lien de rattachement avec la France ?-----	287
c. Les moyens de contournement-----	290
c.1. Les clauses d'arbitrage-----	290
c.2. Les clauses attributives de juridiction-----	291
Sous-Section II : L'action directe en responsabilité-----	302
§1 : L'action directe en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant-----	303
§2 : L'action directe en responsabilité du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage-----	304
<hr/>	
PARTIE III : LE REGLEMENT DES LITIGES-----	308
CHAPITRE I : L'arbitrage international-----	309
Section I : L'arbitrage de droit commun-----	310

Sous-Section I : Une justice de prédilection confrontée à des écueils-----	311
§1 : Une justice étatique inadaptée-----	311
1) La lenteur d'une justice étatique dépourvue d'expertise satisfaisante-----	311
2) Une équité insuffisante-----	314
§2 : L'arbitrage multipartite en matière de construction-----	318
1) Les remèdes aux écueils de l'arbitrage multipartite-----	318
a. Les difficultés de l'arbitrage multipartite-----	319
a.1. La composition du tribunal arbitral-----	319
a.2. Les difficultés tenant au consentement des parties-----	321
b. Vers un arbitrage multipartite indépendant du consentement-----	326
2) Les motifs d'un accès direct à l'arbitrage international en matière de construction-----	329
Sous-Section II : Le cas particulier de l'arbitrage international en présence d'un Etat-----	333
§1 : La capacité à compromettre-----	333
1) Une capacité essentielle consacrée en droit français-----	333
2) La capacité à compromettre en droit comparé-----	336
§2 : L'imputation du contrat de construction-----	339
Section II : L'arbitrage d'investissement-----	341
§1 : Notion d'investissement-----	342
§2 : Application du critère objectif au contrat de construction-----	345
 CHAPITRE II : Les autres modes alternatifs de règlement des conflits-----	 349
 Section I : Les Dispute boards-----	 351
§1 : Les sources de dispute boards aux formes multiples-----	351
1) Les origines-----	352
a. Le modèle de l'Engineer et ses faiblesses-----	352
b. L'avènement timide des dispute boards-----	356

2) Famille de Dispute boards-----	358
a. Les formes possibles-----	359
b. La composition des Dispute boards-----	363
§2 : Nature des Dispute boards-----	366
1) Des proximités relatives avec l'arbitrage-----	367
a. Des affinités apparentes-----	367
b. Des dissemblances à nuancer-----	372
b.1. Les rapprochements entre la conclusion du dispute board et l'acte juridictionnel-----	372
b.2. Le dispute board, un double degré d'arbitrage ?-----	375
2) L'efficacité des décisions des dispute boards-----	380
a. Force obligatoire des décisions et refus d'exécuter-----	381
a.1. Le principe-----	381
a.2. Le refus d'exécuter-----	383
b. Les moyens de rendre obligatoire une décision du Dispute board-----	387
Section II : La médiation-----	389
§1 : Notions-----	390
1) La médiation classique-----	390
2) Les formes annexes-----	393
a. La binding mediation-----	393
b. La med-arb-----	395
b.1. Le processus-----	395
b.2. Les hostilités-----	397
b.2.1. Le risque de partialité-----	398
b.2.2. Le manquement à la confidentialité-----	399
c. Un éventail encore très large-----	400
§2 : Une efficacité contestée en matière de construction-----	402
Section III : Le partnering ou alliancing-----	404
Section IV : L'adjudication-----	406

§1 : Le processus-----	406
§2 : Une procédure distincte de l'arbitrage-----	407
Section V : La consultation conjointe-----	409
§1 : Le processus-----	409
§2 : Une procédure différente de l'expertise-----	410
<hr/>	
CONCLUSION GENERALE-----	412
<hr/>	
Bibliographie-----	418
<hr/>	
Index-----	498

Liste des abréviations

AELE : Association européenne de libre-échange

AFDI : Annuaire français de droit international

Aff. : Affaire

AIA : American Institute of Architects

AJ : Actualités juridiques

AJCL : American journal of comparative law

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

ALENA/NAFTA : Accord de libre-échange nord-américain/North American Free Trade Agreement

ALR : Alberta law review

AmULRev. : American University law review

Arb. Int'l : Arbitration international

ARIA (Am. Rev. Int'l Arb) : American review of international arbitration

ASA : Association suisse de l'arbitrage

BCL : Building and construction law

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

BGH : Bundesgerichtshof

BLR : Baylor Law Review

BOO : Build, Own, Operate

BOOT : Build, Own, Operate and Transfer

BOT : Build, Operate and Transfer

BT : Build Transfer

Bull. : Bulletin

BYIL : British yearbook of international law

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cah. arb. : Cahiers de l'arbitrage

Calif. L. Rev. : California law review

Cass. ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{re} : Première Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^e : Troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

CCDC : Comité canadien des documents de construction

CCI : Chambre du commerce internationale

CDB : Combined Dispute board

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Cf : Confer

Ch. : Chambre

Chron. : Chronique

CIAC : Construction Industry Arbitration Commission

CIJ : Cour internationale de justice

CIRDI/ICSID : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements/International centre for settlement of investment disputes

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMAP : Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris

CME : Construction, Management and engineering

CNUCED/UNCTAD : Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement/United Nations Conference on trade and development

CNUDCI/UNCITRAL : Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international/United Nations commission on international trade law

COAA : Construction Owners Association of Alberta

Coll. : Collection

Comm. : Commentaire

Concl. : Conclusion

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Constr. Law. J. : Construction law journal

CRL : Comité de résolution des litiges

CSD : Claims settlement declaration

D. : Dalloz

DAAB : Dispute Avoidance/Adjudication Board

DAB : Dispute Adjudication Board

DB : Design-Build

DB : Dispute Board

DBB : Design-Bid-Build

DBF : Dispute board federation

DC : Décision du Conseil constitutionnel

Dir. : Sous la direction de

DP : Dalloz périodique

DPCI : Droit et pratique du commerce international

DRB : Dispute Resolution Board

DRBF : Dispute Resolution Board Foundation

Dr. et Patr. : Droit et patrimoine

DRJ : Dispute resolution journal

Dr. soc. : Revue du droit social

ECAM : Engineering, Construction and architectural management

Ed. : Edition

EFE : Edition-Formation-Entreprise

EJCL : European journal of comparative law

ELIOS : European Liability Insurance Organisation Schemes

ENAA : Engineering Advancement Association of Japan

EPC : Engineering, Procurement, Construction

ERCL : European review of contract law

Eur. Law Review : European Law review

Euro. Rev. Priv. L. : European review of private law

EwiR : Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

Fasc. : Fascicule

FIDIC : Fédération internationale des ingénieurs-conseils

Fordham L. Rev. : Fordham law review

Gaz. Pal. : Gazette du palais

GCC : General Conditions of Contract

IBC : International broadcasting convention

Ibid : Ibidem

ICLR : International construction law review

IDE : investissement direct à l'étranger

IDI : Institut de droit international

IFC : International Finance Corporation

IJPM : International Journal of Project Management

ILO : International labour organization

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

Int'l Arb. L. Rev. : International arbitration law review

IPRax : Praxis des Internationalen Privat

IRJS : Institut de recherche juridique de la Sorbonne

JBCC : Joint Building Contracts Committee

JCEM : Journal of Construction Engineering and Management

J. Cl. : JurisClasseur

JCP E : La semaine juridique – Entreprise et affaires

JCP G : La semaine juridique – Edition générale

JCT : Joint Contracts Tribunal

JDI : Journal du droit international (Clunet)

JIE : Journal of international economics

J. Int. Arbitr. : Journal of international arbitration

JME : Journal of Management in Engineering

JMS : Journal of management studies

JO : Journal officiel

J.T : Journal des tribunaux

JWELB : Journal of World Energy Law and Business

LDIP : Loi fédérale suisse sur le droit international privé

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPVR : Least-present-value-of-revenue

LQR : Law quarterly review

MAC : Material adverse change

MARC/ADR : Mode alternatif de règlement des conflits/Alternative Dispute Resolution

McGill J. Law : McGill journal of law

MEDALOA : Mediation and last offer arbitration

MENA Business Law Review : Middle East & North Africa Business Law Review

N° : Numéro

NBS : National Building Specification

NEC : New engineering contract

NHBC : National house building contract

NYSBA : New York State bar association

Obs. : Observations

OMC : Organisation mondiale du commerce

ONU : Organisation des Nations-Unies

Op. cit. : Opus citatum

OSJDR : Ohio State Journal on Dispute Resolution

OUP : Oxford university press

P. : Page

PAC L.J : Pacific law journal

PDEC : Principes du droit européen du contrat

PIB : Produit intérieur brut

PPP : Partenariat public-privé

Préc. : Précité

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

QJE : Quarterly Journal of Economics

Rapp. : Rapport

RBDI : Revue belge de droit international

RCADI : Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye

RDAI : Revue de droit des affaires internationales

RDC : Revue des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

RDIPP : Rivista di diritto internazionale privato e processuale

RDP : Revue du droit public

RDS : Revue de droit suisse

RDU (Rev. dr. unif) : Revue de droit uniforme

Rec. : Recueil

Rééd. : Réédition

Rép. : Répertoire

RFDA : Revue française de droit administratif

RFDC : Revue française de droit constitutionnel

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RMUE : Revue du marché unique européen

Rev. arb. : Revue de l'arbitrage

Rev. crit. DIP/RCDIP : Revue critique de droit international privé

Rev. des Juristes de Sciences Po : Revue des juristes de Sciences po

Rev. hist. dr. fr & étran. : Revue historique de droit français et étranger

Rev. sciences crim. : Revue des sciences criminelles

Rev. sociétés : Revue des sociétés

RFAP : Revue française d'administration publique

RGDIP : Revue Générale de droit international public

RIDE : Revue internationale de droit économique

RJTUM : Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal

RQDI : Revue Québécoise de droit international

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. Revue trimestrielle de droit européen

S. : Suivant

Sect. : Section

Sent. : Sentence

S.L.R. : Sydney law review

Somm. : Sommaire

Spéc. : Spécialement

SRSG : Secretary-General for business and human rights

Stanford L. Rev. : Stanford law review

T. : Tome

TBI : Traité bilatéral d'investissement

TC : Tribunal des conflits

TDM : Transnational dispute management

TFUE : Traité de fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance

TLR : Tax law review

Trad. : Traduction

Trav. comité fr. DIP : Travaux du comité français de droit international privé

UK : United Kingdom

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

VJTL : Vanderbilt Journal of Transnational Law

VOB/B : Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen

Vol. : Volume

Yale L.J : Yale law journal

Yearbook.com.arb : Yearbook commercial arbitration

ZfBR : Zeitschrift für deutsches und internationales Bau

« Give me six hours to chop down a tree and I will spend the first four sharpening the axe », Abraham Lincoln (« Donnez-moi six heures pour abattre un arbre et je vais passer les quatre premières à aiguiser la hache »).

INTRODUCTION

1. Le secteur de la construction internationale est en pleine expansion. Par la globalisation, les économies se sont internationalisées ; les personnes physiques et morales ont fait fi des frontières pour s’implanter sur des sols étrangers et y exercer des activités commerciales et les Etats usent de politiques d’entrées et fiscales très attractives pour les attirer. Aujourd’hui, l’industrie de la construction représente 13,4 % de la production mondiale et 7,5 trillions de dollars US¹. En France, la sphère de la construction comptabilise, selon la Fédération française du Bâtiment, 401.100 entreprises et 124 milliards d’euros de chiffre d’affaires². Macro-économiquement, les contrats de construction sont valeurs de richesse nationale. Contribuant à un transfert de technologie et de savoir-faire favorable à l’Etat d’accueil, les contrats internationaux de construction sont devenus des outils du développement économique. Ainsi, ce n’est pas un hasard que lors de plusieurs voyages présidentiels français, des lots de commandes publiques sont annoncés pour les grandes entreprises françaises. « Combien de chefs d’Etats ou de ministres ne se font-ils pas accompagner dans leur déplacement à l’étranger par une pléiade d’hommes d’affaires qui attendent du voyage la conclusion de profitables contrats ? Et combien de “grands contrats” ne se font-ils pas en fonction des relations politiques ... ? »³. Les entreprises nationales sont appuyées par les pouvoirs publics pour obtenir des contrats de construction sur les marchés publics internationaux. Par exemple, pour la reconstruction en Irak, l’administration Bush avait aidé les entreprises américaines à signer des contrats de construction sur place, pour des montants dépassant des dizaines de milliards de dollars.

2. Les contrats internationaux de construction permettent aux entreprises de construction de faire grandir leur influence dans un pays, de participer à son développement et d’afficher une vitrine de leur savoir-faire industriel. Lorsqu’une entreprise s’emploie dans un chantier de construction, elle ne va pas seulement s’atteler à construire l’ouvrage en question, mais va également s’affairer à la construction sur place d’usines, de bureaux, de logements pour son personnel ...⁴ Les échanges économiques se sont accompagnés d’une accentuation des relations sociales mettant en lien des

¹ Cf « Construction and Engineering : Global Industries Guide 2011, « Global Construction Perspectives and Oxford Economics » et « Global Construction 2020- A global forecast for the construction industry over the next decade to 2020 », Marketresearch.com, Datamonitor Report.

² <https://www.ffbatiment.fr/>

³ P. WEIL, *Les contrats d’Etat à l’épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. XVIII.

⁴ Dès lors, si le Soudan est l’un des pays les plus pauvres de la planète, sa capitale Khartoum a des allures de ville chinoise, là où de grands buildings sortent de terre, puisque les entreprises chinoises y ont conclu un grand nombre de contrats de construction, ce qui a contribué à une transformation économique ainsi qu’à une modification de l’urbanisme de la ville.

personnes privées, physiques ou morales, et des personnes publiques. La mondialisation du droit par la conclusion de contrats internationaux a emboité le pas à la mondialisation de l'économie. Le droit s'est associé à la mondialisation *stricto-sensu*, par le biais de la naissance d'un véritable droit de la mondialisation, comportant un ensemble de règles et de Conventions destinées à réglementer les relations et les échanges, par la création en ce sens de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), fixant les règles du marché. Les liens entre la sphère économique et la sphère juridique sont étroits ; « le système juridique devient ainsi la condition du fonctionnement de l'économie, à la fois parce qu'il fixe les supports de production en rapport de propriété formelle, et en tant qu'il institue des règles organisant les échanges de biens et de services. Plus précisément, les rapports économiques sont coulés dans les normes juridiques. Tout acte économique est en même temps un acte juridique ... Le rapport juridique est la condition indispensable de la possibilité du rapport économique »⁵. C'est ainsi que la profession d'économiste de la construction commence peu à peu à faire son apparition en France⁶. Il est « un expert des coûts de la gestion économique de tout projet de construction qu'il s'agisse de bâtiments, de génie civil ou d'ingénierie industriel au niveau national ou international »⁷.

I/ Approche historique

3. La construction constitue l'édification d'un ouvrage en assemblant divers éléments par l'utilisation de matériaux et de techniques liées à l'« ingénierie ». L'histoire de la construction remonte aux origines mêmes des Etats. Depuis des siècles, la construction a à répondre à des réglementations strictes et précises parce qu'elle constitue un domaine règlementé. Il convient de remonter à l'époque Babylonienne pour observer que la relation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal reposait sur le pivot d'un Code détaillé. Les principes du droit de la construction retrouvés aujourd'hui dans les contrats de construction trouvent une partie de leur source dans le Code d'Hammourabi, le sixième roi de Babylone. Ce Code constituait « tout un ensemble de lois, organisées en groupes ordonnés, afin que tous les hommes puissent lire et savoir ce qui leur est demandé. Le code a été gravé sur un monument en pierre noire de huit pieds de hauteur et visait clairement à être élevé à la vue du public »⁸. Déjà, les questions de responsabilité étaient abordées.

⁵ G. VLACHOS, *Droit public économique français et communautaire*, Dalloz, 2001, p. 2.

⁶ Cette profession est bien ancrée dans le paysage anglais, sous le terme de *Quantity surveyor*.

⁷ M. HUET, « Les professionnels de la construction », *RDI* 1992.437.

⁸ Cf N. BUNNI et L. BUNNI, *Risk and Insurance in Construction*, Routledge, 2021.

L'article 228 du Code d'Hammourabi relatif à la construction disposait que, si le constructeur commettait des erreurs dans la construction et que celles-ci conduisaient à la destruction de l'ouvrage causant la mort du maître de l'ouvrage, le constructeur était condamné à mort. De même, l'article 229 énonçait que, si ces erreurs conduisaient à la destruction et à la mort du fils du maître de l'ouvrage, le fils de l'entrepreneur principal était condamné à mort. Les principes d'Hammourabi sur la loi du Talion applicable à celui qui a mal construit seront longtemps restés en vigueur, datant de 2000 avant Jésus-Christ et retrouvés à l'époque néo assyrienne entre 900 et 600 avant Jésus-Christ, dans les usages orientaux et à l'époque hellénistique.

4. D'autres principes anciens ne peuvent être occultés, notamment à l'époque de la loi ancestrale de la Cité grecque d'Ephesus : « dans la célèbre et importante ville grecque d'Éphesus, on dit qu'il y a une ancienne loi ancestrale, dont les termes sont sévères, mais sa justice n'est pas équitable. Lorsqu'un architecte accepte la charge d'un ouvrage public, il doit promettre quel en sera le coût. Son estimation est remise au magistrat et ses biens sont donnés en garantie jusqu'à ce que le travail soit fait. Lorsque la construction est terminée, si la dépense est conforme à sa déclaration, il est complimenté par des décrets et des marques d'honneur. Si pas plus d'un quart n'a été ajouté à son estimation, il est fourni par le Trésor, et aucune pénalité n'est infligée. Mais lorsque plus d'un quart a été dépensé en plus pour les travaux, l'argent nécessaire pour les fournir est prélevé sur sa propriété »⁹.

Dès les débuts des civilisations, les contrats de construction constituaient l'origine de l'essor des Cités. Le développement de la civilisation humaine ne peut pas être dissocié du développement de la construction et de l'essor de sa modernité. En ce sens, dans Péricles, il était mentionné que « ce qui a donné le plus de plaisir et d'ornement à la ville d'Athènes ; et la plus grande admiration et même le plus grand étonnement à tous les étrangers ; et ce qui est maintenant la seule preuve de la Grèce que le pouvoir dont elle se vante et de sa richesse ancienne ne sont ni romance ni histoire oisive, était la construction des bâtiments publics et sacrés »¹⁰.

Les constructions grecques, caractérisées par un style particulier et un but orienté vers la participation de la vie de la Cité (par le biais de l'édification d'amphithéâtres, d'auditoriums ...) ont directement influencé l'art gallo-romain, marqué par la construction d'aqueducs (comme le pont du Gard), de

⁹ M. VITRUVIUS POLLIO, *The Ten Books on Architecture*, Morris Hickey Morgan traduction, Dover Publications Inc.

¹⁰ Cf Ph. L. BRUNER et P.J. O'CONNOR, *Brunner & O'Connor on construction law*, West Group, 2002, § 1 :1.

théâtres, d'arcs de triomphe, d'arènes et de palais. Le droit de la construction, à l'époque romaine, se démarquait par sa richesse, avec la diffusion de principes fondateurs sous le règne de César Auguste entre 27 et 14 avant Jésus-Christ et la reconnaissance des risques du sol, du contrôle des coûts et de l'approche managériale de la construction. Plusieurs personnages emblématiques se sont révélés à cette période, comme ce fut le cas pour Vitruvius, l'ingénieur en chef de Jules César et d'Auguste César, surnommé l' « Ingénieur en chef du monde civilisé »¹¹. Il avait écrit un Traité de dix volumes à Auguste sur les pratiques de la construction romaine. Ce traité a survécu aux griefs du temps et a même influencé l'architecture à l'époque de la Renaissance où il a été retrouvé. C'est d'ailleurs sous l'époque romaine que des règles aujourd'hui retrouvées dans les contrats contemporains, y compris de construction, relatives au *Pacta sunt servanda* ou à la *rebus sic stantibus* ont d'abord été consacrées.

5. Tout aurait pu porter à croire que la chute de l'Empire romain et, plus tard, les guerres incessantes d'une partie du Moyen-Age auraient fait sombrer les arts, les sciences et la littérature dans un tel sinistre et abandon, qu'aucune construction d'envergure n'aurait pu naître. Il n'en a rien été. L'essor du christianisme, officiellement reconnu au IV^e siècle sous Constantin, a révélé les besoins architecturaux, en influant sur les pratiques culturelles exigeant sans cesse la construction de nouvelles églises aux dimensions toujours plus importantes, pour accueillir des fidèles toujours plus nombreux. Avant l'an 1000, les églises étaient fragiles, construites en bois et beaucoup avaient été détruites, notamment par les invasions vikings. La seconde moitié du Moyen-Âge a été une période faste de la construction de cathédrales modernes et de lieux de culte.

6. Le secteur de la construction demeure l'une des plus vieilles industries et une marque de souveraineté par l'apogée de la construction des châteaux. Du latin « castellum » pour château-fort ou forteresse, la première structure apparente aux châteaux date de l'Age du fer, entre 850-450 avant Jésus-Christ. Mais si de nombreuses fortifications ou « castra » sont retrouvées à l'époque romaine, les véritables châteaux, création européenne, sont apparus après l'effondrement de l'empire carolingien, au IX^e siècle¹². Leur avènement est étroitement lié à l'époque de la féodalité, marquée par la régionalisation du pouvoir. Les pouvoirs régaliens appartenaient aux pouvoirs locaux : c'était la féodalisation. Pour la construction de ces châteaux, les intervenants n'étaient pas différents de ceux d'aujourd'hui. Un architecte était chargé du plan du chantier et de sa supervision. Le chef de chantier,

¹¹ M. VITRUVIUS POLLIO, *ibid.*

¹² Cf Edit de Pîtres de Charles II, entre 861 et 869, qui avait encouragé leur construction pour faire face à l'invasion des scandinaves.

maître de l'ouvrage, assurait la direction des opérations. Et des ouvriers spécialisés, comme des tailleurs de pierres, des maçons, des menuisiers, des charpentiers s'occupaient du cœur de la construction. Ces ouvriers spécialisés sous-traitaient certains travaux à des travailleurs de mains, des essarteurs, pour le défrichage du terrain du château. La construction des châteaux était une entreprise longue, complexe, au point qu'elle constitue aujourd'hui une science, la castellologie. Le déclin de la construction du château s'expliquera par le fait qu'une fois pris par des ennemis, sa reconquête s'avérait de plus en plus délicate. Le roi Henri IV ordonna le démantèlement et la destruction de nombreux châteaux et il n'y aura plus de nouvelles constructions après le XVI^e siècle.

7. Une fois le mode de vie nomade abandonné, les Hommes ont accru les pratiques de la construction en édifiant des structures plus permanentes¹³. L'essor des populations conduira à une expansion de l'urbanisation. Au fil des siècles, les constructions se sont principalement édifiées sur la base des coutumes du bâtiment, sur la pratique des servitudes. Les sociétés du bâtiment étaient corporatistes et fixaient leur propre droit, leur propre règlement et règles de sécurité. Autrement dit, le droit de la construction a longtemps été empirique. A partir du Moyen-Âge et jusqu'à la fin de la Renaissance, les statuts du métier du bâtiment se sont multipliés, avec des réglementations pour « l'honneur, l'embellissement, force profit et utilité de la ville » à Besançon¹⁴, ou encore le statut d'Angers dans lequel le métier de maçon « est un des plus nécessaires pour l'augmentation et l'embellissement des villes »¹⁵. Dans ces statuts, une codification des principes de sécurité était opérée, des exigences sur la solidité des fondations étaient posées et des sanctions en cas de mauvaise conduite étaient précisées¹⁶. Il faudra attendre l'avènement au trône de Charles III et ses

¹³ A l'époque romaine ancienne, Pompéi, au pied du Mont Vésuve, Herculanum et Stabiae pouvaient accueillir des villes de plus de 20.000 habitants et se caractérisaient par leurs nombreux temples, palais, amphithéâtres, usines et habitations.

¹⁴ Cf Ordonnance des maçons, 12 juin 1587 du gouverneur de la cité à la demande des plus anciens maçons et des nouveaux, Bibliothèque municipale de Besançon, *HH* 28 et *Ms* 1026.

¹⁵ Statut des maçons, tailleurs et architectes de la ville d'Angers, Juin 1645, *AC* d'Angers *FF*5, fol. 74-80.

¹⁶ Ainsi, un règlement général avait été édifié à Lyon, le 14 décembre 1688, portant sur « les œuvres de maçonnerie, pierre de taille, charpenterie, emploi des matériaux pour la construction des Bâtiments, et Toisages de tous lesdits ouvrages ». Ce règlement avait été adopté par le Consulat de la ville. Ce qui est intéressant de souligner, c'est que ce règlement constituait le socle juridique des usages des professionnels de la construction et devait servir de base pour les bâtisses futures et les architectes futurs : « un Règlement qui servit à l'avenir de loi et de règle, sous le bon plaisir de sa Majesté, pour tous ceux qui entreprendront lesdits bâtiments et constructions, et dont l'observation et exécution fut appuyée de toute l'autorité du Consulat ». Ce règlement avait pour origine les contestations portées au Consulat par les résidents de la ville de Lyon qui arguaient que « les fréquents désordres et contestations qui survenaient tous les jours en ladite ville, à l'occasion des bâtiments et constructions qu'entreprennent les maçons et charpentiers d'icelle, et des toisés qui s'en font en conséquence, tant par les abus, malversations, mauvaise qualité des matériaux, du mortier, du bois, et autres choses qui entrent dans lesdits bâtiments et constructions ; et par le mauvais et inutile emploi d'icelles, que par les prétentions injustes desdits Entrepreneurs pour la manière de toiser leur œuvre lorsqu'elle est finie, et les parties excessives qu'ils ajoutent à leurs prix-faits et toisage, qui donnent matière tous les jours à des nouveaux procès ». Les habitants exigeaient du Consulat des mesures, « un solide remède » à ces malversations, « une parfaite police », par la promulgation de codes ou règlements, « pour en bannir tout ce qui peut troubler le repos et la tranquillité de leurs Citoyens, et contribuer à la

« réformations » au XVI^e siècle pour que des corpus juridiques issus des coutumes en matière de construction commencent à voir le jour. Les dirigeants des villes étaient intervenus en édictant des règles juridiques sur la construction de bâtiments et s’immisçaient peu à peu dans les Statuts des acteurs de la construction¹⁷.

8. La construction sous la Renaissance a été fortement marquée par l’influence de l’école italienne, avec une prédominance des arts italiens. Cette période n’a pas été la plus faste aux constructions d’envergures, qui sont restées rares et essentiellement d’ordre privé. Et à la suite de la Révolution française, la fin des corporations artistiques, la désorganisation des arts, les troubles politiques répétés, les guerres continuelles ont empêché les arts de connaître un développement plus profond. Jusqu’au XVII^e siècle, le droit de la construction était très « fragmenté »¹⁸, le roi donnait peu de réglementations. Le XVII^e siècle constituera le siècle de rupture, marqué par l’intervention des Cités dans la réglementation des constructions et l’essor des services publics régaliens et domestiques. C’est le siècle des innovations, des sciences, le siècle de l’apparition des académies d’architectures et de création de villes nouvelles comme Versailles en 1665 ou Brest en 1670. Le XVIII^e siècle, époque de la Révolution française et de la fin des corporations, marquera concrètement les véritables tentatives d’unification des usages en matière de construction, avec l’apparition en France des premiers ouvrages de construction. Certes, il peut être fait état des « Nouvelles inventions pour bien bâtir et à petits frais » (1561) de Philibert Delorme, mais cet ouvrage était consacré à des aspects essentiellement architecturaux, sans aucune allusion au droit. Il faudra attendre les ouvrages de

durée des réparations et bâtiments qui se font en ladite Ville, sans que à l’advenir lesdits citoyens soient consommez en frais de construction et emploi de matériaux inutiles dans les bâtiments qu’ils feront faire, et qu’il y ait une manière de toiser fixe (...), par le moyen de laquelle on puisse prévoir les dépenses auxquelles on s’engage en bâtissant », F.R. COTTIN, Archives municipales de Lyon, BB 245, 1984, p. 48-62. En réalité, toutes les codifications qui ont pu survenir, toutes ces rédactions organisées de coutumes avaient pour origine les contestations des citoyens sur des constructions vétustes ou peu protégées et qui mettaient en cause leur sécurité.

¹⁷ Cf en ce sens F. CHOAY, *La règle et le modèle. Sur la théorie de l’architecture et de l’urbanisme*, Paris, Seuil, 1980, p. 34 : « dans l’Europe médiévale, parallèlement au droit coutumier qui assurait la perpétuation d’un ordre urbain traditionnel, des textes élaborés au sein des communes contribuèrent (...) à une édification raisonnée du cadre urbain et à la production de solutions architecturales inédites. Ces édits (communaux) et ces délibérations, à vocation créatrice, semblent devoir être classées parmi les édits instaurateurs ».

¹⁸ Cf J-P. LEBRETON, *Droit de l’urbanisme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1993, p. 21.

Charles-Étienne Briseux¹⁹, Jacques-François Blondel²⁰, Charles-Antoine Jombert²¹, pour que le droit soit appréhendé par les manuels d'architecture. Un premier « traité de la police » de Nicolas Delamare sera publié, première œuvre aboutie en matière de construction et d'urbanisme sous un angle strictement juridique (1722-1738). En 1748, seront publiées « Les lois des Bâtiments suivant la coutume de paris », dont les lignes avaient déjà été dispensées dans un cours à l'Académie d'architecture dans les années 1720. Il s'agissait d'un recueil des usages sur la construction et d'un commentaire de la coutume de Paris, sur des problématiques relatives aux constructions privées (servitudes, mitoyennetés ...). Cet ouvrage a été le fondateur du droit moderne de la construction. Dans la préface, il était attesté de l'absence de règles concrètes sur la partie juridique de la construction au sein des traités des anciens architectes. Comblant ces lacunes, cet ouvrage a étudié plusieurs thématiques juridiques comme la responsabilité des entrepreneurs dans la réalisation de la salubrité des fosses d'aisance²². Il a été appliqué comme référence tout au long du XVIII^e siècle par la Chambre des bâtiments²³ et a été réédité à quatre reprises (en 1768, 1776, 1777 et 1787), avant d'inspirer les futurs ouvrages en la matière, comme le Code des architectes et entrepreneurs de la construction en 1837 de Frémy-Ligneville, réédité sous la forme d'un « Traité sur la législation des bâtiments et constructions, Doctrine et jurisprudence civiles et administratives » en 1848, avec deux rééditions en 1881 et 1891 par Eugène-Perriquet.

9. La révolution industrielle marquera une transformation des modes de construction, avec l'édification d'usines, la standardisation des opérations, la complexification des machines et leur automatisation et l'apparition de nouvelles problématiques liées aux responsabilités. Puis est né le droit de la construction moderne, surtout dans les années d'après-guerre, où l'une des priorités était la réparation du paysage urbain, indispensable à la vie économique d'un Etat avec la « loi Cornudet »

¹⁹ Ch-E. BRISEUX, *L'Art de bâtir les maisons de campagne...*, Paris, Prault Père (2 volumes), 1743. Cf Ch-E. BRISEUX, *Architecture moderne ou l'art de bien bâtir pour toutes sortes de personnes*, Paris, Alaris et Jombert (2 volumes), 1728-1729.

²⁰ J.F. BLONDEL, *Cours d'architecture ou traité de la décoration, de la distribution et de la construction des bâtiments contenant les leçons données en 1750 et les années suivantes par J.F. Blondel, architecte, dans son école des Arts*, Paris, Desaint (9 volumes), 1771.

²¹ Ch.A. JOMBERT, *Architecture moderne*, Paris, Jombert (version augmentée de Ch.E. BRISEUX, 1728), 1754.

²² M. DESGODETS, *Les lois des Bâtiments suivant la coutume de Paris*, 1748, p. 110-126 et p. 141-143, édité chez L. Callot, Paris, 1777.

²³ Ainsi, dans une sentence-règlement, une allusion explicite à l'ouvrage était présente dans le réquisitoire du roi Boyssou sur une affaire visant à empêcher la chute des murs et les accidents qui pouvaient s'ensuivre, Sentence 30 décembre 1771, A.N. Z1J 145, fol. 31 r° - 32 v° : « Les maçons, dit Desgodets, en parlant des précautions à prendre pour la démolition des murs mitoyens, sont chargés de répondre en leurs noms propres des événements ; ils doivent savoir ce qui est de leur art et profession ; ils ne pourraient pas alléguer pour leur défense l'ordre exprès et par écrit qu'ils auraient reçu du propriétaire ».

de mars 1919 pour l'extension et l'aménagement des villes ou encore la loi du 15 juin 1943 sur les permis de construire (reconstruction des routes, des chemins de fer, des équipements de santé, d'établissements scolaires, construction de logements ...). Deux dates marqueront la prise en compte de la construction et de l'urbanisation des territoires au XX^e siècle. En 1953, un Code de l'urbanisme et de l'habitation a été publié dans l'optique de transcrire l'ensemble des normes juridiques applicables. Et par deux décrets du 31 mai 1978²⁴, est né le premier Code de la construction et de l'habitation. La construction est aujourd'hui étroitement réglementée sur le plan juridique, notamment dans le secteur de la sécurité des chantiers. Le législateur français est intervenu, avec la Loi Spinetta du 4 janvier 1978 qui a instauré le Contrôle Technique afin d'agir en amont sur les risques de sinistres au cours des chantiers. A l'échelle européenne également, la sécurité des travaux a été prise en compte. En ce sens, il peut être fait mention de la directive 92/57/CEE du Conseil des Communautés européennes du 24 juin 1992, sur les normes minimales de sécurité et de santé à mettre en application sur les « chantiers temporaires ou mobiles ». De nos jours, le droit de la construction est encore amené à évoluer. Il doit s'adapter aux enjeux écologiques. Ce secteur clé de l'industrie doit faire face au réchauffement climatique, à la surexploitation des sol et des ressources naturelles. En ce sens, le Protocole de Kyoto a été conclu en 1997 pour réduire les émissions de gaz à effet de serre, pour instaurer des réglementations sur l'amélioration de la performance énergétique des immeubles ou encore pour encadrer l'industrie du ciment, du béton ...

II/ Qualification et principaux intervenants

10. Les contrats de construction peuvent s'entendre comme des contrats commutatifs, c'est-à-dire des contrats « à titre onéreux dans le(s)quel(s) les parties connaissent dès le moment où elles contractent l'étendue des prestations respectives qu'elles doivent fournir »²⁵. Le contrat de construction est analysé, dans la majeure partie de systèmes juridiques nationaux, comme un contrat de prestation de services. Le constructeur assure un service vis-à-vis du maître de l'ouvrage, ce qui tend à rapprocher le contrat international de construction d'un contrat d'entreprise traditionnel.

11. Le constructeur est appelé à délivrer son ouvrage à son employeur. Cette fonction peut rapprocher le contrat de construction d'un contrat de vente. La distinction entre le contrat de vente et

²⁴ Le décret n° 78-621 pour la partie législative et le décret n° 78-622 pour la partie réglementaire.

²⁵ Article 1108 du Code civil.

le contrat d'entreprise a son importance en pratique, puisqu'elle conditionne l'application de règles différentes. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises utilise un critère économique à l'article 3 pour distinguer les « contrats dans lesquels une part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ». Cette convention ne porte que sur les biens mobiliers, ce qui exclut, par principe, la construction. Le critère économique de distinction vise à considérer un contrat comme une vente dès lors que la valeur de la chose est supérieure à celle du travail. Inversement, il vise à le qualifier de contrat d'entreprise lorsque la valeur de la chose est inférieure à celle du travail fourni. L'inconvénient de ce critère économique réside dans son manque de fiabilité en ce qu'il peut conduire à exclure un contrat de la qualification de contrat d'entreprise, dès lors que des matières très onéreuses sont travaillées. C'est ce qu'a souligné un Rapport de la Commission technique de la sous-traitance, révélant que « la valeur de la matière travaillée pouvant être considérable, la comparaison avec celle du travail fourni conduirait à considérer comme vente ce qui, à l'évidence, est un contrat d'entreprise en raison de la nature des travaux à effectuer sur cette matière ». Ainsi, ce Rapport proposait de substituer à ce critère économique un autre critère, celui de la spécificité du produit. « Serait ainsi considéré comme exécutant un contrat d'entreprise, le fabricant d'un produit dont la conception, le mode de réalisation et les propriétés d'utilisation sont déterminés par celui à qui le produit doit être livré »²⁶. Par conséquent, s'il s'agit d'un produit déterminé à l'avance par le client, il s'agira d'un contrat d'entreprise, mais s'il s'agit d'une commande standardisée ou sur catalogue, il s'agira d'une vente. Le « sur-mesure » relèverait de l'entreprise.

En matière mobilière, la jurisprudence française s'est d'abord fondée sur un critère économique ou matériel. Il y avait contrat d'entreprise lorsque la valeur du travail fourni dépassait la valeur de la matière²⁷. La doctrine proposera finalement un second critère, le critère « psychologique ». Il y a contrat d'entreprise si le constructeur exécute ses obligations contractuelles selon la conception et les plans du maître de l'ouvrage²⁸. En matière immobilière, la jurisprudence s'est attachée à l'intervention sur le chantier, puis à la spécificité de la commande et des travaux opérés pour caractériser un contrat d'entreprise. Le droit positif français se réfère exclusivement à la spécificité de la commande et au travail accompli²⁹.

²⁶ Commission technique de la sous-traitance, Rapport d'étape Ministère de l'industrie et de l'aménagement du territoire, 1998.

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 27 avril 1976, *Bull. civ.* I, n° 74-14.436.

²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 1999, *Bull. civ.* I, n° 97-19.620.

²⁹ Cass. civ. 3^e, 12 mai 2021, n° 20-14.902.

12. La plupart des contrats internationaux de construction font intervenir un maître de l'ouvrage, un maître d'œuvre et un entrepreneur principal. Le maître de l'ouvrage est une personne physique ou morale pour laquelle les ouvrages sont entrepris. C'est lui qui définit le programme de la construction. Le maître d'œuvre est désigné par le maître de l'ouvrage. Son rôle est d'élaborer le projet de construction. Il a à sa charge une mission de conception et il assure, le plus souvent, une vérification des comptes et le contrôle du chantier de la construction. L'entrepreneur principal (constructeur) est celui qui s'attèle à la construction de l'ouvrage.

Ce ménage est susceptible de s'agrandir. Il est généralement complété par des intervenants indispensables, à savoir les sous-traitants, les maîtres d'ouvrage délégués, les bureaux de contrôle, les mandataires titulaires d'un contrat de promotion immobilier ... La relation est donc, le plus souvent, multiple. Un maître de l'ouvrage, client, fait appel à un maître d'œuvre (un architecte ou un ingénieur) qui prépare les plans et le devis de la construction. Suivant l'avis du maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage fait ensuite appel à un entrepreneur principal qui embauchera pour sa part des sous-traitants. Il s'agit du schéma traditionnel dans les projets internationaux de construction. Des difficultés s'accroissent lorsque le maître de l'ouvrage parcelle son chantier de construction en plusieurs lots. Dans cette hypothèse, il existe autant d'entrepreneurs principaux et de sous-traitants qu'il y a de lots. Face à tant de partenaires contractuels, il est parfois délicat pour un maître de l'ouvrage de saisir avec certitude le rôle exact de chacun d'entre eux.

III/ Problématique

13. Au cours d'un chantier, une multitude d'aléas peut entraver l'avancée des travaux. La préparation de grands projets internationaux de construction pâtit des contextes politiques, économiques et sociaux des Etats. « (L)a construction internationale présente les plus grands risques commerciaux (...) du monde. En entreprenant de construire d'immenses monuments consacrés à l'ingéniosité de l'humanité dans les villes, les jungles (...), les montagnes et les mers lointaines, les entrepreneurs internationaux sont confrontés à une multitude de risques : (1) la gestion de parties multinationales ; (2) les barrières linguistiques à la communication ; (3) des variations dans la disponibilité, la productivité et les compétences du travail ; (4) les coutumes et pratiques étrangères ; (5) l'instabilité politique et économique potentielles ; (6) les incertitudes météorologiques ; (7) les

conditions géologiques inattendues ; 8) les lignes de communication et d'approvisionnement prolongées ; (9) les qualités différentes des matériaux de construction ; (10) les fluctuations et les restrictions monétaires ; (11) les formes inconnues de maladies, plantes, insectes et vie animale ; (12) les différentes lois civiles et pénales ; (13) éventuellement les réglementations gouvernementales arbitraires ; (14) les difficultés à obtenir le règlement des réclamations et à faire respecter les droits contractuels »³⁰.

14. La construction internationale est un secteur « contentieux-gène ». Ce secteur allie un nombre considérable de domaines, tels que le génie civil, l'électromécanique ... Outre le fait que les hypothèses de responsabilité sont diverses (retard dans les délais de construction ou de paiement, mauvaise exécution des obligations contractuelles et du cahier des charges, défauts techniques ...), les responsables peuvent être nombreux, notamment lorsque le contrat de construction s'insère dans un groupe de contrats. En dépit des aléas de la construction, il est essentiel que les relations entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal n'atteignent pas un degré de dégradation trop important pour éviter des contentieux énergivores. Il est essentiel de prévoir, dans le contrat, les questions de responsabilités, pour que les travaux avancent sans encombre. Une citation de Saint-Exupéry prend tout son sens, « la responsabilité (...), c'est sentir, en posant sa pierre, que l'on contribue à bâtir le monde »³¹. Le choix du droit applicable au contrat de construction est un choix venant traduire l'approche managériale du droit, les parties s'attellant à rechercher le droit national le plus adapté à leurs besoins, susceptible de les servir et répondant à leurs nécessités. Si le risque est considéré comme étant l'un des « marqueurs » de notre société³², sa gestion constitue le quotidien des juristes impliqués dans des opérations relatives à des contrats internationaux de construction.

15. Le *contract management* peut se définir comme étant « l'activité qui consiste à développer et contrôler le cycle de vie d'un contrat, de la phase d'initialisation jusqu'à son terme, par la coordination systématique et méthodique des ressources et des processus utiles à la maîtrise des risques et à l'optimisation financière »³³. Le *contract management* vise à concilier l'ingénierie contractuelle, la gestion des aléas et la maîtrise financière. Il identifie les cas de responsabilités et dilue les risques en les répartissant entre les parties. Il prévoit des cas visant à atténuer les responsabilités. Et il anticipe

³⁰ Ph. BRUNER, « Allocation of Risks in International Construction : Revisiting Murphy's Law, The FIDIC Conditions and the Doctrine of Force Majeure », *ICLR* 1986.259.

³¹ A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Terre des hommes*, Le Livre de Poche, 1939, p. 59.

³² Cf U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008.

³³ C. SLOBODANSKY, « Tout savoir sur la pratique du Contract Management », *Petites affiches* 11 avril 2014, p. 4, n° 73 ; G. LEVEAU, *Pratique du Contract Management*, Gualino, coll. Guides pro, 3^e éd., 2019.

la gestion des contentieux pour maîtriser le déroulement des instances. Si certains pourront critiquer la présence dans le contrat international de construction d'une liste « à la Prévert » de la litanie des situations à risques à envisager, cette remarque doit être nuancée. Les relations contractuelles sont appelées à être des relations contractuelles à responsabilité préméditée.

16. De multiples partenaires s'engagent dans un projet de construction internationale. Ils s'engagent à accomplir une tâche déterminée, variant selon le type de modèle contractuel choisi (le modèle traditionnel avec de la sous-traitance, le modèle design-construction, les contrats dits de « concession » ...). La figure contractuelle s'adapte aux besoins et aux compétences des parties. Comment s'apprécient et se matérialisent les questions de responsabilité dans de tels contrats internationaux et comment s'analysent les problématiques liées au droit applicable ? Après avoir traité à titre préalable de la typologie des contrats de construction et de leurs clauses (Partie préliminaire), il conviendra de s'attacher à l'étude particulière de leur internationalité (Partie I). L'élément d'extranéité constitue l'élément central de la mise en œuvre des règles de conflit de lois. Pour que les règles de droit international privé puissent trouver leur terrain d'élection, le rapport devra au préalable être qualifié d'international. Cette étude nous conduira à l'identification du droit applicable dans l'ensemble des rapports identifiés, qu'il s'agisse de la relation principale ou d'un contrat de sous-traitance. Les problématiques ne seront pas les mêmes selon l'échelle de la relation contractuelle abordée (Partie II). Enfin, ce travail s'achèvera sur l'examen du règlement des contentieux. Le secteur de la construction internationale est le théâtre de conflits susceptibles d'être tranchés par des juges étatiques, arbitraux ou encore d'être réglés à l'amiable par des mécanismes préventifs de règlement des litiges (Partie III).

PARTIE PRELIMINAIRE : TYPOLOGIE DES CONTRATS DE CONSTRUCTION ET DE LEURS CLAUSES USUELLES

Un contrat de construction peut se matérialiser par plusieurs opérations, allant de la conception de l'ouvrage à son exploitation. L'objet du contrat n'est plus simplement de construire. Le contrat peut être conclu entre des contractants de nature différente et pour l'ensemble de la construction de l'ouvrage ou uniquement une partie. Chaque forme contractuelle est accompagnée d'un régime qui lui est propre. Une construction peut s'accompagner de coûts supplémentaires, de délais étendus, de difficultés d'ordre techniques, géologiques, géotechniques, climatologiques ... L'anticipation des questions de responsabilité lors de la formation du contrat est primordiale afin que les parties soient davantage (en)cadrées sur ce qu'elles peuvent ou ne peuvent pas faire. La typologie des contrats de construction (Chapitre I) précédera celle des clauses les plus usuelles (Chapitre II).

CHAPITRE I : Typologie des contrats de construction

Au sein d'un contrat international de construction, une relation principale s'opère entre un maître de l'ouvrage et un constructeur³⁴. Le maître de l'ouvrage définit le programme de la construction, tandis que l'entrepreneur principal, constructeur, s'attèle à la construction de l'ouvrage. Si cette relation principale « Maître de l'ouvrage-Entrepreneur principal » a longtemps paru suffisante à l'édification d'une construction, ce duo s'est de plus en plus agrandi par l'ajout d'intervenants essentiels, les sous-traitants. Cette relation, multiple, constitue désormais le schéma commun des chantiers de construction. L'étude des contrats principaux de construction (Section I) sera suivie de celle des contrats de sous-traitance (Section II).

³⁴ CJCE, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, aff. C-533/07. L'arrêt Falco a été le premier arrêt venant poser une interprétation communautaire de la notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1§b du Règlement Bruxelles I Bis. Pour la Cour de Justice des Communautés européennes, « la notion de services implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération ».

Section I : Les contrats principaux de construction

Une entreprise de construction peut privilégier son développement par le biais des marchés de travaux publics ou privés internationaux. A l'instar des personnes privées, les personnes publiques peuvent conclure des contrats de construction. Une dimension commerciale leur est ainsi attribuée. L'Etat est assimilé par les administrativistes à une importante entreprise territoriale ou multinationale. Cette conception duale de l'Etat, à la fois souverain et commerçant, traduit une particularité des contrats conclus par celui-ci. Si ces relations ne cessent de se développer, de nombreux contrats internationaux de construction demeurent conclus entre deux personnes privées et de tels contrats adoptent des formes diverses. Il conviendra de s'intéresser aux contrats conclus entre personnes publiques et privées (Sous-Section I) avant de se pencher sur les contrats conclus entre contractants privés (Sous-Section II).

Sous-Section I : Entre personnes publiques et privées

La particularité des contrats de travaux publics réside dans la présence d'une partie publique. De tels contrats doivent, au préalable et pour être reconnus en tant que contrats administratifs, réunir deux critères cumulatifs. D'une part, la présence d'une personne publique (critère subjectif et organique) est nécessaire et, d'autre part, la participation à un service public ou à l'intérêt général (critère objectif et matériel) est réclamée (sauf exceptions³⁵). Ces contrats administratifs portent une dénomination générale lorsqu'ils sont conclus entre une personne privée et une personne publique, celle de partenariats publics-privés (PPP)³⁶.

³⁵ En application de la jurisprudence *Peynet* (CE. ass. 8 juin 1973, *Dame Peynet*, req. n° 80832), un contrat peut être administratif même s'il est conclu entre deux personnes privées, dès lors que l'une d'entre elle agit, en réalité, comme le mandataire d'une personne publique. D'ailleurs, il existe plusieurs exceptions au critère organique français, notamment pour la construction en France de routes où, dans cette hypothèse, le contrat de construction demeure administratif même s'il a été conclu entre deux personnes privées. Cela s'explique par le fait que cette activité appartient par nature à l'Etat. Toutefois, il convient de souligner qu'un revirement de jurisprudence a été opéré en 2015 sur la question (CE, 2 février 2015, n° 37-3520). Mais rien dans la législation française ne permet d'affirmer qu'un contrat conclu entre deux personnes privées est présumé être de droit privé.

³⁶ L'ordonnance du 17 juin 2004, n° 2004-559, a défini les « contrats de partenariats » comme étant des « contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

Hormis dans les droits français, polonais³⁷ ou encore portugais³⁸, il n'existe aucune définition précise du PPP au sein des droits nationaux ni aucune Convention internationale pour le définir, mais uniquement de la *soft law* tel que le Livre Vert de la Communauté européenne sur « Les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions »³⁹. Au sein de ce Livre Vert, les PPP sont présentés comme une « coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises » ayant pour objet d'« assurer le financement, la construction, la rénovation, la consommation ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service »⁴⁰.

Face à la diversité de ces missions, l'approche d'un PPP se doit d'être globale. Les contrats internationaux de construction faisant intervenir comme partie prenante, un Etat ou toute autre personne publique, ont pour caractéristique d'être des contrats très onéreux⁴¹. La forme la plus traditionnelle des PPP demeure celle des contrats Build, Operate and Transfer (BOT) (§1), mais d'autres modèles sont apparus en pratique, notamment avec l'essor des contrats Build, Own Operate (BOO), Build, Own, Operate and Transfer (BOOT) ou encore Build Transfer (BT) (§2).

§1 : Les contrats BOT

La demande sociale d'infrastructures modernes et de services publics rentre en conflit avec les ressources budgétaires limitées de nombreux Etats⁴². Les besoins annuels d'investissements dans la construction et les infrastructures s'élèvent à 1 ou 2 % du Produit intérieur brut (PIB) dans les pays industrialisés, sont supérieurs à 4,5 % dans les pays en développement et atteignent même 10 % en intégrant la maintenance de la construction⁴³. Alors que les Etats-membres de l'Union européenne ne

³⁷ « The Act of 19 December 2008 on The Public-Private Partnership », *Journal of Laws / Dz.U.*, 2009, n° 19, item 100.

³⁸ Décret-loi n° 86/2003 du 26 avril 2003 sur les Partenariats public-privé.

³⁹ Livre Vert de la Communauté européenne sur « Les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », 30 avril 2004, point 327 final.

⁴⁰ S. BRACONNIER, J-B. MOREL et A-E. RUBIO, « Partenariats publics-privés internationaux », *Contrats-Marchés publ* fasc. 647, 1^{er} juin 2010, mise à jour du 1^{er} mai 2016, n° 53 et s.

⁴¹ Par exemple, dans les années 1980, une entreprise publique indienne avait conclu un marché de construction d'un ensemble d'aluminium avec la société française « Aluminium Pechiney de France » d'un montant de plus de deux milliards de dollars US. De même, en décembre 2002, la Pologne avait signé un contrat avec des sociétés américaines pour la construction et l'achat de quarante-huit avions chasseurs, pour un montant de 3,5 milliards de dollars.

⁴² Cour des comptes belge, « Rapport sur les Partenariats public-privé du 25 février 2009 », Parlement flamand, 37-A (2008-2009) – n° 1 ; G. VINTER, G. PRICE et D. LEE, *Project Finance*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2013, p. 422.

⁴³ Ainsi, après des décennies à réduire les investissements en matière de construction et d'infrastructures, le montant des investissements nécessaires au Chili s'évaluait à 20 % du PIB, soit un coût inatteignable pour les finances publiques du pays.

doivent pas voir leur déficit dépasser les 3 % du PIB, il est aisé de percevoir l'importance des contrats internationaux de travaux publics. Ces contrats sont indispensables aux besoins des populations. Par le biais de contrats BOT, une entreprise privée se charge directement de la conception, du financement, de la construction et de l'exploitation d'un ouvrage, palliant l'inaction d'un gouvernement. En réaction à la crise de 2008, les Etats ont été nombreux à baser la relance de leurs économies par le recours aux PPP internes et internationaux. Ces partenariats allègent la responsabilité des gouvernements qui, en cédant la gérance des actifs publics concernés, en retirent des économies d'échelles. Les contrats BOT se caractérisent par leurs nombreuses particularités en ce qu'ils donnent lieu à une multitude d'opérations de nature différente (1), posant des questions spécifiques relatives aux risques et aux responsabilités (2).

1) La notion

17. Les marchés publics constituent le « dernier rempart du protectionnisme des Etats », « un fief national, une chasse jalousement gardée »⁴⁴. Il a fallu attendre 1987 pour assister, sur le plan international, au premier accord relatif aux marchés publics⁴⁵. Et, il a fallu attendre 1970 et 1971 pour assister aux premières directives européennes en la matière⁴⁶. Malgré tout, l'ouverture des marchés publics aux entreprises étrangères est une opportunité concrète pour les pays en développement et pour les pays peu développés, car elle permet de financer et d'équiper ces Etats en services publics. L'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence internationale a été assuré par l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, adopté à Marrakech en 1994, qui constitue l'annexe 4 des Accords

⁴⁴ A. MATTERA, « Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des Etats », *RMUE* 1993.9. Certes, l'article 1^{er}, II du Code des marchés publics énonce que « les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent Code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Et le Conseil constitutionnel a fait de ces trois principes des principes à valeur constitutionnelle (Cons. const. décision du 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : JO 3 juillet 2003, p. 11205 ; *RFDC* 2003.772, note E. FÂTOME et L. RICHER ; *RDJ* 2003.1163, note F. LICHERE). Nonobstant, en 2010, d'après les résultats rapportés par l'Observatoire économique de l'achat public (economie.gouv.fr), sur 102.246 marchés publics avoisinant un montant total de 67.261 milliards d'euros, les entreprises étrangères n'en avaient remporté que 3 %. Les filiales de ces entreprises étrangères, quant à elles, n'en avaient remporté que 16 %. Une raison explique ce constat, il s'agit de la condition de réciprocité préalable à l'ouverture d'un marché public international. En l'absence de réciprocité, c'est-à-dire d'ouverture des marchés publics étrangers aux entreprises françaises, l'Etat français a adopté à son tour un mécanisme protectionniste. A ce titre, il convient de souligner que l'article 59 de la Directive « services spéciaux » prévoit une telle exigence de réciprocité (Directive 2014/24/UE).

⁴⁵ Accord relatif aux marchés publics fait le 12 avril 1979, tel qu'il a été modifié le 2 février 1987, *BISD*.

⁴⁶ Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

de l'organisation mondiale du commerce et proclame le principe de réciprocité dans l'égalité de traitement des entreprises dans l'accès aux marchés publics internationaux de construction⁴⁷.

18. La CNUDCI a défini les contrats BOT comme des contrats par lesquels « (...) les autorités du pays hôte sélectionnent une entité privée pour financer et construire une infrastructure ou un système et accordent à cette dernière le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l'infrastructure et le droit d'exploitation sont transférés à l'Etat. Dans ces projets, l'Etat demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant toute la durée du projet »⁴⁸. L'opération internationale de construction s'inscrit dans une composante d'un projet plus vaste pour englober non seulement des aspects techniques, mais également commerciaux et financiers. Une telle opération se poursuit par son exploitation avant sa cession au client en fin de concession. Le contrat BOT constitue une modalité du PPP. Une partie de la doctrine avait opposé les contrats BOT aux PPP, avant d'affirmer que, malgré quelques spécificités, le contrat BOT était une « transposition en vocable anglais de la concession, puisque "BOT" correspond aux trois étapes du système de la concession »⁴⁹. Lorsqu'un contrat BOT participe à un service public, il est assimilé à un contrat de concession, de sorte que le régime de la concession s'appliquera. La dénomination anglo-saxonne du contrat Build, Operate and Transfer n'affecte pas sa qualification juridique⁵⁰.

⁴⁷ A noter que la tendance à l'ouverture des marchés publics internationaux ne s'est pas développée de la même manière dans tous les Etats et n'a pas bénéficié d'une parfaite réciprocité. En ce sens, alors que les Etats de l'Union européenne avaient ouvert 90 % du volume de leurs marchés de travaux publics, les Etats-Unis n'en avaient ouvert que 32 %, le Japon que 28 % et le Canada seulement 16 % en 2012. De plus, certains marchés de travaux publics comme ceux de la Chine, du Brésil ou de l'Inde restent même, en pratique, quasiment complètement fermés à la concurrence internationale. Pourtant, l'ouverture des marchés de travaux publics aux entreprises étrangères est un objectif mondial, comme l'a attesté l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Uruguay Round et dont l'Organisation mondiale du commerce est gardienne (Th. FLORY, *L'Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 193 et s. ; B. HOECKMAN et P. MAVROIDIS, *Law and policy in Public Purchasing – The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997). De même, c'est un objectif affirmé par la Communauté européenne et poursuivi par des accords bilatéraux ou multilatéraux, comme celui conclu entre les Etats-Unis et le Canada ou celui entre les Etats-Unis et Israël. L'accord de Marrakech doit être davantage élargi. Ainsi, la Commission européenne avait préconisé l'élaboration d'un « instrument international sur les marchés publics », dans l'optique de promouvoir un accès ouvert aux marchés publics sur la scène internationale (COM (2016) 34 final, 29 janvier 2016). Un tel instrument ne sera efficace que s'il parvient, au stade des négociations, à convaincre les Etats de l'importance du secteur de la construction sur leur territoire, secteur qui pourrait connaître une expansion formidable, si les Etats ouvraient leurs propres marchés de travaux publics à des entreprises privées étrangères.

⁴⁸ CNUDCI, A/CN.9/444/Add. 1, 2 mars 1998, § 17.

⁴⁹ Cf Ch. BETTINGER, *La gestion déléguée des services publics dans le monde - Concession ou BOT*, Berger-Levrault, coll. L'administration nouvelle, 1998.

⁵⁰ Cf I. ELBEHERRY, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, thèse dactyl., Université Nice Sophia Antipolis, 2004. Sur l'étude des contrats de construction, cf l'ouvrage de C. KESSEDJIAN et V. PIRONON, *Droit du commerce international*, PUF, 2^e éd., 2020.

2) Les risques et les responsabilités

Longtemps, le concept de responsabilité ne pouvait être attaché qu'aux seules personnes privées, physiques ou morales. Les personnes publiques telles que l'Etat ou tout autre pouvoir adjudicateur, semblaient irresponsables. Puis, que ce soit lors de la période révolutionnaire ou sous l'Empire, les personnes publiques ont vu peser sur elles un devoir de réparation des préjudices qu'elles pouvaient causer à leurs cocontractants privés. Si, à ces périodes, l'Etat ne pouvait pas engager sa responsabilité en tant que personne morale titulaire de la puissance publique, il pouvait engager sa responsabilité en tant que « personne civile », en matière contractuelle⁵¹.

Une présentation des risques et responsabilités au sein des contrats BOT doit être abordée, car leur spécificité se situe également sur ce terrain. Plusieurs opérations sont appelées à survenir au cours de l'exécution d'un contrat BOT, entre la phase de construction (a), de concession et de l'exploitation (b). L'ensemble de ces opérations contiennent des risques et des cas de responsabilités qui ne peuvent être isolés du projet financier considérable que constitue un contrat BOT (c).

a. La phase de construction

19. Deux catégories de risques peuvent être identifiés au sein des contrats BOT : les risques du pays et les risques de la construction. Les risques du pays englobent trois types d'aléas. D'une part, les aléas politiques (guerre civile, émeutes ...)⁵², d'autre part les aléas économiques (inflation, modification des taux d'intérêts, taux de change ...) et enfin les aléas juridiques (modification de la législation ...). Les risques de la construction sont circonstanciés. Majoritairement, les risques de la

⁵¹ Mais déjà avant la promulgation de cette loi, les Etats avaient vu leur responsabilité être engagée dès l'Ancien-Régime, à l'occasion des dommages de travaux publics. A l'origine pourtant, les Conseils de préfecture (ancêtres des Tribunaux administratifs d'aujourd'hui) ne pouvaient connaître que des « réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration » (article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) concernant la division du territoire français et de l'administration). Néanmoins, la jurisprudence avait interprété cette loi de manière quasi *contra-legem*, en l'appliquant aux dommages causés par les personnes publiques elles-mêmes, si bien que la responsabilité de ces dernières pour les préjudices et dommages de travaux publics était devenu le cœur de l'édification du droit administratif contemporain.

⁵² L'Etat doit « prendre toutes les mesures extracontractuelles nécessaires relevant de son autorité pour assurer non pas seulement l'exécution du contrat mais et surtout la stabilité du pays, l'équilibre institutionnel, la santé de la population et l'intégrité territoriale », Sent. CCI, 21 février 1997, *JDI* 1998.243.

construction concernent des hausses imprévues des coûts, des risques techniques, la défektivité de l'ouvrage ou de matériels, les difficultés d'accessibilité ... Ces risques de la construction sont d'autant plus grands lorsque les compagnies privées ne se font pas appuyer par les bailleurs de fonds comme la Banque mondiale. Les constructeurs sont plus négligents dès lors qu'ils n'ont pas de compte à rendre à des donateurs. Les créanciers du constructeur veillent à la bonne exécution du chantier de construction et ont un œil attentif à sa pérennité.

20. Les opérations de construction n'ont cessé de se complexifier avec le constat que l'entrepreneur principal assume, en plus de la construction de l'ouvrage, son exploitation. Des règles nouvelles ont dû être posées par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) qui travailla durant des années sur un nouveau modèle de contrat, le contrat « Design, Build and Operate Form ». Ce contrat comprend l'attribution de la construction, son exécution et son exploitation. C'est en septembre 2007 que sa première version fut publiée, avant la sortie de sa version définitive en septembre 2008, c'est le Livre Or. Le livre or est destiné aux contrats de Design, Build, Operate, contrats globaux qui prévoient la conception, l'exécution et l'exploitation d'un projet pour une période déterminée n'excédant pas vingt ans en contrepartie d'un prix forfaitaire payable par échelonnements et d'une rémunération pour l'exploitation. A la lecture du livre or, le maître de l'ouvrage ne s'engage qu'à l'égard d'un seul contractant, responsable des trois phases. Il s'agit d'une stricte concentration des responsabilités, avec une responsabilité exclusive de l'entrepreneur. La clause 2 du livre or définit les obligations du maître de l'ouvrage et la clause 4 règle les obligations de l'entrepreneur principal. Les maîtres de l'ouvrage ont d'abord pour obligation de présenter à leurs entrepreneurs principaux un Financial Memorandum indiquant les arrangements financiers qui ont été pratiqués pour la mise en action du projet international de construction. Une telle obligation risque de déplaire aux maîtres de l'ouvrage, peu enclins à accepter une telle clause pour des raisons tenant essentiellement à la confidentialité.

21. La surveillance du maître de l'ouvrage. Le livre or demeure soumis au droit applicable au contrat de construction. Certaines législations nationales pourraient imposer au maître de l'ouvrage, lorsque celui-ci est un Etat, d'assurer un véritable devoir général de contrôle, chargeant ainsi les représentants de l'Etat d'inspecter les travaux de manière soutenue. D'autres lois nationales pourraient ne poser qu'un droit général d'inspection aux Etats maîtres de l'ouvrage et prévoient que les modalités de ce droit d'inspection soient définies dans le contrat international de construction. En règle générale et au sein des contrats FIDIC, durant l'exécution d'un contrat international de

construction, l'Etat doit demeurer vigilant quant au respect des coûts convenus et des délais impartis. Les Etats, en tant que maître de l'ouvrage, usent de leur pouvoir de direction pour « manager » l'exécution du contrat. Autrement dit, les Etats parties n'hésitent plus à s'arroger le droit d'imposer au constructeur des choix techniques visant à maîtriser les coûts de la construction. Le livre or permet au maître de l'ouvrage de pouvoir s'informer et contrôler l'avancée des travaux, puisqu'il revient à l'entrepreneur principal de présenter un document exposant les méthodes avec lesquelles il entend fabriquer et terminer l'ouvrage dans les délais contractuellement prévus⁵³.

Si, à l'occasion d'un contrat traditionnel de construction entre deux personnes privées, le maître de l'ouvrage est exigeant quant au strict respect des spécifications techniques et des plans matériels de la construction⁵⁴, il ne se comporte, en général, pas du tout comme cela dans les contrats Build-Operate-Transfer. Dans de tels contrats, le maître de l'ouvrage accorde davantage d'importance non pas au respect scrupuleux des plans et des spécifications énoncés dans le contrat, mais à la qualité des services qui pourront résulter de la qualité de l'ouvrage construit. Cette attitude « laxiste » se justifie par le fait que pendant plusieurs années, le maître de l'ouvrage ne sera pas en possession *stricto-sensu* de l'ouvrage, puisque c'est l'entrepreneur principal qui, pour se rémunérer de la construction, assurera son exploitation. Dans un contrat BOT, l'entrepreneur principal est attaché à construire un ouvrage dans les meilleurs délais et selon des méthodes efficaces qui lui permettront d'attirer un public pour se rémunérer sur l'exploitation. Par conséquent, il n'est pas étonnant de remarquer, à l'intérieur d'un contrat BOT, davantage de dispositions ayant trait aux exigences et aux objectifs de la construction. En définitive, le maître de l'ouvrage laisse le soin à l'entrepreneur principal, de sélectionner les meilleurs possibilités et stratégies techniques tenant à la construction de l'ouvrage. Une fois l'ouvrage terminé, le représentant du maître de l'ouvrage délivre un « certificat de mise en service » et directement s'ensuit la phase d'exploitation de l'ouvrage. A la fin de la phase d'exploitation, le représentant du maître de l'ouvrage délivrera un « certificat d'achèvement de contrat ».

22. Les principales obligations du constructeur. En application des dispositions du livre or, l'entrepreneur principal se retrouve obligé de concevoir l'ouvrage, de l'édifier, de le terminer, de supprimer les vices. En contrepartie de toutes ces obligations, le livre or prévoit au profit du constructeur un prix forfaitaire payable par versements échelonnés. L'entrepreneur principal est tenu

⁵³ G-S. HÖK, « Les conditions de contrat FIDIC 'Design, Build & Operate Form' du Livre Or », *ZfBR* 2009.213 et s.

⁵⁴ Le maître de l'ouvrage s'attèle même à effectuer toutes les études et simulations de faisabilité afin de s'assurer que l'ouvrage construit correspond bien à l'ouvrage attendu.

de réparer et de prendre en charge toute défaillance ou défaut susceptible d'apparaître au stade des phases de conception et de construction. Si l'entrepreneur principal a droit au paiement complet du prix aux termes des phases de conception et de construction, le maître de l'ouvrage ne versera la seconde moitié du paiement qu'à l'échéance d'une « période de rétention » d'une durée de douze mois.

Le livre or impose à l'entrepreneur principal de délivrer un ouvrage conforme à sa destination contractuellement prévue. L'article 11 du livre or énonce les différents tests relatifs à la phase de conception, de construction de l'ouvrage que le constructeur devra réaliser, après notification du maître de l'ouvrage qui ne peut être antérieure à vingt-et-un jours et sous la supervision du maître de l'ouvrage et de son représentant. Dans un premier temps, le constructeur est invité à pratiquer les tests préalables à la mise en service. Ces « tests de pré-mise en service » ont pour objectif d'inspecter chaque partie de l'usine du constructeur, avec des tests « à chaud » et « à froid ». Dans un second temps, le constructeur doit opérer des tests dits de « mise en service ». Le constructeur voit l'ensemble des installations et des travaux exécutés être testés en envisageant plusieurs situations de risques. Enfin, dans un dernier temps, un test relatif à un essai en mise en situation réelle est opéré, dans l'optique de savoir si l'ouvrage répond aux conditions de sécurité et aux exigences du maître de l'ouvrage.

b. Concession et exploitation

23. Le droit français, dans une ordonnance du 29 janvier 2016, a défini les contrats de concession comme des « contrats conclus par écrits, par lesquels une ou plusieurs entités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ». Cette définition se rapproche de la conception européenne de la concession, en intégrant la notion de risque. Cette consécration du risque répond à la directive du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession qui, en son alinéa 5 de l'article 5 énonçait que « l'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le

transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux ». Dès lors, la condition tenant à l'attribution d'une concession est en lien avec le transfert du risque d'exploitation. Le risque d'exploitation est un risque lié aux aléas du marché, c'est un risque économique-financier marqué par une perte ne devant pas être « purement théorique ou négligeable »⁵⁵.

24. Le critère de la rémunération est aujourd'hui éclipsé par celui du risque pour identifier les contrats de concession. Les conséquences qui en découlent sont nombreuses et conduisent à ce que la rémunération puisse provenir de personnes tierces et non de l'une des parties au contrat (le plus souvent, les usagers du service né de la construction)⁵⁶.

25. Le livre or prévoit l'élaboration par l'entrepreneur principal d'un « plan d'exploitation et de maintenance » qu'il soumettra pour approbation au maître de l'ouvrage. Une fois approuvé et comme le dispose la sous-clause 10.1 du livre or, l'entrepreneur principal devra procéder à l'exploitation conformément aux « exigences de gestion des opérations ». La clause 13 apporte de la flexibilité en permettant au maître de l'ouvrage de faire appliquer des modifications unilatérales aux « exigences de gestion des opérations » et ce jusqu'à la délivrance du « certificat de mise en service »⁵⁷. Si pendant la phase de construction de l'ouvrage, l'entrepreneur principal est tenu de satisfaire aux modifications unilatérales quasi-illimitées du maître de l'ouvrage, un tel droit à modification unilatérale du maître de l'ouvrage n'existe plus au cours de la phase d'exploitation, sauf clause contraire.

26. Durant l'entière durée de la phase d'exploitation, l'entrepreneur principal assume la responsabilité pour « la garde des travaux ». La délivrance du « certificat de mise en service » viendra transférer les risques de l'entrepreneur principal au profit du maître de l'ouvrage. La sous-clause 11.8

⁵⁵ Article L. 1121-1 du Code de la commande publique : « La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».

⁵⁶ La sécurité juridique des contrats de concession pourrait être mise à mal, puisqu'il est fréquent que des dispositions contractuelles visent à réduire la part de risque mise à la charge du concessionnaire. Dans ce cas précis, par la réduction pouvant être drastique de la part du risque, le contrat ne sera pas toujours un contrat de concession. Au mieux, ce contrat serait requalifié en marché de services. Par conséquent, ce nouveau critère fondé sur le risque est critiquable. Il conviendrait que le cocontractant soit en droit de percevoir une rémunération auprès de tierces personnes, pour qualifier le contrat de concession, dès lors qu'en dépit d'une telle rémunération auprès de tiers, le cocontractant puisse conserver à sa charge tout ou partie du risque d'exploitation, le risque d'exploitation pouvant prendre plusieurs manifestations (aléas du marché, concurrence, déséquilibre dans le rapport entre l'offre et la demande ...).

⁵⁷ Comp. sous-cl. 13.1, 1.1.81.

du livre or exige une inspection générale et commune des travaux au moins deux ans avant la fin de l'exploitation. L'entrepreneur principal devra rédiger un rapport sur cette inspection dans lequel il fait part des travaux de maintenance réalisés et à réaliser et des mesures de remplacement pouvant être nécessaires à la période qui suivra la fin de l'exploitation.

27. L'exploitation de la construction est cruciale et centrale au contrat BOT, car le constructeur privé étranger compte sur les profits obtenus sur l'assiette d'une estimation du « cash-flow » (« flux de trésorerie ») espéré par la gestion du projet et l'exploitation de l'ouvrage construit. Il revient alors à l'Etat d'accorder au constructeur des garanties suffisantes relatives aux conditions d'exploitation. De la juste estimation du nombre de consommateurs de produits ou d'utilisateurs de services générés par le chantier international de construction, va dépendre la juste rémunération du constructeur. Les parties au contrat s'accordent sur le prix que l'utilisateur final aura à payer pour l'utilisation de la construction et tentent d'estimer le nombre minimum d'utilisateurs par an qui, pour le prix fixé, assurera la rentabilité du projet international de construction. L'Etat maître de l'ouvrage fournit au constructeur l'assurance d'un rythme régulier d'évolution des péages, de consommation annuelle minimale d'énergie (en cas de construction et d'exploitation d'une centrale hydroélectrique⁵⁸) ou encore la garantie de l'utilisation d'une capacité annuelle minimale de mètres cubes de gaz⁵⁹ ... L'objectif est de permettre au constructeur de rembourser ses dettes et de bénéficier de la rentabilité des capitaux investis.

La question de la responsabilité tend à apparaître lorsque ces prévisions, qui ont pu inciter le constructeur privé étranger à conclure le contrat, ne se sont pas réalisées. Les annulations des contrats de partenariats sont assez rares. Selon les données de la Banque mondiale, sur les 2500 projets engagés entre 1990 et 2001, seuls quarante-neuf d'entre eux ont fait l'objet d'une annulation. Souvent, c'est la personne privée étrangère qui était à l'origine de la rupture du contrat de partenariat en ne souhaitant plus exploiter l'ouvrage construit⁶⁰. Ce comportement est couramment observé dans les contrats de construction d'autoroutes avec péages. Les constructeurs n'ont parfois pas anticipé les capacités à payer des usagers ou encore les voies de circulation alternatives gratuites voire les

⁵⁸ TFG, juillet 1987.

⁵⁹ TFG, janvier 1988.

⁶⁰ F. MARTY et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé dans les pays en développement : les enjeux contractuels*, Séminaire CNRS -GREDEG (Idefi), Université de Nice Sophia-Antipolis, 2005.

mauvaises prévisions en matière de trafics autoroutiers, ce qui en venait à réduire les profits qu'ils escomptaient réaliser via l'exploitation au moment de la construction⁶¹.

28. Afin de limiter les cas de responsabilité liés à une mauvaise estimation de la rentabilité de l'exploitation, les contrats BOT doivent prévoir une exploitation à durée endogène. Cette théorie économique consiste à anticiper une durée d'exploitation variable en fonction des résultats financiers de l'exploitation. Ce faisant, une concession d'autoroutes ou de chemins de fer pourraient durer aussi longtemps que les charges investies par le constructeur privé étranger n'auront pas été couvertes. Cette théorie des contrats internationaux de concessions à durées endogènes fut élaborée par trois économistes, Eduardo Engel, Ronald Fisher et Alexander Galetovic, sous le nom de « least-present-value-of-revenue (LPVR) actions »⁶². Elle est matérialisée aujourd'hui dans plusieurs contrats internationaux de construction⁶³. La pratique de la concession à durée endogène diffère selon les conceptions économiques, internationales et européennes. Les trois économistes précités privilégiaient la stipulation dans le contrat de durées « coulissantes » qui s'adapteraient en totale souplesse avec l'usage réel de l'ouvrage. La conception européenne de la durée est davantage restrictive, puisqu'elle consiste en la fixation d'un plafond maximal de la durée auquel sera adjoint une clause de résiliation anticipée. En réalité, peu important la conception retenue, la concession à durée endogène consiste à remettre en cause le principe de fixité de la durée de l'exploitation d'un ouvrage. En exploitant la construction, pour une période prolongée et parfois indéterminée, le risque demeure d'une usure de l'ouvrage ou de sa dépréciation. L'exploitant a alors à assumer la charge des travaux de rénovation et à l'imputer sur une durée à nouveau prolongée de l'exploitation pour amortir

⁶¹ Ainsi, à propos de chantiers de construction d'autoroutes mexicaines, quinze contrats de partenariats signés en 1993 ont été annulés jusqu'en 1997. Il peut également être fait mention des célèbres autoroutes M1-M15 en Hongrie, représentant un contrat de construction de plus de 453 millions de dollars, signé en 1993 et annulé en 1999, à cause d'un trafic inférieur de 60 % aux prévisions.

⁶² E. ENGEL, R. FISCHER et A. GALETOVIC, « Highway Franchising : a new method to Auction Highway Franchises », *Documentos de Trabajo CEA* n° 13, Department of Industrial Engineering, University of Chile, 1996 ; « Auctioning a Road by Income », *Documentos de Trabajo CEA* n° 21, Department of Industrial Engineering, University of Chile, 1997 ; « Soft Budgets and Highway Franchising », présenté par E. ENGEL lors de son allocution « Infrastructure Concessions : Fixing What Went Wrong » in « Public-Private Partnerships : Theoretical Issues & Empirical Evidences », *Conférence internationale co-organisée par ADIS et l'Université de Paris XI Sceaux*, Paris, Conseil d'Etat, 23 octobre 2004.

⁶³ Cette théorie des concessions à durée endogène a notamment été élaborée dans le cadre du programme de privatisation des autoroutes chiliennes, *ibid*. Plusieurs autres projets de construction ont aussi prévu le mécanisme de la concession à durée endogène, ce fut par exemple le cas pour la construction du pont Elizabeth II près de Londres ou encore du « Skye Bridge » en Ecosse. Il est intéressant de faire constater que l'article 230.I de la loi espagnole sur les concessions de travaux de 2003 dispose que le contrat de concession doit prévoir « une durée, si besoin est, pour l'élaboration du projet, une durée pour l'exécution des ouvrages et une durée pour leur exploitation, qui pourra être fixe ou variable en fonction des critères établis par le cahier des charges » (article 230.1.j. du décret législatif royal n° 2/2000, refondant la loi des contrats des administrations publiques (LCAP) (BOE n° 148, 21 juin 2000, p. 21775) introduit par la loi n° 13/2003 du 23 mai 2003, réglementant le contrat de concession de travaux publics (BOE n° 124, 24 mai 2003, p. 19932)).

les coûts de ces nouveaux travaux, ce qui peut conduire à des exploitations ayant des durées considérables.

c. Project finance et contrat BOT

29. Les contrats BOT se caractérisent par la nature hybride du montage financier du projet, impliquant davantage de capitaux privés que de capitaux étatiques. En règle générale, les constructeurs privés financent une partie du projet, afin de réduire les coûts d'interfaces entre les différents partenaires à un contrat international de construction. L'intervention du financement étatique peut se pratiquer sous la forme de versements de subventions, d'aides, de traitements préférentiels, d'allègements fiscaux ... Et l'obtention de prêts par les établissements de crédit est indispensable à tout projet international de construction.

30. Les établissements bancaires, prêteurs, sont intéressés de manière directe à la bonne exécution du contrat international de construction. Ces prêteurs sont des participants au projet international de construction et ont tout intérêt à s'assurer que le chantier respecte le budget prévu, les délais impartis et réponde aux prérogatives techniques ainsi qu'à toutes les dispositions contractuelles. En investissant des sommes considérables dans un chantier de construction, les établissements de crédit sont d'une grande vigilance sur le contenu des contrats de construction et sur le choix des constructeurs et des sous-traitants. Les droits de la common law prévoient des mécanismes qualifiés de « véritable droit d'interférence en vue de la protection d'un intérêt économique ». Lorsqu'un établissement de crédit accorde un prêt ou des garanties à un constructeur, il ne le fait pas sans « contrôle efficace » du titulaire, que ce soit sur la destination d'un bien ou plus généralement sur la conduite même des affaires du débiteur⁶⁴. Pour illustration, à propos de la construction du Tunnel sous la Manche, les banques créancières se sont inquiétées de l'accumulation massive de la dette et ont invoqué le contrat de concession qui contenait une disposition leur accordant un droit de substitution⁶⁵. Les établissements de crédit sont susceptibles d'intervenir dans la gestion même du chantier pour substituer une entreprise de leur choix au concessionnaire défaillant, tout en prévoyant que le concessionnaire pourrait reprendre la titularité du marché s'il parvient à régler ses difficultés.

⁶⁴ H. MUIR WATT, « La protection préventive du droit de créance dans les droits de Common Law », *Petites affiches* 4 avril 2007, p. 3, n° 68.

⁶⁵ *Ibid.*

31. Les prêteurs ne sont pas enthousiastes à verser davantage de fonds pour répondre aux nouveaux coûts du projet. La raison à cette réticence tient au fait que l'injection de ces fonds supplémentaires ne fera que contribuer à l'accroissement des dettes du débiteur. D'un point de vue strictement économique, une telle solution n'est pas pérenne sur le long terme, d'autant que les flux de trésorerie et la marge brute d'autofinancement du chantier restent inchangés. Et, les établissements de crédit se montrent réticents à couvrir les coûts additionnels d'une construction par crainte que ces coûts soient causés par l'incompétence ou la négligence du constructeur. Le rôle des sponsors prend parfois le relais et permet d'apaiser et de minimiser les risques d'un financement de projets.

Conclusion §1 : Trois phases entourent les contrats BOT, à savoir la construction (c'est-à-dire la concession de la réalisation d'opération d'aménagement et de construction), l'exploitation et le transfert. L'exploitation dure, en général, quelques années et vise, pour l'opérateur privé étranger, à amortir son investissement. Au cours de la phase d'exploitation, les contrats BOT permettent à l'opérateur privé étranger d'assurer la formation du personnel de l'Etat partie en transmettant son savoir-faire⁶⁶. L'Etat maître de l'ouvrage ne perçoit les fruits et revenus de la construction que tardivement, ce qui peut devenir problématique lorsque cet Etat voit son économie tout entière dépendre de la ressource remise aux mains du secteur privé étranger (par exemple, l'exploitation du pétrole par le constructeur après construction de multiples puits de forages ...). Ne disposant plus du revenu de la construction, l'Etat est amené à souscrire à des emprunts publics ou privés, pour assurer le fonctionnement des institutions et répondre aux besoins sociaux⁶⁷.

Une fois l'exploitation achevée, l'ouvrage est transféré à l'adjudicateur. Dans un contrat BOT, l'Etat n'est jamais que partiellement libéré du management et de la gestion du projet et il relève de son intérêt que l'exploitation de l'ouvrage par le contractant privé s'effectue dans les meilleures conditions. Les autres formes de PPP ne contiennent pas toutes des exploitations privées ou des transferts à l'adjudicateur.

⁶⁶ Par exemple, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT, le constructeur avait été contraint, dans le contrat international de construction BOT, d'employer 75 % de son personnel en personnel local.

⁶⁷ Il peut également décider de mettre un terme à l'exploitation du constructeur par une décision de nationalisation, mais il s'exposera alors à une dette privée, puisqu'il sera tenu d'indemniser en conséquence le constructeur.

§2 : BOO, BOOT et BT

32. Dans les contrats Build-Own-Operate (BOO) et à la différence des contrats BOT, il n'existe pas de transfert au gouvernement après la fin de la concession. La partie privée s'occupe du design, du financement de la construction, l'acquière, l'exploite et l'entretient pendant la période de concession. L'entreprise privée sera propriétaire à titre définitif. Elle n'est pas tenue de transférer l'infrastructure au gouvernement.

33. En théorie, deux visions juridiques peuvent s'opposer. Soit les contrats BOO sont assimilés à une privatisation totale, soit il est considéré que les contrats BOO ne constituent que de simples arrangements contractuels d'un contrat BOT. S'il s'agit d'un arrangement contractuel, il est présumé qu'à terme, le gouvernement finira par conserver la propriété de l'ouvrage, mais que pendant un certain délai, il définit le degré de participation du secteur privé à la gérance de l'infrastructure. L'enjeu est essentiel. Si le contrat BOO est confondu avec une privatisation totale, l'ensemble des responsabilités sera transféré au contractant privé. Si le contrat BOO est synonyme d'arrangement, l'Etat restera responsable devant les citoyens. En réalité, les contrats BOO sont avant tout des privatisations substantielles, absolues, caractérisées par le transfert de contrôle du public au privé. L'Etat ne conserve rien de l'ouvrage. Ces contrats BOO sont fréquents dans les marchés nationaux peu développés et témoignent d'une défaillance anticipée de la gestion publique. Dans ces marchés, les Etats peinent à assumer le transfert de l'ouvrage et ne parviennent pas à maintenir sa gestion. Ces Etats privilégient donc une privatisation totale, c'est le « tout privé ». En l'absence de transfert, le contractant privé pourra maximiser ses retours sur investissement. Pour la personne publique, ces contrats BOO ont pour atouts d'encourager les initiatives privées, de préserver ou créer de l'emploi, d'entretenir l'ouvrage, de maximiser le produit de la construction afin que celle-ci produise des recettes fiscales permettant de financer les dépenses publiques. Les contrats BOO réduisent le risque de ponction budgétaire subi par l'Etat en tant que propriétaire de l'ouvrage. L'Etat n'a plus à fournir des capitaux pour garantir la sauvegarde de l'infrastructure.

34. Cette figure contractuelle demeure minoritaire en raison des réticences des personnes publiques à rendre propriétaire à titre définitif l'entreprise privée. Le contrat BOT est également à distinguer du contrat Build, Own, Operate, Transfer (BOOT). Si dans le cadre d'un contrat BOT, l'Etat demeure propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé pendant la durée du

projet, dans un contrat BOOT, l'entreprise privée ne fait pas que conserver des capitaux et un droit d'exploitation, elle devient propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'à son transfert. Les contrats Build, Own, Operate, Transfer sont nés il y a plus d'un siècle, à l'origine pour la construction de canaux et de chemins de fer⁶⁸. Le contrat BOOT consiste en un « projet basé sur l'octroi d'une concession par un mandant, généralement un gouvernement, à un promoteur, parfois appelé concessionnaire, qui est responsable de la construction, du financement et de l'exploitation et de l'entretien d'une installation pendant une période de la concession avant le transfert définitif de l'installation pleinement opérationnelle, sans frais pour le contractant principal. Pendant la période de concession, le promoteur possède et exploite l'installation et perçoit des revenus afin d'être en mesure de rembourser les coûts de financement et d'instruments, d'entretenir et d'exploiter l'installation et de dégager une marge de profit »⁶⁹. Autrement dit, « un gouvernement accordant à une organisation privée une concession de franchise pour construire une installation spécifique, lui accorde d'en devenir propriétaire pendant une période déterminée, pour l'exploiter et en retirer les revenus, et finalement pour la restituer au gouvernement »⁷⁰. Dans un contrat BOOT, l'entrepreneur principal sera propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'à son transfert ultérieur au maître de l'ouvrage. Par conséquent, l'Etat demeurera propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est réalisé. Par cette forme contractuelle, l'Etat témoigne de son profond attachement à la détention de la propriété de l'ouvrage, une fois celui-ci construit.

35. Le contrat Build, Transfer consiste, quant à lui, en la construction d'un ouvrage devant être aussitôt transféré à l'Etat cocontractant. Le constructeur recevra en contrepartie un autre projet favorable au remboursement des apports qu'il aura investis et à la réalisation de profits. Le constructeur aura pour missions la réalisation du design de l'ouvrage, mais aussi son financement et sa construction. Une fois l'infrastructure réalisée, celle-ci sera immédiatement transférée à la partie publique. Pour que ce transfert survienne, l'ouvrage construit devra passer avec succès toute une série de tests. Si ces tests (maintenance, qualité, effectivité) sont accomplis, le transfert pourra s'opérer et l'Etat pourra bénéficier du droit d'exploitation de l'ouvrage. Il arrive que l'Etat retarde ce transfert et laisse le soin au contractant privé d'assurer l'exploitation pendant un certain délai. Le contractant privé en profitera pour collecter pour son compte des revenus (le contrat prend alors la forme d'un BOO). Une fois le délai écoulé, le transfert sera définitif.

⁶⁸ S. ROWLINSON et P. MCDERMOTT, *Strategic issues in construction procurement, in procurement systems – A guide to best practice in construction*, London, Steve Rowlinson et Peter McDermott éd., A&FN, 1999, p. 3-26.

⁶⁹ A. MERNA et N. SMITH, « Concession contracts for power generation », *ECAM* 1994, vol. 1, p. 17-27.

⁷⁰ M. BARNETT, « Role of the merchant banker in projects », *IJPM* 1987, vol. 5, p. 197-203.

Conclusion §2 : Les contrats Build-transfer sont présents dans la pratique internationale, car à l'instar des contrats BOT, ils se manifestent par un transfert définitif de l'infrastructure au maître de l'ouvrage. Les Etats affichent, dans ces deux figures contractuelles, leur désir de détenir la propriété de l'ouvrage. A l'inverse, il se peut que l'Etat ne désire pas gérer l'ouvrage qu'il a commandité, par volonté ou manque de moyens et ne réclame pas sa propriété. Il s'agit d'un contrat BOO, d'une privatisation totale de l'infrastructure au profit du constructeur. Enfin, si dans le cadre d'un contrat BOT, l'Etat reste propriétaire de l'ouvrage et du terrain sur lequel il est construit pendant la durée des travaux, dans un contrat BOOT, l'entreprise privée ne fait pas que détenir des capitaux et un droit d'exploitation ; elle devient propriétaire du bien construit et des actifs jusqu'à son transfert.

Conclusion sous-section I : Les contrats de construction faisant intervenir une personne publique se caractérisent majoritairement par une délégation par l'Etat des opérations de conception et de construction de l'ouvrage. Certaines formes contractuelles comme les BOT ajoutent à ces opérations une mission d'exploitation de l'ouvrage à destination du constructeur avant son transfert au maître de l'ouvrage. Cette mission supplémentaire octroie au constructeur des profits supplémentaires, mais également des devoirs et des risques subséquents. D'autres formes contractuelles se limitent à une opération stricte de construction avec transfert immédiat de l'ouvrage (Build-transfer), voire font de l'exploitation de l'ouvrage par le constructeur la mission finale du contrat (privatisation absolue, contrat BOO). Enfin, les contrats BOOT se manifestent par la détention par le constructeur privé des bénéfices d'exploitation ainsi que par la propriété du bien jusqu'à son transfert.

Entre personnes privées, les formes contractuelles sont également variées. Elles sont marquées par le nombre de tâches incombant aux partenaires de la construction et par le nombre d'intervenants au chantier.

Sous-Section II : Entre personnes privées

Le modèle contractuel entre contractants privés s'opère en considération des aspects socioéconomiques, selon les besoins du maître de l'ouvrage, selon le budget disponible, selon les aspects techniques et institutionnels ou encore selon les risques encourus. L'option entre les modèles contractuels dépend de la réponse à la question suivante : convient-il de privilégier un contrat unique ou plusieurs contrats avec plusieurs contractants ? Un maître de l'ouvrage peut faire appel à un ingénieur par un seul contrat réunissant les opérations de conception et de réalisation. Le plus souvent, il conclura avec celui-ci un premier contrat pour la conception et s'il est satisfait, il retiendra le même ingénieur pour la phase de la réalisation (Design-Build (DB)). Le maître de l'ouvrage peut également privilégier de confier la réalisation de l'ouvrage (conception et construction) à de multiples intervenants (Design-Bid-Build (DBB)). Si ces deux figures contractuelles ne constituent pas l'apanage de contrats qui seraient réservés aux seules personnes privées, ils sont les formes contractuelles les plus fréquemment rencontrées en présence de deux contractants privés. Il conviendra de s'atteler à l'étude des contrats Design-Build (§1), avant de s'intéresser aux contrats Design-Bid-Build (§2).

§1 : Les contrats DB ou clés en main

Les contrats DB constituent l'une des figures traditionnelles des contrats de construction dans laquelle l'entrepreneur principal se charge de la conception, de l'installation et de l'activation d'une unité de fabrication au profit du maître de l'ouvrage. Ce modèle contractuel vise à faire en sorte que le maître de l'ouvrage n'ait plus qu'à tourner la clé (« turn the key ») pour jouir de la construction effectuée. Il n'y a qu'un seul contrat, pour la conception et la construction, conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Du fait de ce contrat unique, les risques juridiques sont réduits pour le maître de l'ouvrage, la collaboration entre les parties est davantage efficace. Cependant, au sein du nouveau Livre Argent de la FIDIC, l'entrepreneur principal semble engager sa responsabilité de manière quasi-illimitée, ce qui modifie considérablement l'équilibre des relations entre les parties. Après être revenu sur la notion du contrat clés en main (1), il sera question de se pencher sur le partage des responsabilités prévu (2).

1) Notion

36. Les contrats clés en main ou de « conception-réalisation », apparus pour la première fois aux Etats-Unis en 1968, ont pour effet de confier à la fois des missions de conception et des missions de travaux à l'entrepreneur principal⁷¹. Pour une construction rapide et efficace, le maître de l'ouvrage privilégie un contrat dans lequel la conception et la construction s'opèrent pratiquement en même temps. Il s'agit du régime accéléré ou *fast-track*. En cas d'échéancier trop important et rapproché, le processus est plus rapidement dirigé vers l'achèvement des travaux, puisqu'il s'agit d'un cheminement continu. C'est un modèle au fort degré de performance⁷².

Les contrats Design-Build permettent d'éviter les situations traditionnelles dans lesquelles le processus de construction d'un ouvrage est essentiellement séquentielle, où les tâches de conception et de réalisation s'effectuent séparément. Avec le modèle Design-Build, ces deux phases se superposent et sont effectuées par une même équipe professionnelle⁷³. Ce modèle est de plus en plus privilégié par les acteurs de la construction. D'ailleurs, d'après des simulations macroéconomiques, des études prévoient une prévalence considérable du modèle Design-Build à partir de 2025⁷⁴.

37. Le contrat clés en main peut se matérialiser par trois variantes. Le contrat clés en main intégral porte sur l'ensemble du design et de la construction. Le contrat clés en main partiel ne porte que sur une unité ou sur une partie du projet. Le semi-clés en main est le contrat dans lequel l'entrepreneur conserve des obligations propres, mais aussi des obligations spécifiques pour la bonne exécution des travaux que le maître de l'ouvrage a confié à d'autres constructeurs avec lesquels il entretient des relations contractuelles individuelles. L'entrepreneur principal est chargé de fournir au maître de l'ouvrage une construction intégralement réalisée, sans avoir à gérer sa mise en action ou son fonctionnement.

⁷¹ Ce type de contrat était privilégié à l'époque de la Renaissance, le constructeur était alors, tout à la fois, entrepreneur, architecte et ingénieur.

⁷² J. ERNZEN et C. SCHEXNAYDER, « One company's experience with design/build : labor cost and profit potential », *JCEM* 2000, vol. 126, p. 180-185, n° 1.

⁷³ F. AUBERT, « La conception-réalisation : une mutation profonde du secteur de la construction ? Etude des cas britanniques et français », *Annales des mines-Gérer et comprendre*, septembre 2017/3, n° 129, p. 3 à 12 et spéc p. 3.

⁷⁴ Kh. AL-RESHAID et N. KARTAM, « Design-Build pre-qualification and tendering approach for public projects », *IJPM* 2005, vol. 4, n° 23, p. 309-320 ; Ch. HARTY, Ch. I. GOODIER, R. SOETANTO, S. AUSTIN, A. DAINY et A. PRICE, « The futures of construction : a critical review of construction future studies » *CME* 2007, vol. 25, n° 5, p. 477-493, cités par F. AUBERT, *préc.*, p. 3.

Le contrat clés en main diffère des contrats « produit en main » dans lequel, si l'entrepreneur principal assume les mêmes fonctions que dans le contrat clé en main, il s'engage en plus à fournir un ouvrage disposé à fonctionner indéfiniment. Le modèle « Design-Build » doit être distingué du contrat « marché en main » dans lequel l'entrepreneur, en plus d'avoir à fournir la construction de l'ouvrage, s'engage à en écouler toute ou partie de la production (tout en se rémunérant par ce biais-ci). Les contrats clés en main ne doivent pas non plus être confondus avec le modèle de la gérance dans lequel le maître de l'ouvrage passe directement contrat avec tous les intermédiaires de la construction concernés. Dans ce modèle, le maître de l'ouvrage gère de fond en comble son projet de construction. Enfin, du « bridging » se distingue encore le contrat clés en main. Le bridging se manifeste par un alliage entre le modèle clés en main et le modèle DBB. Utilisé aux Etats-Unis, ce contrat est souvent passé pour la construction de bâtisses à usage industriel. Ici, le maître de l'ouvrage conclut directement le contrat avec un professionnel pour faire un devis détaillé qui servira de base au contrat avec le design-constructor. La conception est partagée entre le professionnel engagé par le maître de l'ouvrage et le design-constructor.

38. Le modèle Design-Build a d'abord été utilisé pour des constructions de faible envergure ou modérée⁷⁵. Dans cette hypothèse, le maître de l'ouvrage prend sous sa responsabilité les travaux de génie civil et d'installation. La société d'ingénierie peut avoir une simple mission de conseil (consulting engineering) ou une mission de représentation du maître de l'ouvrage (operating engineering)⁷⁶. Si la société cumule ces deux missions, de conseil et de représentation, il s'agit d'un contrat d'ensemblier. Dans les contrats d'ensemblier, l'ensemblier est seul responsable de l'ensemble vis-à-vis de son client⁷⁷ et il ne peut pas exclure de sa garantie les faits mêmes imputables à ses propres sous-traitants⁷⁸.

Puis, rapidement, son expansion l'a conduit aux projets des plus complexes et faramineux. Les contrats clés en mains concernent principalement la construction de grands projets internationaux de

⁷⁵ K. MOLENAAR, A. SONGER et M. BARASH, « Public-Sector Design/Build Evolution and Performance », *JME* 1999, vol 15, n° 2, p. 54-62.

⁷⁶ Ph. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielles*, LexisNexis, 2016.

⁷⁷ J-A. BOON et R. GOFFIN, *Les contrats 'clé en main'*, Paris, Masson, 1987, p. 29 s. ; V. KARIM, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Cowansville, Editions Yvon Blais, coll. Minerve, 1987, p. 103 et s.

⁷⁸ Les contrats clés en mains engagent le constructeur étranger à livrer un ensemble industriel fonctionnel, en garantissant sa performance dans une période qui est au moins égale à trois ans.

construction tels que la construction de centrales ou de stations de traitement des eaux. Il peut s'agir de contrats lourds pour lesquels le constructeur est chargé de l'ensemble des prestations, allant des travaux de génie civil à la prise en charge de la cession des droits de brevet.

39. L'un des inconvénients du modèle Design-Build réside dans le fait que « compte tenu de la complexité d'une opération immobilière et de la multiplicité des compétences requises, peu d'acteurs sont capables d'intégrer l'ensemble des contraintes »⁷⁹. Autrement dit, ce modèle n'est pas favorable aux petites et moyennes entreprises incapables de gérer autant de responsabilités techniques liées à la fois à la conception et à la réalisation. Le modèle Design-Build rend plus délicat le jeu de la concurrence, car tous les entrepreneurs principaux ne peuvent pas assumer en même temps la conception et la réalisation. C'est pourquoi, dans un contrat Design Build, l'entrepreneur principal s'organise souvent sous la forme d'un consortium afin de bénéficier de toutes les compétences relatives à la conception et à la construction.

2) Partage des responsabilités dans le Livre Argent

40. Le 23 septembre 1999, la FIDIC a publié le livre argent ou « Conditions du contrat pour les projets clés en main EPC ». Il concerne le modèle standardisé des contrats internationaux de construction clés en main. Le livre argent avait remplacé l'ancien livre orange. Selon le livre argent, l'entrepreneur principal engage sa responsabilité de manière quasi-illimitée et ce, même si ce sont les demandes du maître de l'ouvrage qui sont fausses ou irréalisables. C'est à l'entrepreneur de vérifier la faisabilité des exigences du maître de l'ouvrage. Ce livre argent est révolutionnaire en ce qu'il modifie considérablement l'équilibre des relations entre les parties. Supportant trop de risques, les entrepreneurs ont témoigné de leurs contestations, car ces responsabilités constituent une lourde pression pouvant mettre à mal la qualité et la sérénité du chantier⁸⁰.

41. Ces dernières années et afin de favoriser la bonne exécution des contrats clés en main, le contrat de « gestion de projet » a vu le jour pour assurer une gestion optimale du projet de construction et ce,

⁷⁹ E. BROUSSEAU et A. RALLET, « Efficacité et inefficacité de l'organisation du Bâtiment », *Revue d'économie industrielle*, 1995, vol. 4, n° 74, p. 9-30.

⁸⁰ F. KENNEDY, « Commentary on the EIC Guide by the Chairman of the EIC Conditions of Contract Working Group : EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (The Silver Book) », *ICLR* 2000, Partie 4, p. 505.

« quelle que soit la modalité de dévolution des marchés choisie ou la répartition des rôles parmi les différents intervenants »⁸¹. Dans un contrat de gestion de projet, le maître de l'ouvrage fait appel à un ingénieur-conseil qui assure spécialement le rôle de gestionnaire de projet. Il est nommé « project manager » ou « chef de projet » et prend en charge la direction du projet international de construction. Le but premier du chef de projet est d'assurer la coordination du projet international de construction, de sa conception à sa construction. Il distribue les différentes tâches entre les intervenants et harmonise les différents contrats en présence. Le Professeur Glavinis a décrit les fonctions du project manager en énonçant que « la coordination, devenue la substance même de la mission du “project manager” est exercée dans trois niveaux. Le premier concerne la coordination du projet principal et du contrat de construction, le deuxième les contrats de conception et d'exécution de l'ouvrage et le troisième la coordination des contractants et la succession des tâches qu'il aura préalablement réparties. Il intervient depuis la conception du projet dans son ensemble et la mise en place de l'opération. Il dirige les activités de réalisation comme un ingénieur, un maître de l'ouvrage et un entrepreneur général réunis »⁸².

42. Or, le livre argent porte en lui les germes d'une autre révolution parce que désormais, l'ingénieur-conseil, chef de projet, n'a plus aucun rôle formel à jouer dans l'inspection des travaux. Il ne juge plus en premier lieu, lors de la phase pré-arbitrale, du bien-fondé des réclamations que l'entrepreneur principal veut faire entendre contre le maître de l'ouvrage. Aujourd'hui et de plus en plus, la fonction de chef de projet est assurée par le constructeur lui-même. Le constructeur endosse la responsabilité du projet de la conception jusqu'à la construction de l'ouvrage et ses obligations sont de résultat. Il garantit au maître de l'ouvrage le fonctionnement de l'ouvrage et son exploitation par le personnel local qu'il aura préalablement formé.

43. L'accumulation des risques sur le constructeur dans le livre argent risque de faire accroître les contentieux et les recours puisque le constructeur voudra arguer d'un transfert des risques. En effet, « les contractants chercheront et trouveront probablement des moyens de recouvrer une compensation pour les risques qu'ils n'auraient pas dû assumer, les litiges vont augmenter, et non-pas diminuer, et les projets vont en souffrir »⁸³.

⁸¹ P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, Joly Éditions, 1998, p. 389 ; M. BARNES, « Proposals for a New Style Contract for Engineering Projects », *International Conference on Learning Representations* 1987, p. 295.

⁸² P. GLAVINIS, *op. cit.*, p. 393.

⁸³ A. GAEDE Jr. « The Silver Book : an unfortunate shift from FIDIC's tradition of being even-handed and of focusing on the best interests of the project », *ICLR* 2000, Partie 4, p. 502.

44. Les risques conviennent d'être équitablement répartis entre les parties au contrat clés en main. Il s'agit là d'une condition essentielle à l'efficience et au respect des délais des projets internationaux de construction. Idéalement, le contrat de construction doit faire peser les risques sur la partie susceptible de mieux les gérer et de mieux les surmonter et envers celle qui est capable de mieux les prévoir. Comme l'a souligné un auteur, « le contrat idéal - celui qui sera le plus rentable - assigne chaque risque à la partie la mieux équipée pour gérer et minimiser le risque, en tenant compte des circonstances uniques du projet... Cela peut être réalisé en attribuant chaque risque dans le contrat à la partie qui (1) a un avantage comparatif en ce qui concerne la capacité à supporter le risque; et (2) a le contrôle du risque »⁸⁴. Si la charge des risques est suffisamment équilibrée entre les parties, il s'avèrera une baisse des contentieux, la fixation d'un prix raisonnable de la construction ainsi qu'une construction efficace et un avancement des travaux bien mieux assuré. A contrario, si de plus en plus de risques pèsent sur les constructeurs, ceux-ci seront tentés, dès lors qu'ils disposent d'un réel pouvoir de négociation, d'augmenter les prix de construction, ce qui pourra être préjudiciable sur le long terme pour les maîtres de l'ouvrage.

Conclusion §1 : Par le biais du modèle Design-Build, l'entrepreneur principal assure le design de la construction, ce qui lui permet de développer ses propres idées, ses propres moyens et de tester ses propres méthodes pour l'exécution de son travail de réalisation. Il fait, selon ses propres choix de conception, la meilleure construction. En retour, il subit une forte pression visant à l'inciter à la performance. Beaucoup de risques pèsent sur lui. De même, un sentiment de perte de contrôle sur la construction peut habiter le maître de l'ouvrage qui doit faire totalement confiance à l'entrepreneur. Si les Livres FIDIC tendent à assurer une répartition équitable des risques entre les parties, seul le livre argent fait exception. Le livre argent met à la charge de l'entrepreneur principal l'essentiel des aléas pour les contrats clés en main⁸⁵, de l'étape de la conception à celle de la délivrance de l'ouvrage. Un autre modèle, moins contraignant pour le constructeur, est venu concurrencer la figure du contrat clés en main.

⁸⁴ R. SMITH, « Risk Identification and Allocation : Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices », *ICLR* 1995.40.

⁸⁵ Cependant, en Pologne et en Roumanie, le législateur a opéré une modification de sa législation sur les travaux publics et la passation de marchés pour les travaux publics, en énonçant que, pour les contrats correspondant au Livre Rouge et au Livre Jaune, la répartition des risques sera calquée sur celle du Livre Argent. Ce faisant, les législateurs polonais et roumains ont rompu avec l'équilibre de la répartition des risques assuré par les Livres FIDIC, ce qui a eu pour répercussion un accroissement des différends pour les contrats internationaux de construction passés au sein de ces Etats. Les législateurs polonais et roumains ont été désireux de recueillir des financements des institutions financières internationales. Or les banques de développement sont plus enclines à accorder des prêts et des garanties, dès lors qu'elles sont assurées que les risques des projets de construction ne pèsent pas sur elles, mais sur les constructeurs.

§2 : Les contrats Design-Bid-Build

45. Les contrats Design-Bid-Build sont des contrats pour lesquels le maître de l'ouvrage contracte séparément avec un designer et un constructeur. Designer et constructeur ne sont pas liés ensemble contractuellement, mais ils doivent collaborer pour l'intérêt de la construction et cela fait souvent partie de leurs obligations contractuelles.

46. Le contrat Design-Bid-Build se caractérise par trois phases. La première étape consiste dans le design de l'infrastructure. Ici, le maître de l'ouvrage fait appel à un architecte chargé de la conception, des dessins, des spécifications techniques de l'ouvrage. Il s'agit de plans généraux, de plans des fondations, de soutien, de réseaux et visant aux calculs d'échelles ... Dans les plans d'exécution, les plans d'architecture, de dimension, de positionnement, de choix des matériaux couronnent les plans de conception. L'architecte devra expliciter ses attentes relatives à la construction, attentes que devront combler les constructeurs. Cette première étape est marquée par une étroite collaboration entre le maître de l'ouvrage et l'architecte, pour que l'architecte puisse répondre aux besoins du maître de l'ouvrage. Ensemble, ils élaborent un véritable programme de conception. Une fois l'idée de la conception finalisée et toujours dans la première phase, l'architecte va faire appel à des ingénieurs spécialisés (des ingénieurs civils, électriques, mécaniques ...) pour compléter le réalisme du projet de conception et spécifier les techniques. La phase de conception prend fin par la transmission d'un document au maître de l'ouvrage, qui sera destiné aux constructeurs. Les coûts de cette phase de conception ne sont pas négligeables et avoisinent, en moyenne, 10 % du coût total de la construction.

La seconde étape du modèle design-bid-build a trait à la phase d'appel d'offres. L'objectif est de consulter les différents protagonistes aptes à gérer la construction. C'est la phase de sélection. Tout constructeur peut y participer. Chacun se voit transmettre le document final de la conception. En étudiant ce document, les constructeurs peuvent évaluer leur capacité financière, logistique et technique à la réalisation de la construction. Ils peuvent interroger l'architecte, demander des clarifications ou même exiger des corrections. Puis, les constructeurs émettent leurs offres, divulguent leur prix. L'architecte étudie les propositions des postulants et se lance dans un travail d'investigation

afin de vérifier la fiabilité des candidats, leur sécurité financière ... L'architecte transmet les offres qu'il retient au maître de l'ouvrage, qui aura le dernier mot. Si le maître de l'ouvrage peut être tenté de retenir l'offre la moins onéreuse, il lui est recommandé de se fier à la réputation du constructeur. Il doit privilégier le constructeur disposant de qualités d'ingénierie certaines, pour éviter des cas de responsabilités pour mauvaise exécution ou pour défaut d'exécution. La CNUDCI avait proposé, dans son Guide législatif de 2003 contenant des dispositions types, une présélection des soumissionnaires. La disposition type 7 énonçait que trois critères au minimum nécessitaient de gouverner la présélection : 1) la possession des qualités techniques et professionnelles, des équipements et des ressources humaines suffisantes pour mener à bien le projet de construction ; 2) la capacité financière à gérer le projet ; 3) des capacités suffisantes de gestion et d'organisations (« être fiable et avoir une expérience, notamment de l'exploitation d'ouvrages similaires »).

Cette seconde phase peut se terminer de plusieurs façons possibles. Le maître de l'ouvrage peut se dire insatisfait des offres retenues et toutes les rejeter. Dans cette hypothèse, il peut relancer une nouvelle procédure d'appel d'offres aux mêmes conditions de conception ou demander à l'architecte, en l'assistant d'un constructeur expérimenté, de retravailler le design afin de réduire les coûts de construction. Ou encore, il peut abandonner le projet. La seconde phase, en cas de succès, se terminera par la sélection d'un constructeur.

La troisième étape du modèle design-bid-build se caractérise par la construction de l'ouvrage. Cette phase débute lorsque toutes les formalités administratives ont été effectuées. Les permis de construire doivent avoir été délivrés. Au cours de cette phase, l'architecte a un droit de regard sur l'avancée des travaux, afin de délivrer des rapports réguliers au maître de l'ouvrage et pour donner des instructions, corriger des ordres, réadapter le design prévu ...

47. L'inconvénient majeur du modèle design-bid-build réside dans la multitude des étapes imposées. Ces trois phases sont longues et impliquent la production de nombreux documents. Si l'une des deux premières étapes échoue, la construction sera retardée, puisque celle-ci ne pourra débiter qu'après validation des deux premières phases. L'aléa majeur réside dans la seconde étape, relative à la procédure d'appel d'offres. En pratique, le maître de l'ouvrage peut privilégier l'approche « *cheaper is better* », « le moins cher est le mieux » afin de limiter ses coûts. Une telle approche augmente le risque de défauts de la construction, diminue sa qualité et accroît le risque de contentieux

ultérieurs avec le constructeur, faisant planer des conséquences de faillites en cascade pour les sous-traitants éventuels. D'autres aléas ne peuvent être occultés, notamment ceux ayant trait à une mauvaise coopération entre l'architecte et le constructeur, constructeur qui n'a finalement que peu d'autonomie puisqu'il n'est pas associé à la phase du design.

Conclusion §2 : Le contrat Design-Bid-Build est un contrat par le biais duquel le maître de l'ouvrage va s'entendre séparément avec un designer et un constructeur. Le modèle DBB est aujourd'hui considéré comme la méthode traditionnelle des contrats de construction. Le principal avantage du modèle design-bid-build réside dans l'accompagnement du maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage est entouré par un designer pour le conseiller ; il bénéficie d'un potentiel large panel de choix dans la sélection des constructeurs (la procédure d'appel d'offres mettant en concurrence des constructeurs, il doit en ressortir les meilleures offres possibles) et d'une assistance complète de l'architecte pendant les travaux.

Conclusion sous-section II : Les contrats internationaux de construction conclus entre des personnes privées prennent généralement la forme d'un contrat DB ou d'un contrat DBB. Le choix entre ces deux figures contractuelles dépendra des attentes et des objectifs du maître de l'ouvrage. Si le maître de l'ouvrage exige une construction rapide et n'éprouve pas la nécessité d'être entouré de plusieurs intervenants, le modèle DB lui est conseillé. S'il ne dispose pas de compétences particulières dans le domaine de la construction, il lui est conseillé de s'entourer de plusieurs professionnels et de diviser la construction en étapes successives. Face aux multiples pertes des sociétés d'ingénierie, il est apparu nécessaire de morceler le projet international de construction en faisant appel à plusieurs intervenants, spécialisés pour les uns dans la conception, pour les autres dans la fourniture et pour les derniers dans la construction à proprement parler. Cela permet d'assurer une meilleure répartition des risques.

Les différents modèles de contrats principaux ne suffisent pas à assurer la complétude de la construction de l'ouvrage. La construction nécessite la conclusion de sous-contrats supplémentaires. Il n'existe plus réellement de projets internationaux de construction d'envergure qui ne soient pas morcelés par l'appel à des sous-traitants.

Section II : Les contrats de sous-traitance

La loi française du 31 décembre 1975 a défini la sous-traitance, en son article premier, comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie pour un sous-traité, et sous sa responsabilité à une autre personne, appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». La sous-traitance est une activité qui s'insère dans un groupe de contrats. Conclu entre un entrepreneur principal et un sous-traitant, le contrat de sous-traitance est une modalité d'exécution du contrat principal pouvant prendre plusieurs formes (Sous-Section I) et demeure l'un des contrats les plus observés dans tout projet de construction (Sous-Section II).

Sous-Section I : Typologie des contrats de sous-traitance

La sous-traitance constitue une opération par laquelle un donneur d'ordre confie à une autre entreprise, le sous-traitant, le soin d'exécuter pour lui des activités de construction, de production ou de services et ce, en respectant un cahier des charges préétabli et consenti par les deux parties au contrat. Un ensemble contractuel s'observe dès lors que la conclusion de plusieurs contrats a été nécessaire à la réalisation d'une même opération économique. Après avoir présenté la notion de sous-traitance (§1), il conviendra de décrire, au sein de cette activité, les différentes catégories pouvant se manifester (§2).

§1 : Notion générale

48. La définition de la sous-traitance a longtemps suscité complexité. Selon un auteur, « si économiquement, la sous-traitance est une notion difficile à cerner, juridiquement, c'est un concept inexistant. Le juriste peut étudier des figures juridiques qui se rencontrent dans les relations de sous-traitance ; il ne peut prétendre donner d'elle une analyse exhaustive ou une théorie synthétique »⁸⁶.

⁸⁶ A. BRABANT, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 211 ; F. WALSCHOT, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », in *La sous-traitance, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002*, Bruxelles, Bruylant, coll. Commission Droit-vie-affaires, 2003, p. 5 ; P. MARTENS, « La sous-traitance : freins et stimulants juridiques », *DPCI* 1979.245. Dans le même sens, S. PEYRET, *Sous-traitance industrielle – Guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitant : choix du partenariat, points-clés du contrat, contrôles, responsabilités*, Paris, Delmas, 2000, p. 10 et s. Cf également J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et L. USUNIER, *Droit du commerce international*, Dalloz, 4^e éd., 2021.

Ce constat d'échec n'est plus réaliste. Désormais, la loi française du 31 décembre 1975 a défini la sous-traitance, en son article premier, comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie pour un sous-traité, et sous sa responsabilité à une autre personne, appelée sous-traitant, tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage »⁸⁷. Le contrat de sous-traitance consiste en une sorte de « substitution » dans l'exécution de la construction constituant l'objet du contrat principal.

49. Le contrat de sous-traitance doit être distingué de la « substitution de contractant ». Il existait, en droit français, une confusion entre la sous-traitance et la cession de contrat. L'article 2 de l'ancien Code des marchés publics disposait que « les sous-traités sont des conventions par lesquelles le titulaire d'un marché cède à des tiers une partie de ce marché ». La cession de contrat concerne la substitution des droits et obligations d'une partie à une autre, ce que n'opère pas la sous-traitance. Il y a cession de contrat lorsqu'un nouveau titulaire remplace le contractant et se voit confier tous les droits et obligations du contrat d'origine. La substitution de contractant ou la cession de contrat consiste en un remplacement dans le contrat principal de l'un des contractants par un tiers qui n'avait pas participé à la conclusion du contrat. Il s'agit d'une cession de position contractuelle. La sous-traitance se distingue de la cession de contrat, car le sous-traité est indépendant du contrat principal initial et n'a pas pour effet de créer un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Les deux partenaires d'origine restent liés au contrat principal et un second contrat vient se greffer à celui-ci. Dans le sous-contrat, l'entrepreneur principal ne cherche pas à sortir du contrat principal ni à se faire remplacer. La sous-traitance ne se confond pas avec une substitution de contractant, parce que lorsque l'entrepreneur principal confie à un tiers l'exécution des travaux, il le fait sous sa responsabilité et reste titulaire du contrat principal.

50. La sous-traitance se distingue également du co-contrat. Le co-contrat est celui qui met face à l'un des contractants une pluralité de cocontractants. Le contrat principal devient plurilatéral et non plus bilatéral. Le co-contrat est une adjonction directe de contractants au contrat principal. La cotraitance consiste dans le fait, pour plusieurs entreprises, de s'unir temporairement pour l'exécution d'une prestation. Il existait deux types de cotraitance, d'une part la cotraitance conjointe dans laquelle chacun des cotraitants est responsable de la partie des travaux qui lui incombe et, d'autre part, la cotraitance solidaire dans laquelle chacun des cotraitants est responsable du chantier dans sa globalité.

⁸⁷ J-P. KARILA, « Sous-traitance », *J. Cl. Construction-Urbanisme* 2017, fasc. 206, n° 5.

Puis, une troisième forme de cotraitance a fait son apparition, la cotraitance conjointe avec mandataire solidaire dans laquelle un mandataire est nommé comme responsable de l'ensemble du chantier. Dans ce cas, la co-traitance fait l'objet d'un groupement conjoint où tous les entrepreneurs se voient confier individuellement certains travaux, tandis que l'un des entrepreneurs est investi par les parties d'un mandat. Seul ce mandataire répond de la bonne exécution des travaux auprès du maître de l'ouvrage.

Les co-contrats et les sous-contrats se ressemblent en ce qu'ils poursuivent la même finalité, à savoir faire réaliser une prestation par plusieurs personnes. Ce qui les différencie tient dans l'organisation structurelle de ces relations. La hiérarchie n'est pas la même. Alors que dans le contrat de sous-traitance, le sous-contrat est subordonné au contrat principal et constitue sa modalité d'exécution, le co-contrat ne fait que mettre les partenaires à l'exécution du contrat sur le même rang hiérarchique avec leur contractant commun, de sorte qu'un lien contractuel direct s'observe entre tous ces contractants.

Conclusion §1 : Dans le contrat de sous-traitance, l'entrepreneur principal ne cherche pas à s'évader du contrat principal, mais tient à se maintenir dans le rapport d'obligation du contrat principal. Ce qui différencie le contrat de sous-traitance de toutes les autres formes contractuelles s'en rapprochant, c'est le fait que le sous-traité ne change pas la nature du contrat principal. Le contrat de sous-traitance appartient à un ensemble contractuel. Si la distinction avec les formes voisines est essentielle pour identifier le régime applicable, l'importance est moindre dans la distinction des différentes catégories pouvant être observées dans la figure même de la sous-traitance.

§2 : Catégories de sous-traitance

Les contrats internationaux de construction sont susceptibles d'adopter des formes variées. Il convient de distinguer la sous-traitance de marché, par laquelle le constructeur fait appel à un sous-traitant pour la construction de toute ou partie de l'ouvrage, de la sous-traitance industrielle dont les opérations sont diverses. Les contrats de sous-traitance se distinguent aussi selon les motifs conduisant à leur conclusion. Les contrats de sous-traitance peuvent être conclus lorsque le constructeur ne dispose pas des compétences nécessaires pour accomplir l'objet du contrat principal ou lorsque le constructeur, disposant de ces compétences, décide malgré tout de déléguer toute ou

partie de la construction à un sous-traitant. La distinction entre la sous-traitance de marché et la sous-traitance industrielle (1) sera suivie de la distinction entre sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité (2).

1) Distinction sous-traitance de marché et sous-traitance industrielle

51. La sous-traitance de marché consiste pour un entrepreneur principal à confier la charge de la réalisation de toute ou partie de la construction à une autre personne, le sous-traitant. C'est un contrat d'entreprise partageant avec le contrat principal, le même objet. Dans une sous-traitance de marché, l'entrepreneur principal fait assumer par un sous-traitant, tiers au contrat principal, l'exécution de toute ou partie des travaux dont il est tenu. La sous-traitance industrielle consiste pour un entrepreneur à externaliser certaines missions comme la confection de matériaux. Le sous-traitant ne réalise plus toute ou partie de la construction de l'ouvrage, mais fournit simplement les pièces qui seront utiles aux travaux. Cette forme de sous-traitance internationale est parfois appelée « sous-traitance de fourniture ». Le sous-traitant ne fait que participer à la conception, à l'élaboration du produit demandé, en se basant sur un cahier des charges spécifique. La sous-traitance industrielle sera le plus souvent un contrat de vente, ce que ne sera jamais la sous-traitance de marché.

52. La sous-traitance industrielle, à la différence de la sous-traitance de marché, se matérialise par le fait qu'un seul contrat pourrait suffire à sa caractérisation. Comme le souligne le Professeur Boulbi, il existe une « tendance à qualifier (...) de 'sous-traitance industrielle' (...) le fait de confier à un tiers ce que l'on ne veut pas traiter soi-même », il s'agit « en réalité tout simplement d'une sous-traitance non réglementée »⁸⁸. Pour le Professeur Karila, « la sous-traitance industrielle concerne un large secteur d'activités diverses portant sur la fabrication en série ou standardisée de produits finis les plus divers », « les opérations de sous-traitance considérées s'inscrivent généralement dans le cadre de contrats dites de fournitures (...) de contrats de vente, la fabrication de produit final s'adressant à un autre fabricant pour se 'fournir' »⁸⁹. A contrario, dans un contrat de sous-traitance de marché, le sous-traitant participe directement à une partie de la réalisation des travaux qui ont été commandés par le maître de l'ouvrage.

⁸⁸ B. BOUBLI, « Contrat d'entreprise », *Rép. civ.* 2016, V°, n° 288.

⁸⁹ J-P. KARILA, *préc.*

53. Dans ce travail, les propos se limiteront à la sous-traitance de marché. Dans une sous-traitance de marché, l'entrepreneur principal fait appel à un sous-traitant pour l'exécution des travaux dont il est partie. Le schéma est tripartite. Dans une sous-traitance industrielle, le maître de l'ouvrage se lie directement à un prestataire pour l'exécution d'une prestation. Le schéma est bipartite. Ainsi, la sous-traitance de marché « (...) consiste, pour l'entreprise titulaire d'un marché conclu avec un maître de l'ouvrage, à reporter sur un tiers, dans le cadre d'un contrat d'entreprise dénommé sous-traitance, l'obligation d'exécuter toute ou partie des engagements contractés à l'égard dudit client » et « se pratique principalement dans le secteur de la construction immobilière »⁹⁰.

2) Distinction sous-traitance de capacité et sous-traitance de spécialité

54. La sous-traitance de capacité est celle par laquelle un entrepreneur principal confie à une autre entreprise l'exécution d'un travail. L'entrepreneur principal dispose des moyens d'exécution du travail en question, mais choisit de faire appel à une autre entreprise « en raison d'une pointe momentanée de la demande ou d'un incident technique (sous-traitance conjoncturelle) » ou par volonté de « conserver une capacité propre dans une fabrication déterminée (...) (sous-traitance structurelle) »⁹¹. Autrement dit, si dans la sous-traitance de capacité, l'entrepreneur principal dispose du matériel pour la réalisation de l'ouvrage, il s'en est déjà servi ou le réserve pour d'autres travaux plus rentables. Ou alors, il ne dispose pas du matériel, mais il détient la maîtrise technique. A l'inverse, dans la sous-traitance de spécialité, l'entrepreneur principal ne dispose pas des compétences techniques nécessaires pour réaliser une partie de la construction. Cela peut s'expliquer par l'impossibilité pour l'entrepreneur principal de diversifier ses capacités.

55. L'intérêt de la distinction est surtout d'ordre méthodologique. En recourant à la sous-traitance de capacité, les entrepreneurs principaux s'assurent que les sous-traitants n'aient plus aucune liberté et restent soumis à leurs demandes. La coordination des relations est autoritaire avec un ajustement quantitatif qui répond aux variations du marché. Il est question de quasi-intégration verticale. La sous-traitance de spécialité, quant à elle, est surtout orientée par des exigences de savoir-faire, de

⁹⁰ Cf A. BENABENT, « Sous-traitance », *J. Cl. Construction-Distribution*, fasc. 1450, n° 5 et s.

⁹¹ B. BAUDRY, « Quasi-intégration et relation de sous-traitance industrielle : une évaluation des travaux de Jacques Houssiaux », *Revue d'économie industrielle* 2013.142, n° 30.

compétences, à l'inverse de la sous-traitance de capacité qui vise principalement à amortir les chocs conjoncturels en sélectionnant les sous-traitants selon les coûts. Cette distinction entre la sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité ne matérialise qu'une simple explication des raisons du recours à la sous-traitance. Elle ne contient, en soi, pas d'enjeux juridiques. D'ailleurs, cette distinction n'a aucune incidence sur son traitement par le droit français.

Conclusion §2 : Les distinctions entre sous-traitance industrielle et sous-traitance de marché demeurent délicates. Dans le cadre d'une sous-traitance de marché, le constructeur se lie à un sous-traitant pour l'exécution des travaux dont il est partie avec le maître de l'ouvrage (relation tripartite). Dans une sous-traitance industrielle, le maître de l'ouvrage se lie directement à un opérateur pour l'exécution des travaux (relation bipartite). La loi du 31 décembre 1975 s'applique à la sous-traitance industrielle, alors même qu'elle énonçait en son article premier ne concerner que la sous-traitance de marché. De plus, dans ces deux types de sous-traitance, il existe un lien avec l'externalisation d'une partie de l'activité de l'entrepreneur qu'il ne veut pas ou ne peut pas assurer lui-même, ce qui conduit à un autre type de distinction, cette fois entre la sous-traitance de capacité et la sous-traitance de spécialité. Les sous-traitances de spécialité (le constructeur n'a pas les compétences techniques suffisantes pour la réalisation d'une partie de la construction) et de capacité (le constructeur dispose des moyens nécessaires à la réalisation des travaux, mais décide de confier à un autre partenaire l'exécution d'une opération) ne sont pas des catégories juridiques. Elles doivent être traitées comme des situations factuelles. Il convient surtout de distinguer, parmi les relations de sous-traitance, les productions autonomes relevant de la simple fourniture, des productions déléguées qui traduisent des relations plus étroites avec une réelle complémentarité technique avec l'entrepreneur principal⁹².

Conclusion sous-section I : Les contrats internationaux de sous-traitance répondent aux besoins du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur principal, alors même qu'aucun contrat ne lie le maître de l'ouvrage au sous-traitant. Par la sous-traitance, le sous-traitant accomplit les tâches que le constructeur ne sait pas ou ne désire pas faire. S'il existe différentes formes de sous-traitance, seule la sous-traitance de marché, guidée par un déficit de spécialité du constructeur ou par une stratégie d'optimisation des coûts par ce dernier, nous intéresse. Par la sous-traitance de marché, le sous-traitant est chargé d'accomplir pour l'entrepreneur principal toute ou partie de la construction. Les

⁹² J-Th. RAVIX, *Les relations inter-entreprises et frontières des industries*, in INSEE, « *De la sous-traitance au réseau : la variété des relations inter-entreprises* », Séminaire annuelle de la Direction des Statistiques d'Entreprises, Paris, INSEE méthodes, décembre 2004, p. 1-102.

sous-traités sont des maillons omniprésents dans les chantiers internationaux de construction et amènent à s'interroger sur une évolution de l'architecture contractuelle globale des opérations de construction.

Sous-Section II : Des contrats répandus

Préalablement à la sous-traitance, s'opérera dans l'esprit de l'entrepreneur principal une réflexion sur le choix entre « le faire soi-même » ou le « laisser-faire » par autrui. Et ce sont essentiellement des motifs économiques et techniques qui feront pencher la balance au profit de l'une ou l'autre branche de l'option. Aujourd'hui, il est à se demander si la relation traditionnelle « Maître de l'ouvrage-Maître d'œuvre-Entrepreneur principal-Sous-traitant » au sein des chantiers internationaux de construction ne sera pas amenée à évoluer d'ici quelques années. Les raisons du recours à la sous-traitance sont nombreuses (§1) et appellent à une mutation de la relation contractuelle traditionnelle des chantiers (§2).

§1 : Les raisons d'un succès

56. Dans le secteur français du bâtiment, les contrats de construction de sous-traitance représentent environ quinze milliards de chiffre d'affaires. Plus d'une entreprise sur cinq a recours à la sous-traitance internationale⁹³. Ce recours ne cesse de s'intensifier⁹⁴, du fait des épineuses opérations de construction internationale qui contraignent au recours à des entreprises spécialisées, pour des tâches déterminées. La sous-traitance à l'étranger, aussi dénommée « Sous-traitance offshore », permet aux entreprises d'investir dans des pays en développement, pour parfois bénéficier d'une main-d'œuvre aux salaires bas par une division internationale du travail. « (L)a sous-traitance internationale est une véritable innovation en droit des affaires. C'est une façon plus intelligente de produire de la valeur en tirant parti des effectifs de travailleurs du monde entier »⁹⁵. Dans une économie de spécialisation dans laquelle le monde évolue, la sous-traitance permet de pratiquer une construction rationnelle et de

⁹³ Il est constaté que la sous-traitance internationale s'accroît avec la taille des entreprises. Selon l'INSEE, 28 % des sociétés appartenant à un groupe multinational font de la sous-traitance internationale (INSEE, enquête Chaînes d'activité mondiales 2011).

⁹⁴ La sous-traitance internationale a augmenté de près de 30 % entre 1970 et 1990 (cf D. HUMMELS, J. ISHII et K-M. YI, « The Nature and Growth of Vertical Specialization in World Trade », *JIE* 2001).

⁹⁵ N. NILEKANI, cité par D. KIRKPATRICK, « An Outsourcing Provider sets his sights on Global Giants », *Fortune Magazine*, <http://fortune.com>

pallier l'insuffisance de spécialisation technique de l'entrepreneur principal. D'ailleurs, elle n'est pas exclusive des marchés internationaux de travaux privés. Par conséquent, même si une entreprise n'obtient pas, à l'issue de la procédure d'appel d'offres, un marché de travaux publics, elle peut quand même avoir l'opportunité de participer au contrat de construction international par le prisme de la sous-traitance.

§2 : Une relation amenée à évoluer

57. L'une des perspectives actuelles de la sous-traitance se caractérise par la contrainte qu'elle peut représenter pour l'entrepreneur principal. Si la sous-traitance demeure principalement volontaire, elle est parfois imposée dans les contrats internationaux de construction faisant intervenir un Etat. Lorsqu'un entrepreneur étranger signe un contrat de construction avec un Etat maître de l'ouvrage, cet Etat exige fréquemment comme condition *sine qua non* la sous-traitance. Un Etat peut réclamer que la réalisation du contrat principal fasse appel à des sous-traitants locaux. Ce faisant, ledit Etat cherche à aider ses sous-traitants locaux à se développer. Des Etats s'arment d'une législation visant à inciter les entreprises étrangères à intégrer l'intervention sur le site de sous-traitants locaux. A titre d'illustration, il pourrait être fait mention de la loi gabonaise du 8 juin 1981 énonçant que « les entreprises nationales ou étrangères sous-traitant 10 % au moins de leur marché à une petite et moyenne entreprise gabonaise agréée bénéficieront d'une priorité dans l'attribution des marchés publics ». Le choix de l'entreprise principal de privilégier un sous-traitant local est clairement influencé. Et, certaines fois, des législations nationales de l'Etat d'accueil imposent plus qu'incitent à l'entreprise étrangère d'avoir recours à des sous-traitants locaux. Par exemple, une telle obligation figurait dans l'ordonnance algérienne du 17 juin 1967 portant Code des Marchés Publics. Cette obligation est présente en Arabie Saoudite depuis la Décision Ministérielle 124 édictée en mars 1983, connue sous le nom de « Règle des 30 % », imposant aux entreprises étrangères titulaires d'un marché public en Arabie Saoudite de sous-traiter à des entreprises saoudiennes 30 % au moins de la valeur du contrat principal. Des clauses non-négociables sont souvent présentes dans certains cahiers des charges établis par le maître de l'ouvrage (l'Etat d'accueil). C'était le cas dans une stipulation présente dans les « conditions commerciales générales » rédigées par un organisme public d'un pays africain, enjoignant au « soumissionnaire » de « s'efforcer (...) dans la mesure du possible (...) de

rechercher et de proposer des sous-traitants (locaux) susceptibles de réaliser la totalité des fabrications ou travaux en prestations d'origine locale »⁹⁶.

58. Cette pratique des « nominated subcontractor » ou « sous-traitants désignés par le maître de l'ouvrage » ne change pas la position du sous-traitant. L'entrepreneur principal demeure responsable du fait de son sous-traitant. Le nominated subcontractor ne devient pas un contractant direct du maître de l'ouvrage.

59. Une autre perspective doit toutefois être étudiée. Il est à se demander si la relation traditionnelle « Maître de l'ouvrage- Entrepreneur principal-Sous-traitant » au sein des chantiers internationaux de construction ne sera pas amenée à évoluer d'ici quelques années en une relation « Maître de l'ouvrage-Coordinateur-Constructeur ». Si, à l'origine, les sous-traitants avaient la charge de s'occuper de tâches de gestion, tandis que les entrepreneurs principaux se chargeaient du gros de la construction, la situation a aujourd'hui évolué. Les entrepreneurs principaux confient de plus en plus à leurs sous-traitants des opérations clés de construction et s'occupent désormais davantage de la coordination du projet⁹⁷. Cette tendance se retrouve notamment en Finlande, en Belgique et également en France, si bien que d'après les chiffres publiés par la Confédération de la construction, sur 71 402 entreprises recensées en Belgique en 2003, 47 291 n'occupaient pas de personnel, soit environ deux tiers d'entre elles⁹⁸. Le métier des entrepreneurs principaux n'est presque plus de construire ; il est de coordonner le chantier.

Conclusion sous-section II : La sous-traitance internationale est devenue indispensable à toute construction internationale d'envergure. L'opération de sous-traitance accorde à l'entrepreneur principal le pouvoir d'organiser sa production comme il l'entend, de concentrer ses moyens et ses ressources (financiers, humains ...) sur d'autres domaines d'activités qui seraient, à ses yeux, plus stratégiques. Cela lui donne également la possibilité de faire échapper une partie de sa production à un droit national qu'il jugerait trop contraignant. La présence constante des sous-traitants interroge sur le devenir de la relation tripartite constituée du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur principal et des sous-traitants. Les sous-traitants assument parfois toutes les missions de construction dont l'entrepreneur principal est tenu auprès du maître de l'ouvrage, si bien que la fonction principale de

⁹⁶ Communication J-L. BISMUTH, « La sous-traitance internationale », *Trav. comité fr. DIP* 1984-1985. 1986, p. 41.

⁹⁷ « L'industrie de la construction au XXI^e siècle », *Rapport du BIT*, 2001.

⁹⁸ <http://www.confederationconstruction.be>.

l'entrepreneur principal pourrait ne constituer qu'une simple mission de conseil et de coordination. S'installerait alors une relation plutôt bipartite par la consécration d'un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, maître de l'ouvrage qui s'entourerait d'un entrepreneur principal pour coordonner le chantier, à l'instar des contrats design-bid-build.

Conclusion section II: Indispensables à la réussite des contrats principaux de construction, les contrats de sous-traitance internationaux appartiennent à un ensemble contractuel dirigé vers un but commun, la construction de l'ouvrage. Pour y parvenir, les sous-traités doivent s'adapter aux desideratas de l'entrepreneur principal et, ce faisant, ils adoptent des formes pouvant aller de la sous-traitance de marché à la sous-traitance industrielle. Le succès des contrats de sous-traitance internationaux s'explique par les besoins et la réalité du marché de la construction et les sous-traitants pourraient devenir à terme les principaux constructeurs, les entrepreneurs principaux devenant coordinateurs des chantiers.

Conclusion chapitre I: Les contrats internationaux de construction méritent leur appellation plurielle. Il n'existe pas de contrat international de construction à forme unique. Ces contrats adoptent des formes juridiques différentes et, forcément, des régimes juridiques propres. Ils peuvent être conclus entre des personnes privées entre elles ou faire intervenir des personnes publiques. Certains projets de construction ne nécessitent que la conclusion de contrats principaux et ne réclament pas l'intervention de sous-traités. Des constructions rapides, peu complexes se sont édifiées sans le recours à des sous-traitants spécialisés. A contrario, il existe des chantiers volumineux pour lesquels l'entrepreneur principal ne dispose pas des compétences ou du temps nécessaires à l'accomplissement des travaux. La conclusion de contrats de sous-traitance révèle alors toute son importance. Qu'ils s'agissent des contrats principaux de construction ou de sous-traités, chacun se manifeste par des figures contractuelles éparses selon les demandes du projet. Malgré cette diversité, un point commun rapproche ces contrats, il s'agit de la typologie des clauses qu'ils contiennent.

CHAPITRE II : Typologie des clauses contractuelles

La mise en jeu de la responsabilité en matière de construction est une question centrale qui ne peut être écartée de l'analyse des contrats de construction. Quelle que soit la forme envisagée, chaque type de contrats de construction contiendra en son sein des dispositions usuelles ayant trait à la prévision et à la prévention des cas de responsabilités. Un proverbe énonce que « pour payer et pour mourir on a toujours le temps ». Cet adage ne peut pas s'appliquer aux contrats internationaux de construction, tant la nécessité de payer y est impérieuse. La responsabilité peut porter sur une question relative au paiement, aux imprévus du chantier ou encore aux mésententes dans l'interprétation de la portée des obligations contractuelles. Sans dénier l'importance du droit applicable au contrat et de la spécificité des droits nationaux sur le droit de la responsabilité, les clauses en la matière envisagent un partage des risques qui est invité à s'orienter non pas tant sur des modèles légaux, mais plutôt en prenant appui sur les principes directeurs de Max Abrahamson⁹⁹. Les principes exprimés par cet auteur énonçaient qu'une partie devrait avoir à assumer un aléa de construction lorsque :

- ce risque est sous son contrôle, qu'il survient dû à une faute lourde ou à la négligence ;
- cette partie peut le faire couvrir par une police d'assurance ;
- la plus grande partie de l'avantage économique de prendre ce risque lui incombe ;
- il est dans l'intérêt d'efficacité qu'elle l'assume ;
- le risque survient au moment où les cas de perte ou le dommage pèsent sur elle.

Afin de réguler les occurrences de responsabilité dans les chantiers internationaux de construction, il convient d'instaurer de l'éthique dans les relations entre les partenaires impliqués¹⁰⁰. En pratique, une très grande variété de clauses fréquemment installées dans les contrats de construction peuvent être évaluées, notamment les clauses de responsabilité et de résiliation unilatérale. D'autres types de clauses contractuelles sont présentes dans la quasi-totalité des contrats internationaux de construction : les clauses relatives aux délais et aux coûts envisagés. Puisque la construction est par nature dotée d'aléas indépendants de la volonté des parties, des clauses visant à prendre en

⁹⁹ M. ABRAHAMSON, « Contractual risks in tunneling – how they should be shared », *Journal of the BTS* novembre 1973 et mars 1974, vol. 5 et vol. 6.

¹⁰⁰ En ce sens, un *Code of Conduct for the Architects Council for Europe* avait été publié en 2005, après une première version datant de 1997. L'*American Council for Construction Education* (ACCE) avait aussi appelé à l'édiction d'un Code de conduite dans l'industrie de la construction afin de donner des orientations aux parties à un projet de construction désirant faire « le bon geste ». Ces conseils contenaient des thématiques comme la justice contractuelle, le prix dans le contrat de construction, la répartition des droits et obligations ... La force obligatoire de ces Codes reste très relative, puisque, par nature, ils ne sont pas contraignants.

considération ces derniers ont fait leur apparition. Ainsi, l'étude des clauses de responsabilité et de résiliation unilatérale (Section I) précédera celle des clauses de paiement, de délais et de travaux supplémentaires (Section II) qui, elle-même, précédera l'étude des clauses de force majeure et d'imprévision (Section III).

Section I : La sanction dans le contrat

L'achèvement du chantier international de construction est l'objectif central du contrat de construction. Jusqu'à l'accomplissement des travaux, une multitude de risques peut survenir. Tous les contrats de construction contiennent des dispositions tendant à prévenir et à sanctionner les différentes hypothèses de responsabilité. D'autres clauses abordent le sort de la construction déjà enclenchée, lorsque les responsabilités conduisent à une interruption du chantier. La présentation des clauses de responsabilité (§1) amènera celle des clauses de résiliation (§2).

§1 : Les clauses de responsabilité

L'entrepreneur principal peut être autorisé, dans plusieurs droits nationaux, à suspendre l'exécution des travaux lorsqu'il n'obtient pas le versement des paiements dus par le maître de l'ouvrage¹⁰¹. La suspension des travaux est souvent imposée à l'entrepreneur principal lorsque l'ingénieur-conseil l'exige de manière temporaire (pour des questions de sécurité, de débats techniques sur la marche à suivre quant à l'avancée de l'étape suivante de la construction ...). Un chantier peut également être abandonné¹⁰². Si l'entrepreneur principal ou le sous-traitant peuvent être à l'origine de cet abandon de chantier, leurs employés eux-mêmes peuvent entraîner un tel abandon en stoppant la construction et en ne se rendant plus sur les chantiers, faute de paiement de leurs salaires ou du fait des difficiles conditions de travail qui peuvent leur être imposées. Qu'il s'agisse d'une suspension ou d'un abandon, des clauses existent pour parvenir à une reprise des travaux. Ces clauses peuvent tendre à

¹⁰¹ Section 112 du *UK Housing Grants, Construction and Regeneration Act* de 1996 : « Lorsque l'exigence de l'article 111 n'est pas respectée, la personne à qui la somme est due a le droit (...) de suspendre l'exécution de ses obligations en vertu du contrat à la partie par laquelle le paiement aurait dû être effectué (« la partie défaillante »). Le droit ne peut être exercé sans donner d'abord à la partie défaillante un préavis d'au moins sept jours de l'intention de suspendre l'exécution, en indiquant le ou les motifs pour lesquels il est envisagé de suspendre l'exécution. Le droit de suspendre l'exécution cesse lorsque la partie défaillante effectue le paiement intégral de la somme visée au paragraphe (1). Lorsque le droit conféré par le présent article est exercé, la partie défaillante est tenue de payer à la partie exerçant le droit un montant raisonnable au titre des frais et dépenses raisonnablement encourus par cette partie du fait de l'exercice du droit ». « (4) Toute période pendant laquelle l'exécution est suspendue en vertu ou en conséquence de l'exercice du droit conféré par le présent article ne sera pas prise en compte dans le calcul aux fins de tout délai contractuel le temps pris, par la partie exerçant le droit ou par un tiers, d'achever tout travail directement ou indirectement affecté par l'exercice du droit. Lorsque le délai contractuel est fixé par référence à une date plutôt qu'à une période, la date est ajustée en conséquence ».

¹⁰² Les dispositions proposées par la FIDIC font état d'abandon de contrat et non d'abandon de chantier. D'ailleurs, le terme d'« abandon » a totalement disparu pour les travaux électriques et mécaniques, dans la rédaction de la troisième édition de 1987 des contrats FIDIC. A noter toutefois que, dans le cadre d'un contrat de génie civil, l'abandon de contrat est assimilé à un abandon de chantier.

dissuader une interruption du chantier (les clauses pénales) (1) ou à estimer le montant du préjudice causé (les clauses de liquidated damages) (2).

1) Les clauses pénales

60. Par la clause pénale, les parties évaluent à l'avance le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution. Sa force est dissuasive, car son montant vise à inciter le débiteur à exécuter ses engagements contractuels. La clause pénale est essentiellement utilisée par le créancier en tant que moyen de pression sur son débiteur dans l'objectif d'obtenir la pleine exécution des engagements contractuels de ce dernier. Les clauses pénales n'ont pas pour objectif de bloquer le chantier, mais d'encourager la ponctualité dans l'exécution des obligations contractuelles¹⁰³. Depuis la réforme n° 2016-131 du 10 février 2016, le régime de la clause pénale est encadré, en droit français, par l'article 1231-5 du Code civil qui énonce que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ou moindre », sauf intervention des tribunaux qui peuvent, même d'office, diminuer ou augmenter la pénalité si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

61. Sur ce dernier point, la position des législations nationales est disparate. En cas de soumission de la clause aux droits français, argentin¹⁰⁴, italien¹⁰⁵, allemand¹⁰⁶, portugais¹⁰⁷, norvégien¹⁰⁸, péruvien¹⁰⁹, les clauses pénales excessives pourront subir une modération du quantum des pénalités conventionnelles. A contrario, le droit ivoirien ou encore le droit sénégalais exclut au juge étatique

¹⁰³ Si la partie défaillante, généralement l'entrepreneur principal, n'a pas les capacités financières de payer le montant de la clause pénale qui est invoquée par le maître de l'ouvrage, elle peut proposer de déduire le montant convenu de la somme définitive qui lui était due par le maître de l'ouvrage. La FIDIC prévoyait ainsi, dès son origine, à l'article 47.1, que « le maître de l'ouvrage peut, sans préjudice de tout autre mode de recouvrement, déduire le montant de ces dommages-intérêts des sommes dues ou à destinées à être dues à l'entrepreneur ».

¹⁰⁴ H.G. NAON, « La clause pénale en droit argentin », *DPCI* 1982.443 : « (l')article 656 du Code civil autorise le juge à réduire les clauses pénales lorsque leur montant n'est pas proportionnel à l'importance de la faute punie et masque la volonté d'abuser de la situation du débiteur compte tenu des prestations et des circonstances de la cause ».

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 532.

¹⁰⁶ Article 343 du Code civil allemand reproduit dans M. STRAUCH et C. NEUMANN, « La clause pénale en droit allemand » *DPCI* 1982.501 et s. Le juge allemand peut réduire la peine stipulée si elle s'avère manifestement excessive. Ce qui paraît étonnant, c'est que cette règle ne joue pas en faveur des personnes commerçantes.

¹⁰⁷ H.G. NAON, *préc.*, article 812.1 du Code civil, p. 533.

¹⁰⁸ Article T. II du *Sales of Good Act* : « Une clause contractuelle peut être annulée en totalité ou en partie dans la mesure où son application serait déraisonnable ou en contradiction avec les bonnes pratiques commerciales » ; cf L. ARENTZ-HANSEN, « Penalty Clause : Norway », *DPCI* 1982.497.

¹⁰⁹ B. CREMADES, « La clause pénale en Espagne et en Amérique Latine » *DPCI* 1982.464 : « les juges péruviens ont l'obligation de modifier la peine si celle-ci est manifestement excessive ».

tout pouvoir modérateur des clauses pénales consenties par les parties à un contrat. L'intangibilité du montant fixé dans la clause rassure le maître de l'ouvrage qui sait qu'un retard pourra conduire l'entrepreneur principal à lui verser une somme précise. Et, elle assure l'entrepreneur principal qu'aucune somme d'un montant supérieur à celui de la clause ne pourra lui être opposée.

62. Il convient de distinguer deux types de clauses pénales. Par une clause pénale moratoire, le créancier demande le paiement de la somme des dommages-intérêts en vertu de la clause pénale et exige l'exécution de l'obligation contractuelle. C'est différent de la clause pénale compensatoire par laquelle le créancier exige le paiement des dommages-intérêts en application de la clause pénale et seulement ce paiement, le créancier renonçant à demander l'exécution de l'obligation inexécutée. Pour la Cour de cassation, « la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à s'exécuter ». La fonction de la clause pénale est double et consiste à évaluer par avance le préjudice et à décourager l'inexécution d'une obligation contractuelle¹¹⁰. En réalité, ce dernier aspect prévaut, car les tribunaux français doivent appliquer la clause pénale même quand le créancier victime de l'inexécution contractuelle n'a pas démontré son préjudice¹¹¹.

2) Les clauses de liquidated damages

63. Le mécanisme des liquidated damages est un mécanisme de prédétermination contractuelle du préjudice subi en cas d'inexécution contractuelle. Les clauses de liquidated damages des pays de common law ont pour effet d'estimer le montant du dommage en cas d'inexécution contractuelle et n'ont aucune fonction punitive. En droit anglais, seules les clauses de liquidated damages sont licites et les clauses qui stipulent des *penalties* sont privées de tout effet¹¹². Une présomption est posée. La clause sera assimilée à une pénalité si le montant prévu en cas d'inexécution contractuelle est manifestement excessif. Les juges n'appliqueront pas une clause de liquidated damages lorsque celle-ci est « si extravagante, ou si disproportionnée par rapport au montant de la perte de biens, qu'elle montre que l'indemnisation n'était pas l'objet visé ou qu'elle implique une fraude, une erreur, un

¹¹⁰ Cf Cass. com., 29 janvier 1991, n° 89-16.446, *Bull. civ.* IV, n° 43.

¹¹¹ Cass. civ. 3^e, 20 décembre 2006, n° 05-20.065, *Bull. civ.* I, n° 256.

¹¹² Cf *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1, [1915] AC 79 ; cf H. BEALE, *Chitty on Contracts, London, General Principles*, Sweet & Maxwell, 34^e éd., vol. I, 2021, n° 26171.

contournement ou une oppression »¹¹³, car cette clause est en réalité une sanction¹¹⁴. En common law, une partie désirant contrer l'application d'une telle clause devra démontrer la « penalty rule », la pénalité¹¹⁵. La tâche s'avère complexe « parce que lorsque les dommages sont incertains ou difficiles à mesurer, il s'ensuit naturellement qu'il est difficile de conclure qu'un montant ou un taux particulier est une projection déraisonnable de ce que ces dommages pourraient être »¹¹⁶. Le juge anglais analysera le caractère de la clause. Son caractère indemnitaire est admis, mais pas son caractère coercitif et le juge anglais n'accordera au créancier que le montant du préjudice réellement subi. Autrement dit, si le préjudice subi est inférieur au montant de la sanction, le demandeur ne se verra octroyer que le montant réel du préjudice subi.

64. Il est important de préciser que la position du droit anglais tend à se rapprocher du droit français, depuis des arrêts rendus le 4 novembre 2015¹¹⁷, où les juges ont noté qu'une clause stipulant, en cas d'inexécution contractuelle, un paiement d'une somme supérieure au préjudice subi était valable. Le montant ne devra simplement pas être excessif et devra être motivé par l'intérêt professionnel légitime du créancier d'obtenir l'exécution du contrat¹¹⁸.

Conclusion §1 : Pour se prémunir d'une interruption du chantier, les parties peuvent s'entendre sur des clauses contractuelles visant à assurer sa continuité. L'objet principal des clauses pénales tend à inciter le débiteur à respecter ses engagements, tandis que le mécanisme des liquidated damages vise avant tout à prévoir une estimation contractuelle du préjudice lorsque les engagements du contrat n'ont pas été respectés. Dans les deux cas, le débiteur est incité à s'exécuter, pour ne pas subir une pénalité ou une réparation du préjudice causé par son désengagement. S'il ne respecte toujours pas ses obligations, le contrat de construction prévoit des facultés de résiliation.

¹¹³ Wise c. USA, 249US.361, 365, 395. Ct 303,63, L.ED.647, 1919.

¹¹⁴ Priebe & Sons, Inc 332US, 413, 685 CT.123.

¹¹⁵ DJ.MFG.CORP c. US, 86F.3d.1130 (1996), 1134.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Cavendish Square Holding BV c. Talal El Makdessi et ParkingEye c. Beavis (2015) UK SC67.

¹¹⁸ C. LE GALLOU, « Clause pénale en droit anglais : des réajustements d'ampleur », *D.* 2016.322 et s.

§2 : Les clauses de résiliation

65. Les contrats internationaux de construction faisant apparaître une personne publique comme partie prenante contiennent parfois des clauses de résiliation unilatérale, menant des constructeurs étrangers à la faillite. Un Etat n'est pas empêché d'exercer son pouvoir de résiliation unilatérale, pour des motifs d'intérêt général notamment. L'article 73 du Public Contracts Regulation anglais de 2015, en son article 73, énonce que « les pouvoirs adjudicateurs intégreront aux marchés publics qu'ils attribuent des clauses permettant au pouvoir adjudicateur de résilier le contrat ». Et cet article ajoute que « dans le cas où le marché ne contient pas de clause permettant au pouvoir adjudicateur de résilier le contrat pour un des motifs mentionnés au paragraphe 1, le pouvoir de résilier après un préavis dans un délai raisonnable sera considéré comme une clause implicite du contrat ». Toute résiliation unilatérale d'un contrat impose le versement d'une indemnité au cocontractant lésé. Sur ce point, la jurisprudence administrative française retient une approche asymétrique des conséquences indemnitaires en énonçant que les constructeurs publics ne peuvent pas recevoir d'indemnisation disproportionnée par rapport au préjudice subi. Mais, elle admet que les constructeurs privés reçoivent une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi, de sorte que leur juste indemnisation n'est pas garantie.

L'Etat n'est pas le seul à pouvoir résilier un contrat de construction. La pratique témoigne de parties privées ayant résilié, en contrepartie d'indemnisation et en présence d'une clause de résiliation, un contrat de construction¹¹⁹.

Conclusion §2 : Toute résiliation unilatérale d'un contrat, déclenchée par un contractant privé ou public, conduira au versement d'une indemnité au cocontractant lésé. La résiliation unilatérale est souvent constatée dans les contrats de construction faisant intervenir une personne publique. Les personnes publiques sont dotés de pouvoirs exorbitants du droit commun et une faculté de résiliation unilatérale est généralement prévue dans les droits nationaux à leur profit.

¹¹⁹ En ce sens, le droit espagnol et le droit belge admettent un pouvoir de résiliation consacré par un principe général, tandis que le droit portugais ou encore le droit italien reconnaissent un pouvoir de résiliation consacré par la loi. Dans les droit anglais, gallois, danois et finlandais, le pouvoir de résiliation est prévu par des clauses-types.

Conclusion section I : Les clauses de responsabilité et de résiliation unilatérale ont deux visées différentes. Les clauses de responsabilité tentent en priorité à assurer la reprise des travaux. Par la clause pénale, le débiteur est encouragé à s'exécuter par le caractère punitif de la clause. Par la clause de liquidated damages, le débiteur perçoit tout l'intérêt à s'exécuter, s'il ne veut pas à avoir à verser l'indemnité prévue par cette clause. Concernant les clauses de résiliation, la poursuite du chantier n'est plus en ligne de mire. Les positions des parties deviennent irréconciliables et toute résiliation unilatérale doit prévoir une indemnité pour la partie lésée par l'interruption définitive des travaux. Pour se prémunir des conflits, des clauses visant à assurer le paiement des travaux, à anticiper des tâches supplémentaires et à respecter leur exécution dans les délais, sont prévues.

Section II : Les conditions générales

Si les parties tentent d'aborder leur relation contractuelle sur le long terme de la manière la plus sereine possible par l'insertion de clauses tendant à prévenir tous cas de responsabilité, ces clauses peuvent être sources de conflit. Le plus souvent, il sera demandé aux soumissionnaires de préciser dans leurs appels d'offres le prix des travaux, les méthodes de construction envisagées, le matériel à utiliser, la sous-traitance envisagée ou encore le programme du planning à respecter. Traditionnellement, la majorité des contentieux dans le secteur de la construction a trait au paiement (§1), aux travaux supplémentaires (§2) ou encore aux délais (§3). Des clauses communes traitant de ces domaines de contentieux existent.

§1 : Les clauses relatives au paiement

Le prix constitue la contrepartie de la construction promise ; le mode de paiement de prix, un moyen d'exécution de l'obligation principale du maître de l'ouvrage. Le danger, lorsque le maître de l'ouvrage n'assure pas le paiement, est que le constructeur suspende l'exécution des travaux. Au cours de la période de suspension, le constructeur s'est souvent engagé sur d'autres chantiers. Dès lors, à la fin de la période de suspension, le maître de l'ouvrage ne pourra que constater le retard de la construction et l'impossibilité pour le constructeur de reprendre les travaux immédiatement après la période de suspension. Le maître de l'ouvrage doit assurer au mieux les paiements envers son entrepreneur principal, au risque de voir la construction s'éterniser et les coûts s'amonceler. Des méthodes strictes de fixation des prix doivent être stipulées au contrat de construction (1). Une fois

ces méthodes envisagées, encore faut-il régler les conditions du paiement et c'est ici qu'interviennent les clauses « pay-if paid » et les clauses « pay-when-paid » (2).

1) Le mode de fixation du prix

66. En général, la pratique privilégie la méthode du marché ou du forfait, dans laquelle l'étendue des travaux est fixée dès la conclusion du contrat. Le constructeur est appelé à prévoir tous les coûts relatifs à la construction. Cette méthode est favorable au maître de l'ouvrage, car si l'entrepreneur principal décide d'opérer une extension des travaux non prévue au contrat, le maître de l'ouvrage en sera couvert et pourra refuser de payer ces charges nouvelles, même si cette extension de travaux était nécessaire. L'entrepreneur principal devra s'assurer de rechercher l'accord du maître de l'ouvrage avant toute volonté d'extension des travaux, sous peine de réaliser ces travaux supplémentaires à sa propre charge. En l'absence d'ordre de service écrit et préalable, l'entrepreneur principal tentera de prouver l'acceptation tacite des travaux supplémentaires par le maître de l'ouvrage. Par exemple, il pourra être démontré que le maître de l'ouvrage avait pris connaissance des travaux supplémentaires et, s'il ne les avait pas expressément approuvés, il ne les avait pas non plus contestés ni exprimé de réserves quant à leur exécution¹²⁰.

67. Les contrats à prix forfaitaires sont fréquents en common law et connus sous les noms de « contrat à forfait » ou « fixed price » ou « lump sum contract ». L'avantage d'un marché à prix forfaitaire est celui de la sécurité contractuelle apportée aux contractants dans le cadre d'une description claire et précise des études et des travaux dont l'exécution est demandée. Avec un prix forfaitaire, les exigences quant à la précision contractuelle des prestations sont renforcées, puisque le prix est fixé d'avance pour des travaux dont la nature est strictement définie. Certes, les contrats à forfait dans lesquels le prix est fixé à l'avance ne sont pas sans risques. Il se peut toujours que les plans ou les devis soient mal préparés. L'aléa est que l'entrepreneur principal privilégie la sécurité au moment de la conclusion du contrat en prévoyant plusieurs travaux supplémentaires et souvent superflus, en sachant qu'autrement, il ne pourra pas les réaliser sans l'aval du maître de l'ouvrage et devra en supporter les coûts.

¹²⁰ Cass. civ. 3^e, 29 mai 2013, *Ets Gallia c/ Sté Vesancy Promotion*, n° 12-17.715, *Construction – Urbanisme* septembre 2013, comm Ch. SIZAIRE, « Marché à forfait – Paiement et acceptation non-équivoque des travaux supplémentaires » n° 9, p. 120.

68. Il existe un autre mode de fixation de prix avec les contrats à bordereaux de prix et quantités présumées, aussi appelés les « bill of quantities contracts »¹²¹. Ici, des prix sont fixés à l'avance, par unité, pour chaque type de travail ou de matériel de l'ouvrage. Le prix global sera la somme totale de l'évaluation du coût de l'ensemble des unités. Enfin, dans les contrats « cost and fees », le prix n'est censé n'être établi qu'après la réalisation des prestations. Il se décomposera en deux socles, d'une part le remboursement des travaux effectués (« cost ») et, d'autre part, la rémunération et les profits du projet (« fees »). Les « cost plus fee contracts » sont des contrats à dépenses contrôlées pour lesquels un principe de remboursement des coûts est prévu. Souvent, l'entrepreneur principal ne sait pas combien il va tirer de ses travaux et, au fur et à mesure de l'avancée de la construction, le risque est que le maître de l'ouvrage retire des éléments à réaliser pour diminuer le prix de la construction.

2) Les conditions du paiement

a. Les clauses pay-if-paid

69. Par le biais de la clause pay-if-paid, l'entrepreneur principal n'admet de payer le sous-traitant que lorsqu'il aura été lui-même payé par le maître de l'ouvrage. Le paiement du sous-traitant est incertain au moment où celui-ci effectue les tâches demandées.

70. La validité de la clause « pay-if-paid » varie selon le droit national qui sera applicable. Certains droits nationaux sont ouverts à la validité d'une telle clause, d'autres ne le sont pas. Les clauses pay-if-paid sont prohibées en droit français. L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de payer directement son sous-traitant quand bien même il n'aurait pas été lui-même payé par le maître de l'ouvrage. Le droit américain, jurisprudentiel, est très divisé. De

¹²¹ G. LEFEBVRE et J. D'HOLLANDER, « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », *RJTUM* 1997, vol. 31, p. 223.

nombreux Etats américains, tels que le Delaware¹²², la Caroline du Sud¹²³, le Wisconsin¹²⁴ ou encore l'Etat de New-York¹²⁵ excluent toute validité à cette clause contraire à l'ordre public. D'autres juridictions américaines ont admis la validité des clauses « pay if paid » en arguant notamment de la liberté contractuelle. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Wellington Power v. CNA Surety* rendu par la Cour Suprême de West Virginia en 2005. Les juges ont constaté que cette clause était claire et précise. Ils se sont ainsi attachés à la « large liberté contractuelle » qui « ne devrait pas être écartée à la légère »¹²⁶. Enfin, certaines juridictions américaines interprètent les clauses « pay-if-paid » en clauses « pay when paid ». L'effet de cette interprétation est essentiellement symbolique ; elle vise à en finir avec une clause visant à interdire le paiement de l'un en cas de non-paiement de l'autre, pour privilégier une approche visant à autoriser un délai de paiement de l'un par le paiement de l'autre¹²⁷.

71. A première vue, il paraît étonnant qu'aucune obligation ne pèse sur l'entrepreneur principal de payer son sous-traitant, tant que lui-même n'a pas été payé par le maître de l'ouvrage. « (A)ccueillir une telle proposition contractuelle n'est peut-être pas une bonne pratique commerciale, mais c'est ce qui s'est produit »¹²⁸. Si des règles d'équité sont appelées à combattre les clauses pay-if-paid, ces clauses révèlent une logique plutôt intelligible. Le sous-traitant reconnaît et consent à ce que son paiement fasse partie d'un fonds détenu par l'entrepreneur principal, fonds composé des sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal. Le sous-traitant est payé directement par l'argent versé par le maître de l'ouvrage, à sa destination, à l'entrepreneur principal. Si ce fonds n'est pas alimenté, l'entrepreneur principal n'en est en rien responsable puisqu'il prend également sa part de

¹²² « Il est contraire à l'ordre public, nul et inopposable qu'une disposition d'un contrat de construction ou de sous-traitance précise que :

-L'entrepreneur ou le sous-traitant assume le risque de non-paiement par le propriétaire ;

ou

- un sous-traitant s'appuie sur le crédit du propriétaire et non sur le crédit de l'entrepreneur général ou d'une société de cautionnement » (Del. Code Ann. Tit. 6, § 3507 (e)).

¹²³ « Le paiement par le propriétaire à l'entrepreneur ou de l'entrepreneur à un sous-traitant de palier supérieur n'est pas une condition préalable au paiement à un sous-traitant et toute convention contraire est inapplicable » (S.C. Code Ann. § 29-6-230).

¹²⁴ « Toute disposition faisant de la réception du paiement par le contractant d'une partie n'ayant pas de relation contractuelle avec un sous-traitant une condition suspensive du paiement à ce sous-traitant est nulle et inopposable » (Wis. Stat. Ann. § 779-135).

¹²⁵ Cf *West-Fair Electric Contractors et al. Plaintiffs, c. Aetna Casualty & Surety Company et al* 87 N.Y.2d 148, 158, 661 N.E.2d 967, 971 (1995).

¹²⁶ *Wellington Power Corp c. CNA Surety Corp.* 614 S.E.2d 680 (W.V. 2005) et cf également *MidAmerica Constr. Management, Inc c. MasTec North America, Inc.* 436 F.3d 1257 (10th Cir. 2006).

¹²⁷ *William R. Clarke Corp c. Safeco Ins. Co. of Am.* 938 P. 2d 373 (Cal. 1997); *Midland Eng'g Co c. John A. Hall Const. Co.* 398 F.Supp. 981 (N.D. Ind. 1975); *Grady c. S.E. Gustafson Constr. Co.* 103 N.W.2d 737 (Iowa 1960); *New Amsterdam Cas. Co c. Allen Co.* 446 S.W.2d 278 (Ky. 1969); *A.J. Wolfe Co v. Baltimore Contractors, Inc.* 244 N.E.2d 71 (Mass. 1969); *Mrozik Constr. Inc c. Lovering Assocs, Inc.* 461 N.W.2d 49 (Minn. Ct. App. 1990); *D.K. Meyer Corp c. Bevco, Inc.* 292 N.W.2d 773 (Neb. 1980); *Elk & Jacobs Drywall c. Town Contractors, Inc.* 229 S.E.2d 260 (S.C. 1976).

¹²⁸ *Architect Sys. Inc c. Gilbane Bldg. Co.* 760 F. Supp. 79, 81 (D. Md. 1991); *Universal Concrete Prod.* 595 F.3d 530 ; *MidAmerica Constr. Mgmt.* 436 F3d 1265.

rémunération dans ce fonds. Il serait responsable seulement s'il usait de l'argent placé dans ce fonds par le maître de l'ouvrage. De plus, ayant signé la clause de « pay-if-paid » en toute connaissance de cause et étant présumé s'être renseigné sur les conséquences de celle-ci, le sous-traitant doit anticiper l'éventuel non-paiement de l'entrepreneur principal.

72. Là où la clause de « pay if paid » pose controverse tient au fait que les sous-traitants ne devraient pas être ceux ayant à supporter les risques de non-paiement du maître de l'ouvrage, puisque contrairement à l'entrepreneur principal, ils ne sont pas en relation directe avec lui. Les sous-traitants ne peuvent pas directement forcer un maître de l'ouvrage à effectuer les paiements qui sont attendus de lui. Seul l'entrepreneur principal est en lien direct et dispose de facultés de négociation et de pression contre le maître de l'ouvrage. Pour échapper au jeu de la clause « pay-if-paid », le sous-traitant pourra tenter de démontrer que le non-paiement du maître de l'ouvrage s'explique par des fautes imputables au comportement de l'entrepreneur principal. La clause « pay-if-paid » ne doit pas être valable si le non-paiement de l'entrepreneur principal a été causé par sa propre faute à l'encontre du maître de l'ouvrage. C'est d'ailleurs la position retenue par des juridictions américaines, qui parlent alors de « prevention doctrine ». Dans l'affaire *Northeast Drilling v. Inner Space Services* rendue en 2001¹²⁹, les juges américains ont défini la « prevention doctrine », en énonçant qu' « en vertu de la doctrine de prévention, une condition contractuelle est considérée comme excusée lorsqu'une partie entrave ou empêche l'exécution d'une condition et que cette entrave contribue matériellement à ce que la condition ne survienne pas »¹³⁰.

73. Puisque les juridictions nationales sont très partagées sur la force obligatoire des clauses pay-if-paid, il conviendrait de faire en sorte que son renoncement implicite soit davantage consacré. Dès lors qu'un entrepreneur principal paie spontanément, à un moment donné, une partie des sommes dues au sous-traitant sans attendre le paiement par le maître de l'ouvrage, cela doit s'apparenter en une renonciation aux effets de la clause « pay if paid ». Cette renonciation doit valoir quel que soit le montant (faible ou élevé) ou les motifs (pouvant se justifier par la situation financière désastreuse

¹²⁹ *Northeast Drilling, Inc c. Inner Space Services, Inc.* 243 F.3d 25, 49 Fed. R. Serv. 3d 638 (1st Cir. 2001).

¹³⁰ *Northeast Drilling, Inc c. Inner Space Services, Inc.* 243 F.3d 40. En l'espèce, l'entrepreneur principal ISSI n'avait pas exécuté correctement ce que le contrat principal lui imposait (des délais non respectés), de sorte que le maître de l'ouvrage, Atkison, avait refusé de le payer. Une clause « pay-if-paid » était insérée dans le contrat de sous-traitance. Par conséquent, l'entrepreneur principal avait refusé de rémunérer le sous-traitant NDI. Les juges avaient noté que « dans cette affaire, la Cour a constaté que, malgré les informations nécessaires pour soumettre des demandes de modification à Atkison, ISSI n'avait soumis de telles demandes qu'en septembre 1999, soit près de six mois après l'achèvement des travaux du NDI. En raison de ce retard ayant considérablement contribué au non-paiement par Atkison de ses frais d'ISSI avant le procès NDI-ISSI, ISSI n'est pas en mesure de soutenir qu'elle avait le droit d'être payée par Atkison avant d'être remboursée par NDI pour le forage et le dynamitage dans la 'zone élargie' ».

d'un sous-traitant ou par courtoisie) d'une partie du paiement effectué par l'entrepreneur principal au bénéfice du sous-traitant¹³¹.

b. Les clauses pay-when-paid

74. La clause « pay-when-paid » est une promesse inconditionnelle accordée par l'entrepreneur principal au sous-traitant, que ce dernier sera un jour rémunéré dans un délai raisonnable. Si le maître de l'ouvrage ne rémunère pas l'entrepreneur principal, les risques pèsent sur le constructeur. Celui-ci sera obligé de payer son sous-traitant dans un délai raisonnable après l'exécution des travaux de sous-traitance, que le paiement du maître de l'ouvrage soit intervenu ou non.

75. Le terme de « délai raisonnable » dépendra de la loi applicable. La clause « pay-when-paid » n'est pas toujours rendue obligatoire en droit anglais, comme l'illustre le UK Housing Grants Construction and Regeneration Act de 1996¹³² qui estime que la clause « pay-when-paid » est inefficace sauf le cas où le maître de l'ouvrage est insolvable. De même, dans plusieurs affaires rendues par des Cours américaines, il a été énoncé que « ... [...] les clauses des différents contrats de projet stipulant que le contractant paiera ses sous-traitants dans un délai imparti, après avoir reçu le paiement du propriétaire, fixent simplement le moment où le paiement est dû et ne constituent pas une condition préalable au paiement »¹³³. Les clauses « pay-when-paid » sont prohibées en droit français¹³⁴.

Conclusion §1 : La fixation du prix des travaux dès la conclusion est une tâche complexe pour les parties. Pour simplifier cet exercice, des modes de fixation sont à leur disposition. La méthode forfaitaire est la plus fréquemment retenue, du fait de sa prévisibilité. Par celle-ci, les parties

¹³¹ Landmark Org. L.P c. Delphini Constr. Co. n° 13-04-371-CV, 2005 Tex. App. LEXIS 8414, at 13 (Texas Appeal, 13 octobre 2005).

¹³² The UK Construction Act 1996.

¹³³ Thomas J. Dyer c. Bishop Intl Eng. Co. 303 F.2d 655 (6th Circ. 1962 ; Sturdy Concrete Corp c. Nab. Construction Corp. 65 AD 2d, 411 NYS 2d 637 (2d Dept 1978); Mascioni c. I.-B. Miller, Inc. 261 NY 1, 184 NE 473 (1933); Brown c. Md. Casualty Co. 246 Ark. 1074, 442 S.W. 2d 187 (1969).

¹³⁴ L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 dispose que l'entrepreneur principal est tenu de payer directement son sous-traitant même s'il n'a pas été lui-même payé par le maître de l'ouvrage (« Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution (...). Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites (...) »).

s'engagent à prévoir l'ensemble des coûts de la construction dès la conclusion du contrat par une analyse poussée des données. Prévisible, cette méthode ne s'avère pas moins risquée lorsque tous les aléas potentiels n'ont pas été anticipés. La méthode « cost and fees » est la plus appropriée à l'imprévisibilité de certains travaux, puisque le coût des travaux sera établi une fois les prestations effectuées. Le contrat de construction fait intervenir plusieurs parties et leur rémunération peut dépendre de certains facteurs. Les clauses « pay-if-paid » visent à assurer le paiement du sous-traitant une fois le paiement de l'entrepreneur principal effectué. Tout en sécurisant la position de l'entrepreneur principal, elle fragilise celle du sous-traitant qui pâtit de la défaillance du maître de l'ouvrage dans un contrat auquel il n'est pas partie. C'est pourquoi cette clause n'est pas admise dans l'ensemble des législations et la renonciation à celle-ci est encouragée. La clause « pay-when-paid » concerne le temps du paiement. Elle assure au sous-traitant un paiement de ses prestations dans un délai raisonnable, même en cas de défaillance du maître de l'ouvrage. Par l'imprécision du caractère « raisonnable », cette clause n'a pas suscité les faveurs des tribunaux. Si les clauses relatives au paiement sont sources de différends, elles ne sont pas dissociables des travaux supplémentaires pouvant être engagés dans un chantier.

§2 : Les clauses relatives aux travaux supplémentaires

76. En principe, la gestion comptable des travaux est relativement simple. Pour payer le constructeur, le maître de l'ouvrage n'a qu'à se reporter au cahier des charges de l'entrepreneur principal. Pourtant, le paiement des travaux supplémentaires pose des difficultés. Les travaux supplémentaires nécessitent d'être consentis par avance et par écrit par le maître de l'ouvrage au stade de l'exécution du contrat. Il est très rare que les parties s'accordent au stade de l'exécution du marché sur des charges nouvelles, tant du point de vue de leur principe que du point de vue de leur montant exact. Pour davantage de sécurité juridique, les parties doivent s'accorder sur un avenant contractuel en cours de contrat et avant l'exécution des travaux supplémentaires, pour inclure de potentiels nouveaux postes de dépenses. Des clauses existent afin de mesurer les travaux supplémentaires à prévoir.

77. Le maître de l'ouvrage dispose d'un pouvoir de direction au sein du contrat international de construction, lui permettant de fixer les modalités d'exécution du contrat. De nombreux droits nationaux autorisent un maître de l'ouvrage à exiger de son cocontractant, l'exécution de travaux supplémentaires non prévus au contrat, en lui imposant des changements, en plus des travaux

normalement et contractuellement prévus. Le § 1 n° 3 du VOB/B allemand énonce que le maître de l'ouvrage est habilité à se réserver le droit d'ordonner des modifications dans le plan de la construction (Änderungen des Bauentwurfs). Le § 1 n° 4 du VOB/B dispose qu'à la demande du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal doit exécuter tous les travaux non prévus au contrat devenus nécessaires à l'exécution du contrat de construction (Notwendige Zusatzleistungen). En contrepartie, l'entrepreneur principal peut exiger une rémunération supplémentaire pour l'exécution de ces travaux additionnels¹³⁵. En droit japonais, un certain équilibre est posé. Si le maître de l'ouvrage peut ordonner à l'entrepreneur principal l'exécution de travaux supplémentaires¹³⁶, l'entrepreneur principal peut en retour proposer au maître de l'ouvrage des modifications des travaux ainsi que le montant à la hausse ou à la baisse causé par ces changements. En règle générale, de nombreux contrats de construction contiennent des « *extra work clauses* ».

78. Plusieurs méthodes sont prévues, notamment en common law, afin de mesurer la valeur des travaux supplémentaires effectués par le constructeur et méritant compensation. Parmi celles-ci, il pourrait être fait mention de la méthode du « total cost », des « ideal costs » ou encore de la « jury-verdict method ».

La méthode du « total cost » est née aux Etats-Unis dans les années 1950¹³⁷. Sa première illustration remontait à 1951, avec l'affaire *Great Lakes Dredge and Dock Co v. United States*¹³⁸. En l'espèce, un entrepreneur principal avait été chargé de construire une écluse de rivière, mais les plans d'origine n'avaient pas révélé la présence d'une couche d'argile dans le sol, créant des pressions hydrostatiques mettant en cause toute la construction de départ¹³⁹. Le gouvernement américain avait estimé que cet événement aurait dû être anticipé par l'entrepreneur principal et avait refusé de payer les prétendus « extra works ». Le constructeur avait présenté les coûts totaux de la construction comparés aux coûts énoncés dans le contrat d'origine, arguant que la différence entre les deux caractérisait le montant des extra works effectués. Le gouvernement américain avait finalement été contraint de payer ces « extra works ».

¹³⁵ § 2 n° 05, n° 06, n° 07 VOB/B.

¹³⁶ Article 28 (1) et (2) des *General Conditions of Construction Contract*.

¹³⁷ B. AAEN, « The total cost method of calculating damages in Construction Cases », *PAC L.J.*, 1991, vol. 22, p. 1185 (« (b)ien qu'elle ne soit pas unique aux cas impliquant des projets de construction, la méthode du total cost de calcul des dommages est le plus souvent utilisée dans ces cas de construction »). Cf également Th. GALLIGAN Jr. « Extra Work in Construction Cases : Restitution, Relationship, and Revision », *TLR* 1989, vol. 63, p. 799, 800-801 et M. GERGEN, « Restitution as a Bridge Over Troubled Contractual Waters », *Fordham L. Rev.* 2002, vol. 71, p. 709-715.

¹³⁸ *Great Lakes Dredge and Dock Co c. United States*, 119 Ct. Cl. 504, 555-560 (1951).

¹³⁹ *Ibid.*, 513-514 ; 519-520.

La méthode du « total cost » vise à mesurer la valeur des travaux supplémentaires réalisés. Pour ce faire, il convient de déduire le « prix du contrat » du coût total de la construction, la différence faisant résulter le montant des « extra works »¹⁴⁰. Si cette méthode semble simple et logique, elle demeure spéculative, car les coûts réels de la construction peuvent être élevés du fait de certaines défaillances que le constructeur a dû réparer et parce que le « prix du contrat » a pu avoir été fixé à un prix bien trop bas par rapport à son prix réel. La méthode du « total cost » pourrait plutôt être remplacée par la méthode des « ideal costs »¹⁴¹. Pour déterminer le montant des « extra works », il conviendrait de déterminer l'« ideal cost » du contrat d'origine et l'« ideal cost » du contrat exécuté avec les travaux supplémentaires. La différence entre ces deux « ideal costs » fera ressortir le montant des « extra works » réalisés. Puisqu'il n'existe pas de moyen certain de déterminer les coûts idéaux, il peut être proposé d'imposer au constructeur de fournir tous les documents laissant présager le coût définitif des travaux supplémentaires. Le risque est que le constructeur amène devant les juges un nombre considérable de documents ne laissant même plus apercevoir quels travaux sont des travaux supplémentaires imprévus et quels travaux sont des travaux contractuellement prévus. Pour améliorer cette méthode de calcul, il faudrait que le recueil et la présentation des documents qui permettraient de caractériser le montant des travaux supplémentaires se fassent de manière indépendante.

Une autre méthode permet de mesurer le montant des « extra works ». Il s'agirait de la « jury-verdict-method »¹⁴², qui « demande à la Cour d'arriver à un ajustement équitable et raisonnable après avoir reçu la preuve des parties »¹⁴³. Cette méthode n'a pas la faveur des Cours de common law, car elle comprend le risque d'une multiplication de présentations de documents par les parties afin de s'assurer de l'écoute de la Cour. Dans l'affaire *Mergentime*, les juges ont affirmé, à propos de cette méthode, que « son principal péril, comme en témoigne le cas d'espèce, est le risque que des hypothèses irréalistes soient adoptées et extrapolées, ce qui multiplierait considérablement

¹⁴⁰ *McKie c. Huntley*, 620 N.W.2d 599, 2000.SD, 160 (2000) : « la méthode suppose (...) que l'entrepreneur a exécuté son travail de manière irréprochable et que l'entrepreneur a estimé avec exactitude et précision le coût des travaux à exécuter ».

¹⁴¹ Cf *Koehring Co. c. Hyde Constr. Co.* 178 So. 2d 838, 853 ; C. KOVACIC, « A Proposal to Simplify Quantum Meruit », *Litigation, AmULRev* 1986, vol. 35, p. 547, 582.

¹⁴² Cf *Azure c. United States*, n° 96-5054, 1997, U.S. App. LEXIS 29365. 15, 16 (Fed. Cir. 24 octobre 1997) énonçant qu'il existe trois méthodes destinées au calcul du dommage : « actual cost method », « total cost method » and « jury verdict ». Cf également *Jack. L. Olsen, Inc c. Espy*, n° 93-1324, 1994 U.S. App. LEXIS 11840. 4-6 (Fed. Cir. 19 mai 1994) ; *Mergentime Corp. c. Wash. Metro. Area* 22 juillet 1997, U.S. Dist. LEXIS 23408. 4-6.

¹⁴³ *Azure c. United States*, *préc.*

l'attribution au-delà de la raison et récompenserait les préparateurs de réclamations imprécises fondées sur des coûts non documentés avec des bénéfices injustifiés »¹⁴⁴.

Conclusion §2 : Le principe demeure, dans la majorité des droits internes, l'acceptation préalable et par écrit des travaux supplémentaires par le maître de l'ouvrage. Ce principe vise à protéger le maître de l'ouvrage en évitant que ce dernier ne se voit imposer par l'entrepreneur principal des prestations complémentaires qu'il n'aurait pas expressément autorisées. Sans autorisation écrite, l'entrepreneur principal ne peut en réclamer le paiement au maître de l'ouvrage. Des exceptions à ce formalisme peuvent être posées, notamment si ces travaux supplémentaires sont réalisés du fait de la modification substantielle de la nature des travaux ou lorsqu'ils sont commandés par le bouleversement de l'économie du contrat imposant de sortir du marché forfaitaire en permettant une fixation du coût réel des travaux. La problématique demeure essentiellement dans la détermination de la valeur de ces travaux supplémentaires. Le droit de la common law connaît plusieurs méthodes pour estimer le montant des tâches imprévues accomplies, mais ces méthodes impliquent la multiplication de documents à présenter et expliquent les contentieux en la matière. En ce qui concerne les travaux déjà prévus au contrat, ceux-ci doivent être effectués dans les délais convenus au contrat. Or, ces délais ne sont pas toujours respectés.

§3 : Les clauses relatives aux délais

La question du délai est à l'origine de nombreux contentieux dans les projets internationaux de construction. Son respect est crucial, maître de l'ouvrage et constructeur s'engageant sur un calendrier par étapes précis dont le non-respect entraîne des répercussions sur le paiement du prix. Le planning de base est souvent général et indique la date envisagée de début des travaux et la date de fin. Il est établi soit par l'ingénieur soit par l'entrepreneur et comporte un planning d'exécution et un programme d'exécution des travaux particuliers. L'opération de construction est conditionnée par le temps et ce temps est représenté sur le planning établi par l'entrepreneur. Il peut survenir des situations où le respect initial des délais ne peut être tenu. Il faudra alors anticiper le traitement des délais supplémentaires à envisager. Ainsi, après avoir abordé la clause du planning de base (1), il faudra se pencher sur les clauses d'extension des délais (2).

¹⁴⁴ Mergentime Corp c. Wash. Metro. Area, *préc.*, 5.

1) La clause du planning de base

79. La définition du « délai » revêt une importance capitale. « L'étymologie du terme “délai” vient de l'ancien français (XII^e siècle) “deslaier”, qui signifiait différer. Le sens actuel du mot désigne le temps, la durée dont on dispose, en vertu de la loi, d'une décision de justice, ou d'une convention, pour accomplir une prestation, ou réaliser un acte, mais aussi le laps de temps au cours duquel il sera interdit de faire un tel acte »¹⁴⁵. Les délais en matière de construction correspondent au temps à respecter pour exécuter les travaux, porter des réclamations, payer le prix, en fonction des termes du contrat international de construction.

80. Le non-respect des délais fait retarder les arrivées de revenus de la construction et donc, retarder le désintéressement des créanciers et autres prêteurs. Cela aura pour incidence de générer de plus en plus d'intérêts de paiement et des pénalités. Dès lors, l'article 9.13 du livre or permet au maître de l'ouvrage de résilier unilatéralement le contrat si le constructeur ne termine pas les travaux dans les délais (« Date limite »). En application de la sous-clause 3.5, si l'entrepreneur principal émet une réclamation tendant à la prolongation des délais d'achèvement ou à un supplément de prix, l'ingénieur est appelé à consulter chacune des parties pour tenter de parvenir à un accord et, seulement à défaut, il devra, en toute impartialité, étudier les circonstances alléguant le bien-fondé des réclamations de l'entrepreneur. Si l'entrepreneur principal prend du retard, il s'expose à une demande de réparation des dommages issus du retard par le maître de l'ouvrage. Le non-respect des délais imputables à la négligence d'un entrepreneur légitime une compensation à l'égard du maître de l'ouvrage. Une telle compensation peut s'avérer être d'un montant considérable, selon que l'infrastructure est attendue comme extrêmement lucrative pour le maître de l'ouvrage¹⁴⁶. Comme l'a énoncé le Code of Practice for Project Management, « le client s'attend à ce qu'une gestion de projet efficace permette l'achèvement des projets, au moment où ils sont souhaités, d'un niveau et d'une qualité requis et d'un prix compétitif »¹⁴⁷.

¹⁴⁵ F-J. PANSIER, « Délai », *Rép. civ.* 2010.1, n° 5.

¹⁴⁶ Ainsi, les juges, dans l'affaire *Perini Corporation c. Greate Bay Hotel & Casino Perini*, 129 New Jersey. 479 (1992), ont estimé qu'un constructeur, chargé de la construction d'une façade pour un montant de 600.000 dollars US, pouvait être tenu responsable à hauteur de 14 millions de dollars US pour un retard de quatre mois dans les délais. La perte des profits attendus, du fait des délais non respectés, est indemnisable.

¹⁴⁷ Chartered Institute of Building (2002), *Code of Practice for Project Management for Construction and Development*, 3^e éd., Blackwell, p. 13.

81. Certains contrats internationaux de construction contiennent des clauses de « Bonus pour l'achèvement rapide » selon lesquelles, pour encourager la bonne exécution des travaux dans le temps, le maître de l'ouvrage s'engage à accorder, le plus souvent, un pourcentage du montant des travaux à l'entrepreneur principal si la construction s'est achevée avant les délais impartis.

82. A l'instar des contrats anglais, les contrats de construction français prévoient une date de commencement des travaux et une date de fin des travaux. Un entrepreneur principal entré dans une relation contractuelle pour la construction d'un ouvrage soumise à un délai est tenu d'achever les travaux à la date contractuellement prévue par les parties¹⁴⁸.

2) Les clauses d'extension of time

a. Les clauses inspirées de la common law

83. Le droit de la common law s'attache avec précision sur les questions de responsabilité subséquentes au non-respect des délais et cherche à déterminer les raisons du retard. Le droit de la common law impose de rechercher si le non-respect des délais a été causé par un événement imprévu et extérieur ou s'il s'explique par le comportement de l'une des parties au contrat de construction. Les contrats de construction conclus en application du droit anglais prennent le soin de préciser une date exacte de début et de fin des travaux, en imposant à l'entrepreneur principal de procéder « rapidement et sans délai »¹⁴⁹, « régulièrement et de manière assidue »¹⁵⁰.

84. En droit de la common law, il n'existe pas de principe général visant à faire du respect du temps l'essence du contrat ni d'obligation selon laquelle sa violation entrainerait la rupture du contrat, à moins que le maître de l'ouvrage en fasse expressément mention dans le contrat¹⁵¹. En général, une

¹⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1984, *RDI* 1985.155, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

¹⁴⁹ Comme l'énonce également la clause 8.1 du Livre Rouge FIDIC de l'édition de 1999 « l'entrepreneur doit commencer la réalisation des travaux aussitôt que possible à compter de la date de Démarrage et doit alors continuer les Travaux avec diligence et sans retard ».

¹⁵⁰ Clause 2.4 du JCT de 2005, *Standard Form of Building Contract*.

¹⁵¹ Lucas c. Godwin (1837) 3 Bing.N.C. 737 at 744. Cf également Lord Diplock in *United Scientific Holdings c. Burnley Council* (1978) A.C. 904 at 923, HL ; cf. Gibbs c. Tomlinson (1992) 35 Con. L.R. 86 ; Cf. P. ROSHER, « Delay analysis

fois les délais dépassés, le maître de l'ouvrage accordera à l'entrepreneur principal un délai supplémentaire (tout en bénéficiant des sommes de la clause de liquidated damages) en lui notifiant par la même occasion que, cette fois-ci, le non-respect de ce nouveau délai (en général, le maître de l'ouvrage ne le déterminera pas avec précision et mentionnera un délai raisonnable) entraînera rupture du contrat. En droit français, il est également fait mention d'un délai raisonnable, mais ce délai est relié à l'obligation générale de bonne foi des parties¹⁵².

85. Les constructeurs sont parvenus à négocier, dans les contrats internationaux de construction soumis à un droit de common law, des clauses visant à étendre les délais en cas de survenance de certains événements. Il s'agit des « extension of time clauses » ou, des « clauses d'extension du temps »¹⁵³. Ces clauses comprennent les clauses de force majeure et les événements pour lesquels l'entrepreneur principal ne détient aucun contrôle¹⁵⁴. Ces clauses sont appelées à être précises et lister ces événements. L'entrepreneur principal ne sera pas responsable du retard dans les délais impartis lorsque ce retard est provoqué par le comportement du maître de l'ouvrage lui-même. En common law, cette règle a valeur de principe et est connue sous l'appellation de « prevention principle ». Ce principe a été énoncé dans deux arrêts anciens, l'arrêt *Holme v. Guppy* rendu en 1838¹⁵⁵ et l'arrêt *Wells v. Army & Navy Co-Operative Society* rendu en 1902¹⁵⁶. Dans la même veine, dans un arrêt *Multiplex Constructions (UK) v. Honeywell Control Systems* de 2007, les juges ont déclaré que « dans le domaine du droit de la construction, une des conséquences du principe de prévention est que l'employeur ne peut pas demander à l'entrepreneur de respecter une date d'achèvement spécifiée s'il a empêché, par un acte ou une omission, à l'entrepreneur de le terminer à cette date (...) »¹⁵⁷. Ainsi, le « prevention principle » fut appliqué lorsqu'un maître de l'ouvrage n'avait pas remis à

in international construction projects : a comparative study in English and French law », *RDAI* 2014, vol. 6, p. 427-443 et spéc p. 428.

¹⁵² CA Paris, 21 janvier 1994, *RDI* 1994.248, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

¹⁵³ Le Cahier des clauses administratives générales travaux ou CCAG Travaux, octroie à l'article 19.21 et à la disposition des parties des cas d'extension de temps dans plusieurs hypothèses, comme le changement de la charge de travail, les difficultés imprévues dans la construction : « (l)orsqu'un changement de la masse de travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages, une substitution des ouvrages initialement prévus d'ouvrages différents, une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier, un ajournement de travaux décidé par la personne responsable du marché ou encore un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché, justifie soit une prolongation du délai d'exécution de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux, soit le report du début des travaux, l'importance de la prolongation ou du report est débattue par le maître d'oeuvre .l'entrepreneur, puis elle est soumise à l'approbation de la personne responsable du marché, et la décision prise par celle-ci est notifiée l'entrepreneur par ordre de service ».

¹⁵⁴ Les contrats FIDIC, quant à eux, contiennent une clause d' « extension of time » notamment en cas de changement du cadre du contrat, de changement dans la charge de travail, de conditions climatiques exceptionnelles, de délais non respectés à cause du maître de l'ouvrage ou de son personnel ou d'autres contractants du maître de l'ouvrage présents sur le chantier, de pénurie imprévue de personnel ou de matériel du fait d'actions gouvernementales ...

¹⁵⁵ *Holme c. Guppy*, 150 E.R. au point 1195, (1838) 3 M. & W. 387.

¹⁵⁶ *Wells c. Army & Navy Co-Operative Society*, (1902) 86 L.T. 764 (CA).

¹⁵⁷ *Multiplex Constructions (UK) c. Honeywell Control Systems*, (2007) *EWHC* 447 (TCC), 48.

l'entrepreneur principal les plans de la construction dans les délais impartis¹⁵⁸ ou ne lui avait pas donné accès au site de la construction dans les temps prévus¹⁵⁹, en ne lui fournissant pas suffisamment d'instructions¹⁶⁰ ou de matériaux¹⁶¹. Le « principe de prévention » s'applique dans l'hypothèse dans laquelle même si le maître de l'ouvrage n'avait pas provoqué par son comportement les retards dans les délais, l'entrepreneur principal aurait été incapable de les respecter¹⁶². Les juridictions françaises estiment également que le maître de l'ouvrage demeure responsable du retard dans les délais impartis lorsqu'il a augmenté le volume des travaux, amendé le projet initial, interrompu les travaux sans fixer de date exacte de reprise ...

b. Calcul des nouveaux délais

86. Dans un article précis, le Professeur Peter Rosher a détaillé les méthodes de calcul des nouveaux délais à prévoir au sein des clauses d'« extension of time »¹⁶³. Prenant appui sur le droit anglais de la common law, il a identifié cinq méthodes, la méthode « as-planned versus as-build », la méthode « impacted as-planned », la méthode « collapsed as-build », la méthode « window analysis » et la méthode « time-impact-analysis ». Aucune de ces cinq méthodes n'est prévue en droit français de la construction, au grand dam des constructeurs français.

La méthode « as-planned versus as-build » a pour objet de comparer le travail consenti par le constructeur et le travail actuellement réalisé. Prenant la forme d'un graphique horizontal, cette méthode compare les résultats qui auraient dû être obtenus avec les résultats réellement obtenus. La différence entre ces deux lignes est parfois considérablement visible et il convient ensuite d'expliquer cette différence graphique. Là réside l'inconvénient majeur d'une telle méthode, descriptive des retards, mais non explicative de ces derniers.

La seconde méthode est la méthode « impacted as-planned ». Elle adapte le projet de construction à la réalité des circonstances susceptibles de survenir durant son exécution et d'impacter l'avancement

¹⁵⁸ Roberts c. Bury Commissioners, (1869-70) LR. 5 C.P. 310.

¹⁵⁹ Holme c. Guppy, *préc.* ; Felton c. Wharrie (1906) HBC, vol. 2, 398 ; Rapid Building c. Ealing Family Housing 29 B.L.R. 5.

¹⁶⁰ Peak Construction (Liverpool) Ltd c. McKinney Foundations Ltd 1 B.L.R. 111.

¹⁶¹ Perini Pacific c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (1965) 57 D.L.R. (2d) 307.

¹⁶² S.M.K. Cabinets c. Hili Modern Electrics (1984) VR 391.

¹⁶³ P. ROSHER, *préc.*

des travaux. Les circonstances sont anticipées. Aucun graphique comparatif entre le travail réalisé et le travail qui aurait dû être réalisé dans les délais n'est mis en valeur. La plus grande difficulté réside dans l'appréciation des circonstances susceptibles d'impacter l'exécution d'un projet de construction. Les circonstances sont chacune analysées et si elles sont considérées comme pouvant impacter l'avancement des travaux, alors elles autorisent l'« extension of time » pour chacune d'entre elles spécifiquement.

La méthode « collapsed-as-build » vise à constater le travail effectivement réalisé, point de départ de la méthode et à déduire par la suite les circonstances qui expliquent les retards effectivement constatés. Une analyse prédictive est enclenchée, afin de déterminer comment les travaux auraient avancé sans ces circonstances. Seraient-ils arrivés à terme ? Sans telle ou telle circonstance, les travaux auraient-ils pris fin dans les délais impartis ? A l'instar de la première méthode, un graphique horizontal est dessiné entre les travaux effectivement réalisés en présence d'une circonstance déterminée et les travaux qui auraient dû être réalisés en l'absence de la circonstance. Ce graphique prend la forme de « chemin critique ». En identifiant les circonstances retardant l'avancée des travaux, des délais d'« extension of time » pourront être apposés à celles-ci. La difficulté de la méthode résulte dans l'identification précise de l'avancée des travaux en l'absence de telle ou telle circonstance.

La quatrième méthode est la « window analysis ». Il s'agit d'une analyse séquentielle, pouvant s'apprécier par phase. Le « chemin critique » est apprécié par phase dès la réalisation d'une circonstance particulière. Chaque « fenêtre » comprend les causes d'un délai en identifiant une circonstance et son effet sur les délais.

La dernière méthode est la méthode du « time-impact-analysis ». Il s'agit d'apprécier l'avancement des travaux une fois les retards pris en compte et les circonstances appréciées. Une fois l'impact d'une circonstance estimé, ses conséquences sont reproduites et appliquées à l'exécution du chantier et du planning, nécessitant alors une nouvelle date de fin des travaux.

87. Les clauses d'« extension of time » sont fréquentes dans les contrats allemands. En application du point s.6(2) n° 1 du VOB/B, un entrepreneur principal est disposé à demander une « extension of time » en cas d'obstacles imputés par toutes circonstances causées par le maître de l'ouvrage lui-même, en cas de grèves ou d'émeutes dans la compagnie de l'entrepreneur principal lui-même ou

dans la compagnie du sous-traitant, en cas de force majeure ou en cas de toutes circonstances indépendantes de sa volonté. Aucune définition n'est posée ni au sein du VOB/B ni au sein du BGB sur les circonstances causées par le maître de l'ouvrage, mais des commentaires juridiques tels que les Kapellmann/Messerschmidt en ont listé une quinzaine, notamment les changements ordonnés par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal et non prévus au contrat.

Conclusion §3 : Le non-respect des délais retarde la rentabilité d'une construction et donc, le désintéressement des créanciers. Les incidences sont réelles et génèrent de plus en plus d'intérêts de paiement et des pénalités. Il est essentiel de prévoir, avant l'exécution du contrat de construction et par des stratégies de management des risques, des clauses relatives aux délais supplémentaires avec des méthodes de calcul bien précises. Le droit de la common law est plus exhaustif que le droit civil français, puisqu'il consacre avec concision les hypothèses des délais retardés, prévoit l'estimation des préjudices. Il fixe des méthodes de calcul des nouveaux délais, par voie de graphiques, d'analyses séquentielles, de prises en compte des circonstances du chantier ... Mais les nouveaux délais peuvent être contestés si l'appréciation de la clause de calcul n'a pas été correctement établie.

Conclusion section II : La majorité des contentieux en matière de construction ont trait au paiement des prix, à l'exécution dans les délais et aux travaux supplémentaires engagés. Des clauses ont été édifiées dans la pratique du commerce international, pour sans cesse prévoir et régler les potentiels litiges sur ces questions. Les parties peuvent s'accorder sur les modes de fixation des délais et de calcul des coûts de la construction, sur le paiement conditionné des intervenants, sur les travaux à accomplir et les travaux supplémentaires envisageables ou encore sur des délais nouveaux nécessaires à la construction finale. L'ensemble de ces clauses concourent au management des risques tout en étant sources de contentieux, les clauses pouvant s'apprécier différemment selon les positions des parties. Finalement, le management contractuel ne suffit pas toujours à anticiper toutes les inexécutions contractuelles, dont les sources sont parfois indépendantes de la volonté des parties.

Section III : Force majeure et imprévision

Les événements imprévus dans les chantiers internationaux de construction font partie du paysage commun. Une construction internationale est soumise à des aléas que les parties ne pouvaient pas toujours anticiper dès le stade de la conclusion du contrat. Le contrat de construction doit s'adapter à son environnement, aux données indépendantes de la volonté des parties ainsi qu'à l'évolution du contexte économique. L'étude des clauses de force majeure (§1) précédera celle des clauses d'imprévision (§2).

§1 : Les clauses de force majeure

Les entrepreneurs principaux ne sont pas des héros¹⁶⁴ et ils ne peuvent pas toujours accomplir la construction attendue. Il y a des situations dans lesquelles l'exécution du contrat est impossible et les conséquences de cette impossibilité doivent être anticipées. Il conviendra d'analyser ce qui constitue un événement de force majeure par une analyse comparée, puis les effets de cet événement (exonératoires, suspension, prolongation des délais, résiliation ...). Omniprésentes dans les contrats internationaux de construction et prévues par les contrats FIDICS (1), la question de l'avènement d'une clause-type en la matière se pose (2).

1) Des clauses omniprésentes

88. En common law, il existe plusieurs types de causes au retard dans les délais. Il peut s'agir de « retards non excusables ». L'entrepreneur principal fait subir au maître de l'ouvrage des retards causés par ses torts. De tels retards n'ouvrent pas droit à une extension de temps ou à compensation. Il existe des « retards excusables indemnifiables », autrement dit des retards causés par le comportement du maître de l'ouvrage, ouvrant droit pour l'entrepreneur principal à une extension des délais et compensation des frais. Enfin, il existe les « retards excusables non-indemnifiables », des retards causés ni par le maître de l'ouvrage ni par l'entrepreneur principal et qui n'ouvrent droit qu'à une extension des délais, c'est le cas de la force majeure.

¹⁶⁴ Ph. KAHN, « Force majeure et contrats de longue durée », *JDI* 1975.476.

89. Les questions de responsabilités sont le plus souvent inhibées par l'existence d'une clause de force majeure, puisque le débiteur n'a pas concrètement manqué à ses obligations contractuelles, mais en fut simplement empêché du fait de la survenance d'une cause de force majeure. Il convient de s'assurer que les clauses de force majeure soient limitatives et ne prévoient pas de multiples causes légitimes de suspension du délai de construction, sous peine d'éterniser le chantier. Les obligations essentielles de l'entrepreneur principal ne doivent pas être vidées de leur substance.

Les causes de force majeure sont appelées à être « nécessairement (...) indépendantes de la volonté » du constructeur¹⁶⁵. Une « cause légitime » constitue un événement de force majeure.

90. En principe et les droits nationaux s'accordent majoritairement sur ce point, un cas de force majeure n'entraîne que la suspension du contrat de construction s'il n'entraîne qu'une impossibilité temporaire d'exécuter le contrat. Le contrat est suspendu dans l'attente du retour à son état normal. Mais « la partie concernée devra prendre toute disposition utile pour assurer, dans le plus bref délai, la reprise normale de l'exécution des obligations affectées par la force majeure »¹⁶⁶. Si le cas de force majeure entraîne une impossibilité définitive d'exécuter le contrat, celui-ci pourra être résilié. L'objectif recherché reste d'assurer la survie du contrat. Une sentence CCI a ainsi affirmé que la guerre constituait seulement un cas de suspension temporaire du contrat pour force majeure¹⁶⁷.

91. En pratique, les cas de force majeure les plus traditionnels sont les tremblements de terre, les ouragans ou encore les éruptions volcaniques. Quant à la grève des travailleurs sur un chantier, celle-ci peut-elle être assimilée à un cas de force majeure remplissant le critère de l'extériorité et justifiant le retard dans les délais d'avancement des travaux ? L'employeur ne dispose-t-il pas des moyens visant à mettre un terme à une grève en répondant favorablement aux demandes des salariés et syndicats ? Le droit chinois refuse de reconnaître la grève comme relevant d'un événement de force majeure. Seule une grève générale et imprévue, dans plusieurs droits nationaux comme le droit belge¹⁶⁸, apparente la grève en un cas de force majeure. En droit français, la jurisprudence semble

¹⁶⁵ Cass. civ. 3^e, 11 mars 2015, n° 14-15.425, *Gaz. Pal.* 2 juin 2015, p. 8, note V. ZALEWSKI-SICARD.

¹⁶⁶ Ph. LÉBOULANGER, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, p. 159.

¹⁶⁷ Sent. CCI, n° 1703 (1971).

¹⁶⁸ « Pour que la grève constitue un cas de force majeure, la jurisprudence belge exige habituellement qu'elle soit générale et imprévue ou qu'elle revête un caractère politique », H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 4^e éd., t. 2, 1997, p. 600.

retenir l'exigence d'une grève générale, imprévue et soudaine qui n'a pas été causée par une faute de l'employeur. Le droit français, concernant ce dernier critère, impose à l'employeur de tenter de surmonter les conséquences de la grève, en faisant appel à des sous-traitants notamment¹⁶⁹. Les juges américains sont, pour leur part, plutôt réticents à faire de la grève un événement de force majeure et imposent à l'employeur de répondre aux demandes raisonnables des salariés sous peine de commettre une faute écartant tout recours possible à la notion de force majeure. La seule exception demeure les grèves violentes des salariés¹⁷⁰.

92. En théorie, dans certains contrats FIDIC, les cas politiques de force majeure (embargos, émeutes, insurrections, guerres et actes terroristes) conduisent à accorder aux parties une extension de temps. Par contraste, les cas apolitiques de force majeure (tempêtes, tremblements de terre, catastrophes naturelles ...) peuvent rendre légitime une extension des délais, mais l'entrepreneur principal peut être contraint de verser au maître de l'ouvrage le montant de la clause de liquidated damages, car le maître de l'ouvrage est tenu de respecter les délais pour ses propres créanciers. Les cas apolitiques de force majeure placent l'entrepreneur principal dans une position délicate.

93. Le livre or ne fait pas référence littéralement à la force majeure ; il parle de « risque exceptionnels », tels que les actes de guerre, les actes de rébellions, les actes terroristes, etc. Cette notion de « risque exceptionnel » remplace la notion de « force majeure », ce qui peut s'expliquer par le fait que les rédacteurs et opérateurs utilisant le livre or sont davantage familiers des concepts issus de la common law. Or, la force majeure est un concept de civil law même si des droits de common law en reconnaissent le régime. La liste des événements exceptionnels par le livre or est limitative et se veut complète. L'absence de concept de force majeure est problématique et peut créer de la confusion et conduire à des contentieux entre les parties.

94. La Clause 19 du Livre Rouge FIDIC traite de la force majeure (événements, obligation des parties, conséquences). En application de celle-ci, pour qu'un événement soit considéré comme résultant d'une force majeure, il doit être « beyond a Party's control » ; il doit s'agir d'un événement que les parties n'ont pas pu prévoir avant la conclusion du contrat, inévitable et non imputable à l'une des parties. La force majeure peut être susceptible d'entraîner la nullité du contrat si elle s'installe

¹⁶⁹ 30 janvier 1929, *Gaz. Pal.* 1929, vol. I, p. 410, *Cie des bateaux à vapeur du Nord*.

¹⁷⁰ J. CALAMARI et J. PERILLO, *The Law of Contracts*. St. Paul, West, 5^e éd., 1987, p. 488.

plus de quatre-vingt-quatre jours en continu ou cent quarante jours avec interruptions de plusieurs périodes. La sous-clause 19-1 définit la nature des événements de force majeure en procédant à une liste. La sous-clause 19-2 souligne que ces cas de force majeure empêchent une partie d'exécuter ses obligations contractuelles et mentionne que la partie souffrant d'un événement de force majeure est appelée à notifier dans les quatorze jours de sa survenance l'autre partie.

95. Au sein du livre jaune et du livre argent FIDIC, la clause de force majeure est définie à l'article 19.1 comme « un événement ou une situation exceptionnel ; indépendant de la volonté de la partie ; que cette partie n'aurait pas pu raisonnablement prévoir contre avant la conclusion du contrat ; que cette partie n'aurait pas pu raisonnablement éviter ou surmonter et ; qui n'est pas substantiellement imputable à l'autre partie »¹⁷¹. Les événements de force majeure sont prévus à l'article 8.4 du livre jaune. Il s'agit des variations ou des changements substantiels sur la quantité des travaux, des conditions climatiques exceptionnelles et contraignantes, d'une pénurie de main-d'œuvre et de personnel ou de matériels causée par une épidémie ou une politique gouvernementale ou encore tout retard causé par le maître de l'ouvrage lui-même. Le livre argent, pour sa part, est plus sévère à l'encontre de l'entrepreneur principal, car il ne reconnaît que le premier risque (les variations) et le dernier (l'action dommageable du maître de l'ouvrage).

2) La clause de force majeure : Vers une clause-type ?

96. Si l'impossibilité d'exécuter un contrat international de construction en raison d'un cas de force majeure est définie par la *lex contractus*, le caractère légal de la force majeure, qui n'a pas valeur d'ordre public dans plusieurs législations, n'interdit pas son élargissement¹⁷². Il demeure essentiel que les parties au contrat de construction accordent une importance à la clause de force majeure. Or, la pratique démontre que les clauses de force majeure sont mal rédigées et à l'origine de

¹⁷¹ La sous-clause 19.2 disposant que « si une partie est ou sera empêchée de s'acquitter de l'une quelconque de ses obligations en vertu du contrat de force majeure, elle en informera alors l'autre partie de l'événement ou des circonstances constituant la force majeure et précisera les obligations dont l'exécution est ou sera empêchée. La notification doit être notifiée dans les 14 jours qui suivent l'événement ou les circonstances constitutives de la force majeure. Après notification, la partie sera dispensée de l'exécution de ces obligations tant que la force majeure l'empêchera de les exécuter ».

¹⁷² CA Basse-Terre, 30 novembre 2009, n° 07/01677 ; Cf également P-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n° 177 et s. ; G. DURRY, obs. sous Cass. com., 8 juillet 1981, *RTD civ.* 1982.426 ; A-S. LUCAS-PUGET, « La clause de force majeure », *CCC*, 2015, Formules 2 ; S. GALLAGE-ALWIS et C. TILLIARD, « La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions », *JCP E* 2011.1606 ; J. MESTRE et J-Ch. RODA, « Clause de force majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, p. 397.

contentieux. Dans une enquête publiée en 2015, concernant les causes des différends dans les projets de construction en Europe continentale, il avait été mentionné les cinq premières causes des différends en 2014, en comparaison avec l'année 2013¹⁷³. Il en ressortait que la force majeure était la seconde source de contentieux en 2013 et la quatrième en 2014¹⁷⁴.

Si les parties ne la soumettent à aucun droit national particulier, le risque est que cette clause soit à la merci de droits nationaux restrictifs quant à l'application de celle-ci.

97. Le droit allemand se rapproche du droit français et fait mention d'une « impossibilité contractuelle », contenant d'une part une impossibilité subjective se rapprochant de la théorie de l'imprévision et, d'autre part, une impossibilité objective pouvant se rapprocher de la force majeure. En droit italien, un événement sera qualifié de force majeure dès lors qu'il est extraordinaire, raisonnablement imprévisible pour les parties de le prévoir lors de la conclusion du contrat. La force majeure en droit français a un côté plus personnel, en s'attachant à la personne des contractants, alors que la force majeure en droit anglais est davantage contractuelle en ce qu'elle n'analyse pas la situation des contractants, mais le contrat uniquement. Les juges anglais s'attèlent surtout à étudier si la cause du contrat est toujours présente ou si les fondements de celui-ci se sont trouvés dénaturés par des événements imprévus. Dans le droit traditionnel de la common law, les parties sont obligées de respecter et de remplir leurs engagements contractuels et ce, même si un tel respect est rendu impossible par la survenance de certains événements¹⁷⁵. La seule possibilité pour les parties de se défaire de tels engagements devenus impossibles à tenir est d'insérer dans leur contrat des dispositions visant à les protéger des conséquences de cas d'événements inattendus. La doctrine de la frustration ne fait pas dans la demi-mesure puisqu'une fois qu'un contrat est « frustrated », il est automatiquement et instantanément éteint. En droit de la common law, le concept de force majeure ne sera jamais pris en compte par les tribunaux en l'absence de dispositions contractuelles précises et spécifiques.

98. Les contrats internationaux de construction mettant le plus souvent en relation des contractants de nationalités différentes, pouvant être d'origine civiliste ou « common law-tiste », il paraît

¹⁷³ M. ALLEN, Global construction disputes report 2015, 26 décembre 2017, <https://www.arcadis.com/media/2015.pdf>

¹⁷⁴ *Ibid.* Le classement de 2014 comprenait en première position « Omissions et erreurs dans les documents contractuels », en deuxième position la « mauvaise gestion des contrats », en troisième position le « défaut de procéder à une juste évaluation pour les demandes de délais », en quatrième position donc les « événements de force majeure » et enfin, en cinquième position, le « manque de clarté dans les exigences du client ».

¹⁷⁵ M. THEROUX et A. GROSSE, « Force Majeure in Canadian Law », *ALR* 2011, vol. 49 (2), p. 397.

impérieux de penser à la création d'une clause-type de force majeure. Cette clause-type de force majeure devra intégrer les particularismes de la civil law et de la common law, de sorte que les juridictions, qu'elles soient de civil law ou de common law, l'analyseront et l'appliqueront de la même manière. Un intérêt grandissant peut tendre à l'apparition d'un droit transnational des forces majeures, permettant d'uniformiser les conceptions nationales. D'ailleurs, le concept de force majeure est présent en droit international en faisant partie du droit coutumier international.

99. En l'absence de droit transnational ou de règles matérielles en la matière, les juges compétents se référeront au droit applicable à la clause de force majeure et, dans l'hypothèse où le droit de la common law serait compétent, les contractants s'exposeront à une appréciation rigide de la clause par le jeu des doctrines de l'impossibility et de la frustration. Une clause-type en la matière pourrait être utile, car la force majeure est un concept qui n'est pas vraiment sophistiqué dans les contrats internationaux en ce qu'elle ne constitue pas une cause essentielle pour les parties au moment de la conclusion du contrat. « Normalement, les parties qui négocient un contrat commencent à juste titre par l'attitude positive selon laquelle l'exécution du contrat par les deux parties peut être attendue ainsi qu'une bonne volonté mutuelle en cas de problème. Même discuter de la possibilité que cette attente ne se révèle pas correcte trahit dans une certaine mesure - du moins pour les non-juristes - une approche fondamentalement négative du contrat ou même un élément de méfiance »¹⁷⁶.

100. Cette clause-type devra à la fois identifier les parties au profit desquelles elle est stipulée, son champ d'application, mais également les circonstances de la force majeure, ainsi que le sort des obligations contractuelles et le sort du contrat en lui-même. Deux choix apparaissent pour une clause-type de force majeure, à savoir opter pour une énumération des circonstances et faits constitutifs de la force majeure ou préférer une définition immuable de celle-ci¹⁷⁷. La rédaction d'une clause-type de force majeure conduira avant tout à éluder toutes les généralités de style visant à renvoyer sans cesse à la *lex contractus*, comme la formule « la force majeure sera admise par renvoi à la loi applicable ou à la jurisprudence reconnue ». En cas de liste des circonstances, celle-ci ne devra pas

¹⁷⁶ K. H. BOCKSTIEGEL, *Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in international contracts in Adaptation and Renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer, 1985, p. 161.

¹⁷⁷ Cf B. DUBUISSON, « Les problèmes du long terme », *DPCI* 1973.148 : « (j)e me demande s'il n'y a pas deux façons de rédiger les clauses de force majeure, sur le plan pratique. Dans une première conception, il serait possible de lister un certain nombre d'événements qui, en soi, auraient le caractère de force majeure. Dans une deuxième conception, qui est la conception française, il faut que les événements présentent une certaine qualification, c'est-à-dire qu'ils présentent les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité ». Cf également Ph. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI* 1975.467 et spéc p. 470.

être limitative et cette indication de non-exhaustivité devra être expresse (« seront constitutifs d'une force majeure les événements tels que ... »). La clause-type ne devra pas occulter, ce que font pourtant souvent les parties par négligence, de préciser la procédure de notification relative à la force majeure en précisant les moyens de la notification (lettre recommandée avec accusé-réception ? A qui ? Quand ? Preuve de la notification ? Sanction en cas de non-respect du formalisme de la notification ? Dommages-intérêts ou perte du droit d'invoquer la force majeure ?) Enfin, la clause-type devra faire mention des conséquences de la force majeure (Nullité ? Suspension ? Renégociation ? Résiliation ? En cas de suspension du contrat, combien de temps durera-t-elle et quelles conséquences entraînera-t-elle sur les délais du contrat à respecter ? Quid lorsque le contrat contient une clause « Time is the essence » ? Qui prendra en charge les frais résultant de la suspension ?). Autant de problématiques auxquelles la clause-type de force majeure aura à répondre tout en suscitant l'adhésion de la communauté des affaires.

Conclusion §1 : La stipulation d'une clause de force majeure préserve de la mise en jeu d'un cas de responsabilité. Par un événement indépendant de sa volonté, le débiteur a manqué à ses obligations contractuelles sans qu'il n'en soit responsable. Les cas de force majeure sont traités par l'ensemble des législations nationales, mais aussi par les nomenclatures de contrats-types tels que les contrats FIDICS. En réalité, se faire l'œuvre d'une clause-type et modèle de force majeure est utopique. Les particularismes entre la common law et la civil law demeurent.

Les cas de responsabilités dans les contrats de construction doivent être adaptés au comportement du débiteur fautif. Le contrat de construction doit s'adapter au contexte économique dans lequel il s'insère.

§2 : Les clauses de hardship

Une fois le contrat de construction conclu, subsiste encore la possibilité pour les parties de modifier le prix par une renégociation des conditions contractuelles, par le biais d'une initiative privée ou par une intervention judiciaire ou tierce. Les clauses relatives à l'imprévision ont pour objet de trancher les conséquences d'événements venant modifier profondément l'équilibre d'un contrat en bouleversant ses conditions économiques. Si leur pratique est réelle, ces clauses demeurent controversées (1). Les clauses de hardship pourraient potentiellement contribuer à l'éclosion d'une règle matérielle de l'imprévision (2).

1) Pratique des clauses d'imprévision

Les clauses de hardship adaptent un contrat de construction, mais exposent à certains aléas. Pour autant, les admettre apporte davantage de flexibilité en assurant la survie du contrat (a) et c'est d'ailleurs du fait de cet objectif que certains législateurs et juges nationaux tendent à les invoquer (b).

a. Une pratique débattue, mais justifiée

101. Les contrats internationaux de construction sont des contrats de long terme et sont aisément affectés par les circonstances économiques ou naturelles. Les contrats FIDIC, soumis au droit applicable au contrat de construction, ont pris en considération ce constat pour dégager des principes selon lesquels les parties prenantes à un contrat international de construction sont légitimes à modifier le contrat, à l'adapter sans avoir à recourir à l'intervention d'une tierce personne (juge ou arbitre). Les articles 51 et 52 des Conditions générales FIDIC fixent cette possibilité en permettant aux parties (y compris au représentant du maître de l'ouvrage agissant en son nom) d'adapter le prix au changement des circonstances. L'article 67 des Conditions générales FIDIC permet à l'une des parties d'avoir recours à l'arbitrage en cas de contentieux avec l'autre partie ou avec le représentant du maître de l'ouvrage sur la question.

102. Reconnaître l'imprévision pour réduire les cas de responsabilités dans les contrats internationaux de construction, c'est admettre que les contrats internationaux de construction sont des

« contrats incomplets » par nature¹⁷⁸. Admettre les clauses d'imprévision peut s'expliquer par la recherche de la flexibilité dans les contrats internationaux de construction. Plus que de la flexibilité, il est appelé à parvenir à la conquête de la « flexisécurité » et cet objectif de lier flexibilité et sécurité est bien plus délicat. Or, un risque demeure que l'imprévision se transforme en stratégie du « hold-up », si bien qu'il n'importerait à une partie que de présenter la meilleure offre, en sachant qu'elle pourra, ultérieurement, renégocier le contrat international de construction. La théorie de l'imprévision peut contribuer à l'essor de comportements opportunistes des opérateurs internationaux de la construction comme des faillites stratégiques ou des abandons de concessions prétextés par le refus du rééquilibrage du contrat par le cocontractant.

103. Consacrer l'imprévision dans le contrat principal peut paraître dangereux pour le sous-traité, notamment lorsque celui-ci est transparent et contient une clause de paiement « if and when ». Si l'entrepreneur principal voit son prix être réduit pour l'adapter aux circonstances nouvelles, il risque de ne plus pouvoir payer le prix initialement prévu par le sous-traité au sous-traitant et de ne pouvoir lui verser qu'un prix moindre et proportionnel au prix qu'il a reçu du maître de l'ouvrage. L'imprévision du contrat principal peut, par contagion, affecter le contrat de sous-traitance.

104. En réalité, « (l)es relations économiques internationales sont trop onéreuses à établir, trop compliquées à maintenir et trop dommageables lorsqu'elles s'éteignent prématurément pour que tous les effets ne soient pas entrepris afin d'en permettre l'exécution contre vents et marées »¹⁷⁹. Les contrats internationaux de construction doivent être en mesure d'évoluer pour s'adapter à des situations de fait et à des variables incessantes. La théorie de l'imprévision est appelée à être perçue comme venant en complément et non en opposition à la force obligatoire du contrat, puisqu'elle vient permettre de continuer l'exécution du contrat ; elle le maintient en vie. Du fait des circonstances économiques nouvelles, le contrat n'est plus le même que celui initialement conclu. Il serait injuste d'obliger les parties à respecter un contrat qui ne respecte plus leur volonté d'origine.

¹⁷⁸ M. DEWATRIPONT, « Renegotiation and Information Revelation over Time in Optimal Labor Contracts », *QJE*, 1986, vol. 104, p. 589-620 ; O. HART et J. MOORE, « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica* 1988, vol. 56, p. 509-540.

¹⁷⁹ C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé », *RCADI* 2002, t. 300, p. 193.

105. L'imprévision est un moyen de protéger les constructeurs qui ne peuvent bien souvent pas négocier le prix ferme fixé, car la clause invoquant une fixation ferme du prix n'est finalement le plus souvent qu'une clause préétablie par le maître de l'ouvrage. L'absence de clause d'imprévision nuit à la survie et à la sécurité du contrat. L'intangibilité absolue du contrat peut entraîner fin du chantier là où son adaptation aurait assuré la continuité du contrat et l'achèvement des travaux de construction dans les temps¹⁸⁰. Aujourd'hui, la clause de hardship serait présente dans près de la moitié des contrats internationaux¹⁸¹.

b. Une pratique imposée ?

106. L'absence de clauses de hardship et de renégociation au sein d'un contrat international de construction peut conduire un tribunal à écarter le jeu de l'imprévision. Les tribunaux peuvent estimer qu'en l'absence de telles clauses, il résultait d'une volonté délibérée des parties de ne pas prévoir les conséquences de circonstances exceptionnelles sur l'exécution de leur contrat. Les juges peuvent considérer que les parties sont présumées connaître les risques auxquels elles s'exposent. Une telle analyse est critiquable, car, pour insérer une telle clause dans un contrat international de construction, il faut être deux. Il faut que l'autre partie accepte d'intégrer une clause de renégociation dans le contrat. L'absence d'une clause d'imprévision ne signifie pas forcément que les parties ont entendu d'un commun accord se passer de l'imprévision, mais peut signifier que les parties ne se sont pas entendues d'un commun d'accord pour faire de l'imprévision un principe du contrat. Cette absence d'accord peut parfois résulter d'un rapport de force inégal favorable à l'une des parties déniait vouloir faire de l'imprévision une clause contractuelle.

¹⁸⁰ Par exemple, l'inflation des prix des matériaux de la construction peut considérablement modifier l'équilibre du contrat international de construction. Aux Etats-Unis, l'ouragan Andrew en 1992 a entraîné la destruction de plus de 28.000 habitations, entraînant une augmentation du cours et du prix du bois de près de 17 % et des contre-plaqués de près de 45 %. De même, au début des années 2000 est survenue une crise de l'acier entraînant de fortes tensions liées à des hausses de prix et des complications d'approvisionnement. Le Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie de l'époque estimait que la forte demande chinoise en acier avait provoqué les prémices des fluctuations conjoncturelles, en plus des capacités mondiales insuffisantes de production de l'acier. Les premières victimes collatérales de cette crise de l'acier avaient été les constructeurs, qui avaient vu les prix de l'acier bondir de plus de 50 % en 2004 sur des produits pourtant ordinaires tels que les fers à béton ou les treillis soudés. Dès lors, les chantiers internationaux de construction sont sans cesse assujettis au risque de l'augmentation des prix du marché sur des matériels essentiels à la construction, tel que l'acier ou le bois ou encore le cuivre. Les prix des matériaux, indispensables à la construction, sont susceptibles d'être soumis à l'inflation du marché et de rendre financièrement difficile l'exécution d'une construction. En réponse, des clauses de hardship ont été insérées dans de plus en plus de contrats de construction soumis au droit américain, afin de prévoir la circonstance spécifique de l'impact de l'inflation sur les matériaux de la construction (cf S. ABBATUCCI, B. SABLIER et V. SABLIER, « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *AJDA* 2004.2192).

¹⁸¹ M. ALMEIDA PRADO, *Le Hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, 2003.

107. C'est ainsi qu'à partir de 1987, des tribunaux arbitraux ont été de plus en plus nombreux à admettre le jeu de l'imprévision même en l'absence de clause de hardship ou de renégociation dans le contrat, sur le fondement de la bonne foi. Des arbitres ont jugé qu'il serait manifestement contraire à la bonne foi et abusif de maintenir un contrat tel quel lorsque les circonstances modifient et bouleversent l'équilibre du contrat. Autrement dit, « toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques, et nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire fondé sur la spéculation et le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier », « la renégociation raisonnable est coutumière dans les contrats internationaux »¹⁸². Ainsi, il est appelé à se référer à un seuil à partir duquel l'imprévision devrait pouvoir être invoquée par l'une des parties, même en l'absence de clause de hardship. Concrètement, un changement entraînant une hausse ou une modification de plus de 50 % du coût ou de la valeur d'exécution du contrat doit être susceptible de constituer un bouleversement de l'économie du contrat¹⁸³. Il doit exister un seuil plancher à partir duquel il serait injuste de faire peser le fardeau à l'une des parties au contrat. C'est le concept de « limite de sacrifice »¹⁸⁴, ou de « rigueur injuste »¹⁸⁵.

¹⁸² Sent. CCI, n° 2291, rendue en 1975, Y. DERAÏNS, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1976, vol. 103, p. 989.

¹⁸³ Sent. CCI, n° 2508, rendue en 1976, à propos d'une hausse comprise entre 25 % et 50 % du cours de l'uranium qui a été considérée comme insuffisante pour retenir l'imprévision.

¹⁸⁴ M. BONNELL, *An International Restatement of Contract law*, Transnational Publishers, New-York, 2007, § 130.

¹⁸⁵ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974.794.

2) L'imprévision, une règle matérielle internationale ?

Les droits nationaux n'accordent pas tous les mêmes faveurs à la théorie de l'imprévision (a), rendant délicate l'hypothèse d'une règle matérielle internationale en la matière et ce, malgré la tendance à leur standardisation (b).

a. L'imprévision en droit comparé

108. Les pays de tradition civiliste admettent très majoritairement le recours à la théorie de l'imprévision. Le droit français d'avant-réforme était assez isolé dans son refus de la théorie de l'imprévision¹⁸⁶. Le droit italien autorise l'imprévision¹⁸⁷, tout comme le droit néerlandais¹⁸⁸, le droit grec¹⁸⁹ ou encore le droit suisse¹⁹⁰.

En droit allemand, le nouveau § 313 de 2002 du BGB consacre l'imprévision longtemps reconnue par les juridictions allemandes, en l'assimilant au cas où « les circonstances constituant le fondement

¹⁸⁶ Et ce, même si le droit québécois, par exemple, a suivi le même raisonnement, comme en témoignait l'arrêt Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec, 2014 QCCS. 3590.

¹⁸⁷ Articles 1467 (« (d)ans les contrats à exécution continue ou périodique, ou à exécution différée (1), si l'exécution de l'une des parties est devenue excessivement lourde en raison de la survenance d'événements extraordinaires et imprévisibles (2), la partie qui doit cette exécution peut demander (3) la résiliation du contrat, avec les effets établis par l'article 1458 (4). La résiliation ne peut être demandée si la charge qui en résulte relève du cadre normal du contrat. La partie contre laquelle la résiliation est demandée peut l'éviter en proposant de modifier les termes du contrat de manière équitable ») et 1468 (« (d)ans l'hypothèse envisagée par l'article précédent, s'il s'agit d'un contrat dans lequel une seule des parties a assumé des obligations, celle-ci peut demander une réduction de ses obligations ou une modification des modalités d'exécution, suffisante pour les ramener à l'équité ») du Code civil italien.

¹⁸⁸ Article 6.258 du Code civil néerlandais : « (c)irconstances imprévues : - 1. Sur un droit d'action (action en justice) de l'une des parties à un accord, le tribunal peut modifier les effets juridiques de cet accord ou il peut dissoudre cet accord en tout ou en partie s'il existe des circonstances imprévues d'une telle nature que la partie adverse, selon les normes du caractère raisonnable et équitable, ne peut pas s'attendre à une poursuite inchangée de l'accord. Le tribunal peut modifier ou dissoudre l'accord avec effet rétroactif. - 2. Le tribunal ne peut modifier ni dissoudre l'accord dans la mesure où des circonstances imprévues, eu égard à la nature de l'accord ou à l'opinion commune, doivent subsister pour le compte de la partie qui invoque ces circonstances (...) ».

¹⁸⁹ Article 388 du Code civil grec reconnaît l'imprévision : « (u)n changement de circonstances doit avoir eu lieu, un changement dans les circonstances sur lesquelles, compte tenu de la bonne foi et des usages professionnels, les parties ont fondé la conclusion de leur contrat. Le changement de circonstances doit s'être produit après la conclusion du contrat. Le changement de circonstances doit être dû à des causes qui sont exceptionnelles et imprévues. Les performances de la partie endettée, compte tenu notamment de la contre-performance, doivent être devenues excessivement onéreuses ». « Si les conditions d'application de l'article 388 du code civil grec sont réunies et que la partie pour laquelle l'exécution de l'exécution est devenue excessivement contraignante dépose une requête à cet effet devant le tribunal, ce dernier peut, à sa discrétion, ordonner l'ajustement de la seule performance à la mesure appropriée ou la dissolution du contrat (totalement ou partiellement, quant à sa partie encore non remplie) ».

¹⁹⁰ Article 373 (2) Code des obligations : « (t)outefois, si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, (adapter ou résilier) le contrat ».

du contrat ont radicalement changé après la conclusion de celui-ci », à l'hypothèse où les « considérations essentielles des parties qui ont été le fondement du contrat se révèlent erronées ». Il est prévu la théorie du Wegfall der Geschäftsgrundlage, permettant au juge d'adapter le contrat lorsque le fondement contractuel a disparu. Cette théorie dite du « fondement contractuel » a été élaborée par la jurisprudence au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et permet une adaptation judiciaire du contrat en cas d'imprévision.

En droit allemand, l'imprévision repose sur un bouleversement de la cause. Le § 242 du BGB autorise l'adaptation du contrat quand son maintien aurait produit des résultats intolérables, incompatibles avec le droit et la justice. Pour des raisons d'équité et d'équilibre contractuel, le droit allemand reconnaît au juge le pouvoir de remanier le contenu d'un contrat de construction. Si les juges allemands reconnaissent l'imprévision et peuvent adapter le contrat, le § 313 du BGB n'offre qu'un maigre salut, car la Cour fédérale allemande n'applique que très rarement voire n'a jamais appliqué cette disposition, même dans les rares cas où pourtant, les conditions semblaient remplies. Les juges allemands estiment que la simple perturbation du fondement contractuel ne suffit pas ; il convient que cette perturbation entraîne un risque « insupportable » pour la partie la subissant. Et, lorsque les conditions de l'imprévision sont réunies, le juge allemand peut adapter le contrat mais il ne s'agit pas d'une révision, car l'idée allemande de l'imprévision réside uniquement dans le fait que le contrat présente une lacune¹⁹¹.

109. Les droits de common law accordent à l'intangibilité du contrat la valeur d'une règle de principe. Les juges anglais estiment que, quelle que soit l'évolution des circonstances, le contrat international de construction convient d'être exécuté conformément à ce qui était convenu, sans pouvoir être modifié par le juge. Dès lors, à première vue, le droit anglais ne connaît pas l'imprévision, mais à première vue seulement, car « même si aucun équivalent conceptuel n'existe, il peut y avoir un équivalent fonctionnel »¹⁹². Et, cet équivalent fonctionnel, c'est la « frustration ». Il y a frustration dès lors que l'exécution du contrat devient impossible, alors que la clause contractuelle de force majeure ne met pas nécessairement fin au contrat. La « frustration survient chaque fois que la loi reconnaît que sans défaut de l'une ou l'autre des parties, une obligation

¹⁹¹ P. ANCEL, « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 25-41 ; P. ANCEL et R. WINTGEN, « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 1^{er} juillet 2006, n° 3, p. 897.

¹⁹² Cf M. NILSSON, « La doctrine de la 'frustration' telle qu'admise par la Chambre des Lords dans l'arrêt Davis Contractors Ltd c. Fareham UDC (1956) », *MBDE / Droit des contrats* 2008.

contractuelle ne peut plus être exécutée, parce que les circonstances dans lesquelles l'exécution est demandée en feraient une chose radicalement différente de celle qui a été engagée par le contrat »¹⁹³.

110. Une nuance doit être apportée à la confusion entre l'imprévision et la frustration. L'imprévision n'entraînerait pas l'impossibilité d'exécution, mais simplement une exécution plus difficile et onéreuse. Or, la frustration résulterait de l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat. En droit anglais, la seule conséquence de la frustration demeure la résiliation automatique du contrat. Cela découlait d'ailleurs clairement du Law Reform Frustrated Contracts Act de 1943. Les juges anglais restent fidèles à la tradition du « tout ou rien », soit les parties obtiennent la fin du contrat en cas de frustration établie, soit elles restent tenues d'exécuter le contrat¹⁹⁴. Nonobstant, le droit anglais connaît les clauses de « MAC » (Material adverse change, ou clause de changement significatif défavorable, permettant à une partie de se libérer d'une opération devenue désavantageuse pour elle), les clauses de « break-up fees » (une partie se délie, moyennant indemnisation, de ses obligations, c'est le « prix de la liberté » selon des auteurs), les clauses d'« earn out » et d'ajustement du prix... Ces clauses attestent du pouvoir des parties dans leur contenu du contrat. La révision du contrat par le juge n'est plus nécessaire, car elle peut s'effectuer par les parties l'ayant prévu en amont. Si ces clauses demeurent encore rares dans la pratique, il n'en demeure pas moins que la frustration est un concept plus large que la force majeure, car elle englobe également des cas où le contrat demeure exécutable, mais dont les modifications des circonstances ont provoqué un changement de sa nature¹⁹⁵.

b. Une règle matérielle internationale incertaine

111. Les règles de conflit de lois paraissent inadaptées en la matière s'il est considéré qu'il importe avant tout d'assurer de la flexibilité au contrat international de construction. Le juge saisi pourra-t-il s'écarter d'une *lex contractus* ne prévoyant pas l'imprévision, pour se baser sur des principes liés à l'équité ? A priori, « (...) non, toute considération d'équité est subordonnée à la loi ; le juge doit en

¹⁹³ Davis Contractors Ltd c. Fareham Urban District Council (AC 1956, points 696 et 729).

¹⁹⁴ Cf Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

¹⁹⁵ C'est d'ailleurs ce que témoignait l'affaire Krell c. Henry [1903] 2 KB 740 (1903). Dans cette affaire, les cérémonies de couronnement avaient été annulées en raison de la maladie du nouveau Roi, conduisant l'annulation des locations d'appartement sur le parcours de la cérémonie. Les juges anglais avaient estimé que si le couronnement constituait le fondement de ces contrats, ils étaient toujours exécutables.

faire l'application, alors même qu'elle lui paraîtrait injuste il n'a pas pour mission de juger la loi, il doit juger d'après la loi. Sous ce rapport, les conventions ont la même force que la loi, les parties contractantes se sont obligées à exécuter leurs engagements, elles sont liées comme elles le seraient par une loi (...) »¹⁹⁶.

112. Si la *lex contractus* n'accorde pas le jeu de l'imprévision, pourra-t-il être passé outre cette prohibition en considérant l'imprévision comme une règle matérielle de droit international privé français ?¹⁹⁷ Cette méthode du droit international privé faciliterait la reconnaissance du principe de l'imprévision, en tant que l'une des « normes propres aux rapports internationaux qui édictent directement la solution applicable au fond », « une de ces normes purement matérielles »¹⁹⁸. Les clauses de hardship se standardisent dans les contrats internationaux et s'adaptent aux nécessités du commerce international. Elles formeraient un droit matériel commun des contrats du commerce international. Si les bouleversements économiques des contrats internationaux sont susceptibles d'être plus fréquents que dans les contrats internes, il paraît peu concevable de répondre par l'affirmative à cette interrogation. La théorie de l'imprévision ne fait pas l'unanimité chez les législateurs nationaux. Si toutes les législations nationales conviennent qu'une obligation contractuelle puisse devenir impossible à exécuter ou commercialement infaisable à cause de circonstances extraordinaires, la notion même de « circonstances extraordinaires » ne fait pas consensus.

113. Admettre l'imprévision en tant que principe d'ordre public international paraîtrait tout autant contestable, car elle s'imposerait aux juges internes pour les relations commerciales internationales qui ne l'appliqueraient toujours pas pour les situations internes si leur législation leur interdit. Or, il serait peu usuel qu'un principe d'ordre public international admis par un Etat soit contraire au droit interne de ce même Etat.

Conclusion §2 : L'insertion des clauses d'imprévision dans les contrats internationaux de construction vise à organiser la survie de la relation contractuelle. Si la prise en considération de l'imprévision peut constituer, secondairement, un moyen permettant à l'une des parties d'exécuter

¹⁹⁶ Cass. civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876. I. 193, note A. GIBOULOT.

¹⁹⁷ Cf Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989.305.

¹⁹⁸ Communication de B. OPPETIT, « Le développement des règles matérielles », *Trav. comité fr. DIP*, Journée du cinquantième, hors-série, 1988, p. 121. Cf également J-L. DELVOLVE, « L'imprévision dans les contrats internationaux », *Trav. comité fr. DIP* 1991, vol. 9, p. 147-170 et spéc. p. 158.

ses engagements, elle constitue surtout un complément à la force obligatoire du contrat en le maintenant en vie. Il est délicat d'harmoniser les droits nationaux sur le thème de l'imprévision ou encore de créer une règle matérielle en la matière, puisque tous les Etats ne reconnaissent pas ce mécanisme. Et, même lorsqu'ils le consacrent, certains Etats appliquent l'imprévision à titre de principe, là où d'autres l'appliqueront qu'à titre d'exception. Certains Etats lui attribueront un large champ d'application touchant les contrats à exécution instantanée, là où d'autres Etats le cantonneront au champ réduit des contrats à exécution successive. Les droits nationaux sont si divergents sur la question qu'il n'existe pas de droit transnational de l'imprévision.

Conclusion section III : Clauses types des contrats internationaux de construction, les clauses de force majeure et les clauses d'imprévision cherchent à réduire les cas de responsabilité par une adaptation du contrat aux événements qu'il est amené à subir. L'entrepreneur est généralement responsable et doit assumer les conséquences d'une destruction de l'ouvrage résultant d'une force majeure. Il devra prendre à son compte les dépenses qu'il faudra engager pour la reconstruction de l'ouvrage et sa remise en l'état. La stipulation d'une clause de force majeure au contrat de construction change les perspectives. En application de cette clause, le débiteur est protégé des événements indépendants de sa volonté. Et, par les clauses d'imprévision, le débiteur est préservé d'une évolution des circonstances et du contexte économiques rendant l'exécution du contrat, dans ses dispositions initiales, profondément déséquilibrée entre les parties.

Conclusion chapitre II : Les contrats internationaux de construction se rapprochent dans leur infrastructure globale. Les partenaires se sont habitués à insérer des clauses communes au fil de leurs différents projets de construction. Ces clauses poursuivent un but unique, la continuité des travaux jusqu'à leur achèvement. Qu'elles concernent le règlement pécuniaire des prestations, le détail des travaux et tâches supplémentaires, le respect des délais, elles visent toutes à fixer un cadre à la construction. Les cas de responsabilités sont prévus et les événements indépendants de la volonté des parties sont abordés. Cette typologie des clauses usuelles dans les contrats internationaux de construction ne fait que témoigner de la complexité de ces contrats.

Conclusion partie préliminaire : Les figures contractuelles sont nombreuses dans le secteur international de la construction. Les parties peuvent opter pour un contrat de construction qu'elles personnalisent entre elles ou alors privilégier un contrat-type, un modèle prévu pour leur projet.

Quelle que soit la figure contractuelle en cause, les contractants sont appelés à prévoir par avance les cas d'exécution, les maladroites et les remèdes. Les relations contractuelles en matière de construction internationale sont appelées à être des relations contractuelles aux responsabilités anticipées. Ce management des risques doit être mis en perspective avec l'internationalité de la situation. Dans la quasi-totalité des législations, le droit de la construction est étroitement lié au droit civil, au droit immobilier, au droit social ou encore au droit de l'environnement. Il est en perspective de plusieurs législations et est, par nature, pluridisciplinaire. L'étude du droit applicable doit être précédée de la mise en lumière de l'internationalité d'une opération de construction, car ce n'est que dès lors qu'une activité, quelle qu'elle soit, devient internationale qu'elle ouvre la porte à un choix du droit applicable au contrat. Suivant l'hétérogénéité des relations internationales en matière de construction, le concept d'internationalité n'est pas monolithique. L'internationalité du contrat de construction s'appréciera différemment selon la nature du contrat et l'échelle contractuelle abordée (contrat principal ou sous-traité).

PARTIE I : L'INTERNATIONALITE DES CONTRATS DE CONSTRUCTION

L'élément d'extranéité constitue le cœur de la mise en œuvre des règles de conflit de lois. L'extranéité vient du latin « *extraneus* », étranger, pour ce qui vient de l'extérieur.

A lui seul, le concept d'internationalité est à même de susciter des querelles doctrinales. Le Doyen Batiffol, en 1973, faisait état des difficultés inhérentes à la distinction entre les relations purement internes et les relations spécifiquement internationales¹⁹⁹. Plusieurs critères ont été dégagés pour déterminer l'internationalité d'un contrat. Le critère juridique a d'abord été systématisé. Un contrat est juridiquement international lorsque « par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plusieurs systèmes juridiques »²⁰⁰. Puis, une définition économique du contrat international fut énoncée par le Procureur général Matter, dans ses conclusions dans l'affaire Pélissier du Besset. Un contrat est économiquement international quand il produit « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières, des conséquences dans un pays et dans un autre »²⁰¹. Enfin, par les arrêts Mardelé et Dambicourt, un contrat a été qualifié d'international dès lors qu'il mettait en jeu les « intérêts du commerce international »²⁰². La définition économique du contrat international a encore été affinée pour faire référence à un contrat qui dépasse « le cadre de l'économie interne »²⁰³ ou à « toute opération impliquant des mouvements de biens, services ou un paiement à travers les frontières, ou intéressent l'économie (ou seulement la monnaie) de deux pays au moins ; intéresse par là-même le commerce international »²⁰⁴.

En réalité, internationalité juridique (ce qui rattache le contrat à plusieurs systèmes juridiques par des éléments juridiques comme la nationalité, le domicile ou le siège social, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, la langue du contrat ...) et internationalité économique (pas d'élément d'extranéité rattachant à un autre système juridique, mais il s'agit d'une opération du commerce international dans le processus dans lequel la situation intervient) se complètent plus que ne

¹⁹⁹ H. BATIFFOL, *L'avenir du droit international privé*, Annuaire de l'Institut de droit international, 1973, p. 168 et s.

²⁰⁰ H. BATIFFOL, « Contrats et Conventions », *Rép. intern.*, V^o, n^o 9.

²⁰¹ Cf Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1927, conclusions Procureur général Paul Matter, *DP* 1928.25, note H. CAPITANT.

²⁰² Cass. civ. 19 février 1930, *S.* 1931.1.1, note J-P. NIBOYET.

²⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1934, *DP* 1934. I. 78.

²⁰⁴ Ph. FOUCHARD, « La spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981.449 et s., p. 463 et s.

s'opposent. Comme l'a fait remarquer le Professeur Niboyet, l'une définit « l'internationalité formelle » et l'autre « l'internationalité substantielle »²⁰⁵. Un contrat peut à la fois répondre à la définition juridique et à la définition économique de l'internationalité, en réunissant plusieurs éléments d'extranéité tout en répondant aux intérêts du commerce international.

Comme nous l'avons vu en partie préliminaire, la construction peut faire intervenir plusieurs contrats, à la fois des contrats principaux et des contrats de sous-traitance. L'internationalisation de ces contrats répond à des particularités. Il conviendra d'analyser les éléments permettant de caractériser l'internationalité des contrats de construction dans leur relation principale (Chapitre I) avant d'aborder ceux des contrats de sous-traitance (Chapitre II).

²⁰⁵ Cette position sera d'ailleurs défendue par l'arbitre René-Jean Dupuy, dans la sentence Texaco-Calasiatic, dans laquelle il avait énoncé que les contrats de concession pétrolière litigieux étaient des contrats internationaux, tant « au sens économique en ce qu'ils mettaient en jeu des intérêts du commerce international qu'au sens juridique en ce qu'ils comportaient des éléments de rattachement à divers Etats » (Texaco Overseas Petroleum Company c. Libye, YCA 1979, points 177 et s.).

CHAPITRE I : L'internationalité du contrat de construction dans sa relation principale

Aujourd'hui, deux sortes d'internationalité sont distinguées, une internationalité objective et une internationalité subjective. L'internationalité objective est celle disposant qu'une situation est internationale dès lors qu'elle présente au moins un élément d'extranéité. Autrement dit, au moins un élément de la situation se rattache à un ordre juridique différent. Il peut notamment s'agir de la nationalité différente des parties ou encore d'un lieu d'exécution de la construction située à l'étranger. L'internationalité subjective, pour sa part, est celle selon laquelle une situation est internationale lorsque tous les éléments de la situation se rattache à un seul et même ordre juridique (les parties sont de la même nationalité et la construction n'est pas située à l'étranger ...), mais la situation demeure internationale aux yeux du juge saisi ou d'une loi étrangère applicable au contrat. Ainsi, est internationalement subjective la situation dans laquelle tous les éléments d'une situation se rattachent à la France (le lieu d'exécution de la construction est situé en France et le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal sont français) et où les parties ont saisi un juge allemand ou désigné un droit étranger.

Cette distinction est souvent utilisée par la jurisprudence étatique ou arbitrale et commentée en doctrine. Dès lors, parmi ces deux internationalités et pour *in fine* mettre en œuvre les règles de conflit de lois, convient-il que la situation soit objectivement internationale, ou subjectivement internationale? Si la solution dépendra souvent du texte à appliquer, il suffit généralement que la situation soit subjectivement internationale dans les contrats conclus entre personnes privées (Section I). En présence d'une personne publique, les éléments objectifs d'internationalisation du contrat posent des problématiques particulières (Section II).

Section I : L'internationalité subjective par le contenu du contrat entre personnes privées

114. L'internationalisation subjective du contrat correspond à l'ensemble des actions opérées par les parties qui ont pour visée de rendre un contrat international. En ce qui concerne l'internationalité d'un contrat de construction²⁰⁶, le Professeur Weil a synthétisé une conception selon laquelle il existerait des contrats qui appartiendraient nécessairement à l'ordre juridique international en raison de leur contenu²⁰⁷. Si les critères pour internationaliser automatiquement un contrat de construction ne font pas l'objet d'unanimité²⁰⁸, ils sont souvent énoncés, tels que la présence d'une clause attributive de juridiction, d'une clause d'arbitrage international ou d'un objet qui implique le développement économique de l'Etat ou l'octroi à l'investisseur étranger de droits et d'obligations exorbitants du droit commun²⁰⁹.

115. L'article 1^{er} du Règlement Rome I énonce que la situation est internationale dès lors qu'elle comporte un conflit de lois. De telles situations surviennent lorsque les éléments de la situation ou un seul de ces éléments se localisent dans différents Etats (les parties ont un domicile différent, l'exécution du contrat se situe à l'étranger²¹⁰...). Le conflit de lois naît de liens objectifs présentés par la situation avec plusieurs Etats. Le conflit de lois peut survenir de la volonté des parties, c'est le

²⁰⁶ En l'occurrence en présence d'un Etat partie.

²⁰⁷ P. WEIL, « Droit international et contrats d'Etats », in *Le droit international : unité et diversité - Mélanges Paul Reuter*, Pédone, 1981, p. 545, spéc. p. 580, n° 29. Cf également K-H. BÖCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner Ausländischer Privatunternehmen*, Francfort Athenäum Verlag, 1971 ; H. PAZARCI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères », *RGDIP* 1975.354.

²⁰⁸ J. VERHOEVEN, « Droit international des contrats et droit des gens », *RBDI*, 1978-1979, vol. XIV, p. 209 ; F. RIGAUX, « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. crit. DIP* 1978.435 ; P. MAYER, « Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung) », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 199 s.

²⁰⁹ Pour illustration, dans une sentence *Société d'électricité d'Athènes et du Pirée et autres c. Etat hellénique* du 7 juillet 1966, le critère retenu pour caractériser l'aspect international du contrat était le fait que « les conventions par lesquelles des sociétés étrangères s'engagent à faire certains investissements utiles au développement économique du pays tout en se faisant reconnaître des garanties et des privilèges pour s'assurer un rendement satisfaisant de l'entreprise », citée par P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI* 1969-IV, t. 128, p. 101 et spéc. p. 151.

²¹⁰ A propos du lieu d'exécution de l'objet principal du contrat de construction, à savoir la construction proprement dite, celui-ci pourrait permettre de caractériser avec netteté l'internationalité dudit contrat. Mais, en réalité, des difficultés subsistent en pratique, notamment à propos des contrats exécutés dans un endroit n'appartenant à aucun Etat (par exemple pour la construction de zones d'extraction pétrolières dans les eaux internationales). De surcroît, il existe des hypothèses où il y a plusieurs lieux d'exécution de la construction. Dès lors, si une partie seulement de la construction (de pièces, de matériaux, ...) est réalisée sur le territoire de l'Etat d'origine, tandis que l'autre partie est réalisée à l'étranger, le contrat de construction demeure-t-il international ? Il convient, dans cette situation, d'opérer une graduation des travaux entrepris. Si la majorité des travaux est exécutée à l'étranger, alors le contrat de construction sera international dans sa généralité. A l'inverse, si la majorité des travaux sont exécutés sur le territoire de l'Etat d'origine et dès lors qu'il est considéré que la nationalité du cocontractant constructeur n'est pas un élément d'extranéité suffisamment fiable pour rendre une situation internationale, alors le contrat ne serait pas international.

cas si les parties conviennent d'une clause d'*electio juris*, de choix de loi. Dans cette hypothèse, la manifestation de volonté suffit à générer un conflit de lois. Par conséquent, le Règlement Rome I n'exige pas une situation objectivement internationale. Un contrat monocalisé peut devenir international par le seul choix d'une loi étrangère par les parties.

116. Dans le fond, une telle disposition doit être discutée, car fondamentalement il serait question d'un contrat interne qui ne deviendrait international que par le recours à une clause d'*electio juris*. En réalité, la difficulté vient du fait que le Règlement Rome I ne donne pas de définition du contrat international. L'article 1 § 1 du Règlement Rome I dit ne s'appliquer que dans les situations présentant un conflit de lois ; il ne dit pas s'appliquer en présence d'un contrat international. Aucun critère d'internationalité ne doit alors être mis à l'écart. C'est pourquoi « le caractère international d'un contrat ne se déduit donc pas forcément de sa 'plurilocalisation' »²¹¹.

117. En droit positif français, la jurisprudence s'est penchée sur la question de l'internationalisation d'un contrat par le seul recours à une clause attributive de juridiction. Dans un arrêt Keller du 4 octobre 2005, la Première Chambre civile de la Cour de cassation avait constaté qu'une clause attributive de juridiction désignait les tribunaux français et que par conséquent, les parties n'avaient pas entendu donner à la situation un caractère international²¹². Référence avait été faite à l'internationalité subjective, c'est-à-dire à l'internationalité conférée par les parties, la Cour de cassation énonçant que « dans la commune volonté des parties, la situation n'avait pas de caractère international ». Une telle approche doit être contestée. Il ne devrait pas revenir aux parties de se positionner dans un espace international. L'internationalité subjective manque de pertinence, tout simplement car ce n'est pas parce qu'une clause attributive de juridiction désigne les tribunaux français que les parties ont eu l'intention de conclure un contrat interne. En effet, le propre d'un contrat international est justement de permettre le jeu d'une clause attributive de juridiction en faveur d'un juge interne ou étranger. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait même estimé que le domicile à l'étranger de l'un des contractants ne suffisait pas à rendre le contrat international, alors même qu'il s'agissait d'une solution plutôt traditionnelle. La Cour de cassation réitérera sa position, dans un arrêt du 30 janvier 2013, cette fois à propos de l'article 17 de la Convention de Lugano du 16 septembre

²¹¹ Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris X, 2000, n° 92.

²¹² Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, Sté Keller Grundbau GmbH c/ EDF n° 02-12.959 ; *JCP G* 2005, act. 571 ; *Procédures* 2006, comm. 79, obs. C. NOURISSAT. *RTD com.* 2006. 252, obs. Ph. DELEBECQUE, *D.* 2005.2626, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2006.413, note M. AUDIT, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation ».

1988, en censurant un arrêt d'appel qui avait refusé de faire jouer une clause attributive de juridiction au motif que le seul élément d'extranéité était la résidence en Suisse de l'une des parties²¹³.

118. Ainsi, « la Cour de cassation autorise finalement les parties à qualifier pour elles-mêmes la nature de la situation et à tout le moins à transformer par la force de leur volonté une situation objectivement internationale en une situation interne ». Il s'agissait d'une approche inappropriée, la qualification d'une situation juridique « demeure une opération intellectuelle qui reste en dernier lieu l'apanage du juge »²¹⁴.

119. Finalement, le droit positif français a évolué. Dans un arrêt du 23 septembre 2014, la Cour de cassation a repoussé l'approche subjective et refusé tout rôle à la volonté subjective²¹⁵. L'internationalité consacrée est juridique, les juges du droit se fondant sur la théorie de localisation pour rechercher les éléments objectifs pouvant faire naître l'internationalité. Ce faisant, la Cour de cassation a affirmé que « l'article 23 du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles) reconnaît la validité de la clause attributive de juridiction aux seules conditions que l'une des parties au moins soient domicilié sur le territoire d'un Etat membre et que la juridiction désignée soit celle d'un Etat membre : qu'ayant constaté que les parties étaient domiciliées sur le territoire d'Etats membres différents, la Cour d'appel a, par ce seul motif, fait ressortir un élément d'extranéité suffisant à établir le caractère international du contrat, légalement justifié sa décision ». Désormais, l'internationalité d'une situation est caractérisée par le simple fait que les parties aient leur domicile dans des Etats membres différents. La conception retenue de l'internationalité est large et souple.

²¹³ Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 2013, n° 11-24.723, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *D.* 2013.372.

²¹⁴ M. AUDIT, note sous l'arrêt Keller, *préc.*, p. 422. ; M-E. ANCEL, « L'internationalité à la lumière de la convention d'electio fori », in P. COURBE et M-L. DEMEESTER, *Le Monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 21 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON et M.E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2018, 6^e éd., p. 126, n° 133 et cf J-M. JACQUET, *JDI* 2006, comm. 4, p. 176-177, note sous l'arrêt Keller.

²¹⁵ Cass. com., 23 septembre 2014, n° 12-26.585, *D.* 2014, note X. DELPECH, « Clause attributive de juridiction dans les relations internationales : appréciation de l'internationalité du contrat ». En l'espèce, une société avait exercé une action en contredit après avoir été poursuivie par une société anglaise au titre de la garantie d'éviction émanant d'un contrat de cession de droits sociaux. Le demandeur au pourvoi avait cédé à la société anglaise les actions d'une société française. Le demandeur au pourvoi était domicilié en France. Selon lui, la clause attributive de juridiction de l'acte de cession n'était pas valable, car le contrat n'était pas international dans l'intention des parties et il estimait que la domiciliation des parties dans des Etats membres différents n'était pas suffisante à caractériser l'internationalité. Dans le fond, le demandeur au pourvoi reprenait la position émise par la Cour de cassation le 4 octobre 2005, en considérant que l'article 17 de la Convention de Bruxelles, identique à l'article 23 du Règlement Bruxelles I, n'était pas applicable si le seul élément d'extranéité consistait dans la domiciliation étrangère de l'une des parties.

Même si tous les éléments de la situation sont en France, il suffit que le domicile ou le siège de l'une des parties soit situé à l'étranger pour que la situation soit internationale.

120. Ce revirement de jurisprudence était espéré, car l'article 23 ne comporte pas de conditions particulières sur l'internationalité²¹⁶. En l'espèce, la clause attributive de juridiction répondait aux deux conditions de validité de l'article 23, l'une des parties au moins avait son domicile dans un Etat-membre et la juridiction désignée était celle d'un Etat-membre. Outre une solution conforme à l'article 23, la position du droit français entre en adéquation avec celle retenue par la jurisprudence européenne. Déjà à propos de la Convention de Bruxelles, la CJCE avait affirmé que le « fond du litige » et « le domicile respectif des parties au litige » constituaient des éléments d'extranéités suffisants²¹⁷, avant de réitérer sa position à propos du Règlement Bruxelles I²¹⁸. La conception objective de l'internationalité, faite par référence à l'application purement littérale de l'article 23 du Règlement Bruxelles I pour subordonner la validité de la clause attributive de juridiction « aux seules conditions que l'une des parties au moins soit domiciliée sur le territoire d'un Etat membre et que la compétence désignée soit celle d'un Etat membre », est privilégiée²¹⁹.

121. En définitive, si l'article 3 du Règlement Rome I envisage bien la possibilité d'application dudit règlement à un contrat purement interne, le paragraphe 3 réduit la portée de la volonté des parties. En effet, l'article 3 § 3 du Règlement Rome I dispose que lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul pays et qu'une loi étrangère a été choisie, ce choix ne pourra pas porter atteinte aux dispositions impératives de la loi normalement compétente. Il faut lutter contre des contrats qui sont manifestement des contrats de droit interne en application de l'analyse juridique ou de l'analyse économique, mais qui, malgré tout, seront des contrats internationaux. C'est notamment le cas lorsque les parties désignent un droit étranger applicable, un juge étranger ou lorsque des actionnaires internationaux financent ou participent au paiement du prix ou encore lorsque le contrat a été conclu à la suite d'une procédure d'appel d'offres internationale (internationalisation imparfaite qui devrait être rejetée). Or, dans de telles situations, le contrat n'est objectivement pas international.

²¹⁶ Cf Cass. com., 23 septembre 2014, *Rev. soc* 2015.128, note M. MENJUCQ, « Clause attributive de juridiction et caractère international d'une cession d'action ».

²¹⁷ CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu c. Jackson*, aff. C-281/02, *D.* 2006.1259, obs. C. NOURISSAT.

²¹⁸ CJUE, 17 novembre 2011, *Hypoteční banka a.s. contre Udo Mike Lindner*, aff. C-327/10, *D.* 2011.2876.

²¹⁹ Cette solution vaut également en cas de domiciliation des parties respectivement dans un Etat membre de l'Union européenne et dans un Etat tiers à l'Union européenne. Le Règlement Bruxelles I révisé du 12 décembre 2012, par le nouvel article 25 remplaçant l'ancien article 23, a supprimé la condition tenant au domicile de l'une des parties au moins sur le territoire d'un Etat membre.

Conclusion section I : L'internationalité d'un contrat conclu entre deux personnes privées est régie par le Règlement Rome I. Le contrat est international dès lors qu'il présente une situation de conflit de lois. Le choix d'une loi étrangère par les parties peut rendre international leur contrat, tout comme une différence de nationalité entre elles ou une exécution de la majeure partie du contrat à l'étranger. Une situation objectivement internationale n'est pas réclamée par le Règlement Rome I. Cette approche a mérité d'être discutée. Par l'internationalité subjective, il est fait état de contrats de construction qui sont « internationaux » sans vraiment l'être. Il s'agit parfois, ni plus ni moins, de contrats simplement dotés d'une apparence d'internationalité. La stipulation au contrat d'une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger ou d'une clause de choix de loi désignant un droit étranger ne doit pas suffire à internationaliser un contrat. Et puisque les critères énoncés pour internationaliser automatiquement et subjectivement un contrat de construction ne font pas l'objet de consensus²²⁰, une autre approche doit être abordée, celle de la conception objective de l'internationalité. Par cette conception, il est rappelé la différence entre l'ordre juridique de base (sans intervention de la volonté des parties) et le droit de renvoi (choisi par les parties).

Section II : Les incertitudes de l'internationalité objective en présence d'une personne publique

La doctrine tend traditionnellement à différencier divers rapports dans les connexions du commerce international, parmi lesquels les relations privées internationales, les relations transnationales et les relations transfrontalières. Les relations transnationales placent en rapport une personne privée avec une personne publique. Les relations transfrontalières mettent en cause deux Etats voisins et se rapprochent du droit international public²²¹. Les contrats de construction peuvent faire intervenir des contractants privés et des contractants publics. Selon la nature du contrat, l'internationalité se concrétisera différemment, qu'il s'agisse d'une relation contractuelle établie entre une personne publique et une personne privée (§1) ou entre personnes publiques (§2). Il convient de souligner qu'il a volontairement été choisi d'écarter les contrats conclus entre personnes publiques de l'étude antérieure de la typologie des contrats internationaux de construction, puisqu'il s'agit d'une forme contractuelle peu observée en pratique.

²²⁰ J. VERHOEVEN, *préc.*, p. 209 ; F. RIGAUX, *préc.*, p. 435 ; P. MAYER, *préc.*, p. 199 s.

²²¹ Cf J. VERHOEVEN, « Traités ou contrats entre Etats ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *JDI* 1984.5 et s.

§1 : L'internationalité dans un contrat entre une personne publique et une personne privée

Les marchés publics internationaux sont les accords selon lesquels le pouvoir public conclut un accord avec un partenaire privé, en vue d'obtenir son apport à la planification ou à d'autres missions de la politique économique. Ces contrats doivent, au préalable et pour être reconnus comme administratifs, réunir deux critères cumulatifs : la présence d'une personne publique (critère subjectif) et la participation à un service public ou à l'intérêt général (critère objectif)²²². Il est délicat de déterminer la notion de contrat administratif international, puisque celle-ci emprunte deux qualifications qui ont longtemps semblé inconciliables, à savoir la qualification administrative et la qualification internationale du contrat. Il est complexe de trouver une zone de cohabitation entre les exigences de protection des opérateurs du commerce international et les prérogatives des contractants publics. Les contrats publics tendent à une profonde mutation vers toujours plus d'internationalisation. L'internationalisation a touché les contrats administratifs tout comme les contrats administratifs ont publicisé le contrat international privé²²³.

Pour qu'un contrat de construction passé entre un Etat ou l'une de ses émanations et une personne privée soit international, encore convient-il que la personne privée contracte avec une personne publique qui lui est étrangère. Il est parfois difficile de s'entendre sur la notion même d'émanations de l'Etat ou sur la notion de l'Etat lui-même. Il est rare qu'une personne publique s'engage pour une construction localisée à l'étranger, mais davantage fréquent qu'elle fasse appel à un constructeur étranger, disposant de compétences qu'un constructeur national ne possède pas, pour une construction située sur son territoire. Le principal élément objectif d'internationalité du contrat de construction réside dans la nationalité étrangère du constructeur privé (ou son siège social ou principal établissement). L'étude de la caractérisation de la personne publique (1) précédera l'analyse de la qualité étrangère du cocontractant (2).

²²² Ces contrats « portent sur la construction de complexe industriel et s'accompagnent d'accords d'assistance technique, dont fait partie la commercialisation de ressources naturelles. Ces contrats tentent de régler l'ensemble des rapports susceptibles de naître entre les deux contractants. Ils se présentent sous forme juridique standardisée, marquée par la présence de clauses financières, économiques et juridiques, et permettent l'usage de divers droits et privilèges exorbitants inhabituels » (J-P. REGLI, *Contrats entre Etat et personnes privées étrangères*, thèse dactyl., Université de Lausanne 1989, p. 19).

²²³ R. WAKED, « La notion de contrat administratif international », *Petites affiches* 14 décembre 2012, n° 4, p. 6.

1) L'identification de l'autorité adjudicatrice

122. Un Etat porte une casquette commerciale et est d'ailleurs assimilé, par les administrativistes, à une véritable entreprise territoriale. Cette conception duale de l'Etat n'est pas novatrice et a fait l'objet de nombreux commentaires²²⁴. « Marchés publics étrangers », « marchés publics internationaux », « partenariats publics-privés internationaux » ... Peu important l'appellation retenue, toutes mettent en exergue un élément d'extranéité (par le qualificatif d' « étranger » ou d' « internationaux ») et renvoient au droit international. Ces appellations mettent également en évidence la qualité de l'Etat ou de ses démembrements, comme l'atteste l'adjectif « public ».

123. L'identification de l'autorité adjudicatrice est parfois complexe. Quid si l'Etat contractant n'est pas reconnu comme un Etat par les juges saisis du litige ? Cette situation est peu fréquente, mais peut survenir, notamment pour les contrats de construction conclus avec la Palestine. Comment qualifier un tel contrat et quelle qualité juridique accorder à cet Etat majoritairement non-reconnu en tant qu'Etat ? Le contrat demeure-t-il un contrat de travaux publics ? La réponse doit être affirmative, car même s'il n'est pas reconnu comme Etat par le juge saisi, il agit dans son ordre interne en tant que tel par l'exercice de sa souveraineté et n'est pas assimilable du tout à une personne privée. Il est l'émanation d'un Etat en sommeil, en construction²²⁵.

124. Malgré cette réflexion aux hypothèses pratiques peu fréquentes, la définition de l'Etat pose surtout des difficultés concernant la détermination des organes de l'Etat susceptibles de contracter dans le cadre de relations économiques internationales. Comment s'entendre sur la notion d' « émanations de l'Etat » ? Il n'existe pas de définition juridique de l'émanation. La théorie de l'émanation permet de considérer que « derrière un organisme public, une entreprise publique ou parapublique, même dotée d'une personnalité morale autonome, se dissimule en réalité l'Etat étranger

²²⁴ Dionisio Anzilotti distinguait déjà l'Etat en tant que sujet de droit international public (l'Etat souverain, maître du pouvoir normatif) et sujet de droit interne (D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, trad. Gilbert Gidel, Sirey, 1929, rééd. Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 52-55).

²²⁵ B. BARRAUD, *L'Etat-Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logique juridique, 2015, p. 440 ; l'Etat de droit est « la figure imposée de l'organisation politique » (J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2017, coll. Droit et société, 5^e éd., p. 24), il a force légitime et est doté d'institutions. Mais il est juridiquement que « secondairement, temporellement et en termes d'importance, puisque cette réalité juridique est liée à la réalité sociale, psychologique, symbolique et politique qui, elle, est première (...). L'Etat est avant tout la source de la rationalité sociale, l'expression de l'intérêt général et l'instrument de la volonté générale (...) et le juridique n'apparaît qu'en second lieu, après le politique et le social. En définitive, l'Etat est un tout qui ne peut exister en partie ; il ne peut y avoir d'Etat que juridique comme il ne peut y avoir d'Etat que social, symbolique ou politique » (B. BARRAUD, *op. cit.*, p. VI).

lui-même »²²⁶. Le rôle de la jurisprudence a été essentiel et celle-ci s'est satisfaite de la méthode du faisceau d'indices²²⁷. Une émanation d'un Etat est une entité qui ne dispose pas d'une indépendance fonctionnelle à l'égard d'un Etat qui lui permettrait d'être dotée d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de cet Etat²²⁸. La Convention de Washington du 18 mars 1965 créant le CIRDI énonçait bien, à son article 25, que l'arbitrage est possible pour les Etats ou « collectivités publiques » ou « organismes publics dépendants de l'Etat ». De même, la Résolution de l'Institut de droit international à la session de Saint-Jacques de Compostelle des 5 et 13 septembre 1985 admettait l'arbitrage entre « Etats, entreprises d'Etats ou entités publiques et entreprises étrangères ». Il existe différentes catégories d'émanations de l'Etat.

125. Très proches de l'Etat, les organes institutionnels se confondent avec lui en ce qu'ils constituent un élément de l'Etat. L'imputation d'un contrat de construction convient d'être attribuée à l'Etat, pour pouvoir engager sa responsabilité internationale. En application d'une approche extensive, seront assimilées à l'Etat toutes les autorités gouvernementales ou ministérielles de celui-ci. En ce sens, la Cour Permanente de Justice Internationale, dans un avis *Colons allemands en Pologne* du 10 septembre 1923, a rappelé que « les Etats ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants »²²⁹. L'article 4 des articles de la commission de droit international disposait également que « le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce l'une des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat »²³⁰. Par conséquent, la qualité d'organes de l'Etat pourrait être attribuée à des premiers ministres, à des ministres, à des tribunaux judiciaires ou administratifs, à des collectivités territoriales ...

²²⁶ M. AUDIT, « L'exécution de la sentence et la notion d'émanation de l'Etat défendeur », note sous CA Paris, 8^e Ch. 1^{er} septembre 2005, *Rev. arb.* 2006, n° 1, p. 223.

²²⁷ Cf Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2007, *Société nationale des hydrocarbures camerounaises*, n° 04-15.388, *Bull. civ. I*, n° 351. La société « n'était pas statutairement dans une indépendance fonctionnelle suffisante pour bénéficier d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de l'Etat », car il y avait détention du capital de la société par l'Etat, gestion des intérêts de la société par l'Etat et versement partiel des revenus à l'Etat. Du fait de tous ces défauts d'autonomie, cette société avait été assimilée à une émanation de l'Etat.

²²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, *Société Nationale des Pétroles du Congo*, n° 04-13.107.

²²⁹ Série B : Rec. des avis consultatifs (1923-1930).

²³⁰ Cf J-M. LONCLE et J-B. MOREL, « Emanation of States and ICSID Arbitration », *RDAI* 2008, vol. I, p. 29-51 et spéc. p. 34.

Parmi ces organes institutionnels se trouvent également les Parlements nationaux, les instances exécutoires ou encore les juridictions. « Le comportement d'un organe de l'État doit être considéré comme un acte de cet État en droit international, que l'organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou toute autre »²³¹. En ce sens, la CJUE a déjà retenu la responsabilité d'un Etat membre pour un acte causé par une Assemblée parlementaire en considérant que « la responsabilité d'un État membre au titre de l'article 169 est engagée quelle que soit l'agence de l'État dont l'action ou l'inaction est la cause du manquement à son obligation, même dans le cas d'une institution constitutionnellement indépendante »²³². L'entité doit être une émanation de l'Etat, mais encore faut-il qu'elle n'ait pas agi *ultra vires*, au-delà de son champ de compétence ou contre la mission qui lui a été confiée.

126. Outre les organes institutionnels, les entreprises publiques sont des émanations des Etats. Une entreprise publique, contrôlée par un Etat, s'assimile par supputation à l'Etat lui-même. En 1946, une proposition d'un statut général des entreprises publiques avait précisé en son article premier que « l'entreprise publique est un organisme doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, auquel l'Etat transfère, au nom de la Nation, la propriété ou la gérance d'une exploitation commerciale ou industrielle. L'entreprise publique ne peut être instituée que par une loi. L'entreprise publique constitue une unité économique séparée possédant un patrimoine distinct dont l'administration et la gestion sont soustraites à l'application des règles domaniales (...) »²³³. Cette définition excluait la société d'économie mixte dont l'Etat n'est pas l'actionnaire majoritaire sauf s'il exerce une influence prédominante aux yeux du juge. Une nouvelle définition de l'entreprise publique sera posée en 1960. Est entreprise publique « toute entreprise dans laquelle l'Etat, les collectivités ou établissements publics, les autres entreprises publiques, sont propriétaires, séparément ou ensemble, directement ou indirectement, d'une part de capital social dont l'importance – soit excède la moitié du capital de l'entreprise – soit, tout en restant minoritaire dans le capital de l'entreprise, permet du seul fait de sons existence, ou en se conjuguant avec des droits spécifiques à la puissance publique, de disposer d'un pouvoir effectif dans l'entreprise ». Trois critères avaient été posés : la personnalité juridique, l'autonomie financière et le rôle prépondérant de l'Etat généralement par un apport en capital.

²³¹ Cf les articles 4 et 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, Résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

²³² CJCE, 5 mai 1970, *Commission des communautés européennes c. Royaume de Belgique*, aff. C-77/69.

²³³ M. VIRALLY, « Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques : Entreprises publiques et Etablissements publics », *La Revue administrative* juillet-août 1950, n° 16, p. 355-366 ; F. CHEVALLIER, « Les entreprises publiques en France », *La Documentation française* 9 mars 1979.

Puis, l'article 11-2 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 a énoncé qu' « est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui le régissent ». Cette définition correspond à celle posée à l'article 2 de la Directive 80/723/CEE de la Communication du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques et la jurisprudence communautaire²³⁴. Dans les années 1970, les Directives en la matière énonçaient que seuls l'Etat et les personnes morales de droit public (collectivités territoriales, établissements publics administratifs à l'exclusion des entreprises publiques ...) pouvaient être qualifiés de « pouvoirs adjudicateurs ». C'était notamment le cas de la Directive 71/305 relative aux marchés publics de travaux ou encore de la Directive 77/62 sur les marchés publics de fournitures. La situation a évolué avec l'Acte unique européen et avec la Directive travaux de 1989 ouvrant la porte aux « personnes privées non concessionnaires bénéficiant d'un financement public majoritaire ». Plusieurs Directives adoptées dans les années 1990 sont allées dans le même sens.

A l'instar d'une entreprise privée, l'entreprise publique est une personne morale dotée d'un patrimoine affecté à un but, celui de produire des biens ou des services²³⁵. La problématique demeure dans le fait que ces entreprises publiques répondent à une logique managériale qui commande une autonomie de fonctionnement de plus en plus grandissante tandis que, dans le même temps, l'Etat est frappé par le besoin continu de contrôler l'utilisation des fonds qu'il leur attribue²³⁶. Ainsi, la relation entre un Etat et son entreprise publique répond à une logique organisationnelle et dynamique et fonctionne comme un cycle. Au moment de la création de l'entreprise publique, les relations sont coopératives et les objectifs confondus puis, la logique managériale et les besoins de contrôle s'affrontent²³⁷.

²³⁴ CJCE, 16 mai 2002, *France c. Commission*, aff. C-482/99, *AJDA* 2002.1122, chron. J-M. BELORGEY, S. GERVASONI et Ch. LAMBERT.

²³⁵ Comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans un arrêt rendu le 18 janvier 1980, min. du travail c/ Fédération des cadres de la chimie, *Dr. soc.* 1980.328 concl Ph. DONDOUX, et cf J-P. BUFFELAN-LANORE, « L'entreprise publique perdue et retrouvée », *Petites affiches* 11 août 1995, n° 96, p. 4.

²³⁶ T. HAFSI, « Partenariats public-privé et management de la complexité : Les nouveaux défis de l'Etat », *RFAP* 2009/2, n° 130, p. 337 à 348 et spéc. p. 338 et cf S. NORA et Groupe de travail du Comité interministériel des entreprises publiques, « Rapport sur les entreprises publiques », *La Documentation française* 1967.

²³⁷ T. HAFSI et Ch. KOEING, « The State-SOE relationships : Some patterns », *JMS*, mai 1988 et cf Y. AHARONI, *The Evolution and management of State-Owned enterprises*, Cambridge, MA, Ballinger, 1986. Cf Cass. com., 5 février 1991,

2) La qualité étrangère du cocontractant

Dans un contexte de mondialisation renforcée, il devient de plus en plus délicat de rattacher une entreprise privée à un pays. L'économie s'internationalisant, les personnes privées, physiques ou morales, ont été incitées à se développer dans plusieurs Etats à la fois, si bien que le critère de la nationalité est devenu trop restrictif et englobant (a). Aujourd'hui, pour accroître ses chances d'obtenir un marché, un constructeur privé étranger n'hésitera pas à intégrer ou à constituer un consortium intégrant des entreprises locales, ouvrant des réflexions sur le critère de la nationalité à retenir (b). Et l'un des inconvénients majeurs du critère de la nationalité ou du caractère étranger du siège ou établissement principal du constructeur, tient au fait qu'une partie peut avoir en face d'elle un contractant soumis à de multiples passeports. La qualité de la société se chargeant véritablement de la construction peut être si nébuleuse que des tentatives de nationality planning peuvent s'opérer (c).

a. Un critère contesté

127. Un constructeur verra son contrat de construction être international dès lors qu'il est conclu avec un Etat, ou l'une de ses émanations, étranger²³⁸. La pénétration de l'internationalité dans un contrat administratif s'effectue par une internationalisation privée du contrat²³⁹. Face à l'internationalisation des échanges, de plus en plus de marchés publics se sont ouverts à la

Bull. civ. IV, n° 52, *Rev. soc.* 1991.741, note M. DEBENE : « (a) attendu qu'en se déterminant par de tels motifs sans rechercher si la proportion des capitaux privés par rapport aux capitaux publics dans le capital de la société FFF excluait l'exercice par une collectivité publique d'un contrôle effectif de cette société, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

²³⁸ La reconnaissance des contrats administratifs internationaux a été consacrée dans la décision INSERM du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 (TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *Rec.* p. 580 ; *RFDA* 2010.959, concl. M. GUYOMARD et note P. DELVOLVE, p. 971 ; note M. LAZOUZI, *RCDIP* 2010.653 ; *AJDA* 2010.1047 et s., étude P. CASSIA et p. 2337, tribune P. CASSIA ; *D.* 2010.2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI* 2010, p. 551 ; *RTD com.* 2010.525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMARD ; *JCP G* 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron. 644, comm. 12, J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.* 2010.275, concl. M. GUYOMARD). Cette décision est si fondamentale qu'elle est classée « au rang des grands arrêts de la jurisprudence », en faisant rentrer dans le droit positif la notion de contrat administratif international (M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux », *Rev. arb.* 2010, n° 2, p. 265).

²³⁹ S. LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'Administration*, LGDJ, 2005, § 160 : « (c)'est aujourd'hui un fait que les personnes publiques internes peuvent contracter au plan international. Elles occupent aujourd'hui, dans le jeu contractuel international, une place centrale qui ne permet pas de les ignorer ».

concurrence internationale et sont obtenus par des acteurs économiques ayant une nationalité différente de celle du pouvoir adjudicateur.

128. Si la notion de nationalité n'a pas été définie par le droit français, alors que le législateur en fait l'usage²⁴⁰, elle peut se caractériser par « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive de l'Etat »²⁴¹. Dans la pratique, les constructeurs, dans les contrats administratifs internationaux, sont le plus souvent des personnes morales.

129. Deux doctrines se sont affrontées sur l'existence même du concept de nationalité d'une personne morale. Une thèse favorable, dirigée par le Professeur Léon Mazeaud, s'inscrivait dans la théorie de la réalité, selon laquelle les personnes morales ne sont pas que de simples créations de l'esprit, elles sont des réalités indépendantes des individus qui les composent²⁴². Elles possèdent des attributs propres et des prérogatives analogues de celles des personnes physiques, notamment la nationalité. La seule différence notable réside dans le fait qu'il n'y a pas de droit du sang comme référence.

La thèse défavorable, notamment menée par le Professeur Niboyet, était partisane de la théorie de la fiction, selon laquelle la personne morale est une fiction ne pouvant être dotée de nationalité, la nationalité se définissant avant tout comme un rapport d'allégeance politique à un Etat²⁴³. La théorie de la réalité l'a finalement emporté et la Cour de cassation évoque aujourd'hui, sans équivoque, la nationalité des sociétés.

130. Certes, s'il était question de se rattacher à la définition du droit international privé communément admise pour la nationalité des individus, à savoir « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat », la théorie de la fiction serait légitime. La nationalité

²⁴⁰ Cf Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, articles 3, 31, 60 et 154 ; Loi n° 1513 du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, article 31, rédaction du 29 février 1953 ; article 31 de la loi du 7 mars 1925 sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée ; articles L-228-9 et L-223-30 et L-225-97 du Code de commerce.

²⁴¹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, t. I, 8^e éd., 1993, n° 59.

²⁴² L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928.30 et s.

²⁴³ J-P. NIBOYET, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927.402 ; cf A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, thèse, Paris, Sirey, 1914, p. 121 ; cf J-M. MOUSSERON, J. REYNARD, R. FABRE et J-L. PIERRE, *Droit du commerce international-droit international de l'entreprise*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, p. 26.

décrivait aussi un lien affectif et un lien culturel d'une personne à un Etat, des ressentis qu'une personne morale n'a pas. Mais cette théorie doit être rejetée. Les personnes morales ont un rapport politique avec l'Etat, elles contribuent à sa prospérité et doivent bénéficier de la protection des traités internationaux. Ainsi, « (...) transposer le concept de nationalité aux sociétés est inexact et inapplicable. Les sociétés stricto sensu ne font pas partie de la population d'un Etat, elles n'ont ni histoire collective, ni culture, ni nationalité, elles n'ont que des biens situés sur le territoire d'un pays et indirectement possédés par des individus de telle ou telle nationalité. Mais (l'auteur) accepte néanmoins le recours à la nationalité à cause justement de la reconnaissance de la personnalité juridique à certains groupements. La nationalité est donc nécessaire pour déterminer la jouissance des droits et la protection diplomatique »²⁴⁴.

Il n'existe pas de personnes morales apatrides. Toute personne morale se rattache à un ordre juridique, « une société apatride est une contradiction dans les termes »²⁴⁵. Ainsi, « il convient de rappeler que contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit européen, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »²⁴⁶.

A l'instar d'une personne physique, une personne morale se voit conférer une nationalité à sa naissance ou par acquisition. Une personne morale, structurellement ou de par ses activités, peut parfois se rattacher à plusieurs territoires. Si la détermination de sa nationalité pose problème, elle est essentielle pour connaître la loi applicable à son statut juridique. Le rattachement juridique d'une personne morale à un Etat conditionne ses droits et ses obligations.

131. Deux méthodes principales ont été posées pour fixer la nationalité d'une personne morale. La méthode de l'incorporation consiste à prendre appui sur la loi de constitution. La nationalité de la personne morale correspond à celle de l'Etat où seront accomplies ses formalités de constitution, à celle de l'Etat où elle « a pris corps ». L'avantage du critère de l'incorporation réside dans le fait qu'il

²⁴⁴ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n° 97, p. 85-86. Cf également R. CASSIN, *Trav. Comité fr. DIP* 1934, p. 93. G. MONDON, *La nationalité des sociétés*, thèse dactyl., Université de Grenoble, 1937.

²⁴⁵ F. RIGAUX, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1989, note 3, p. 99.

²⁴⁶ CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87 *op. cit.*

s'agit d'un critère fixe, facilement identifiable, conférant une permanence dans la nationalité. La méthode de l'incorporation octroie une grande liberté aux fondateurs d'une société dans l'attribution de sa nationalité, car ils peuvent donner corps à celle-ci dans l'Etat de leur choix. L'inconvénient du critère de l'incorporation est que le lieu de l'incorporation n'est pas forcément celui du siège social effectif ni celui des activités de la personne morale. Cette méthode est aujourd'hui privilégiée par la CJUE, en ce qu'elle serait plus apte à favoriser la liberté d'établissement des sociétés au sein de l'Union européenne²⁴⁷. La seconde méthode est celle du siège social, qui correspond au domicile de la société, là où s'exerce la vie juridique, où fonctionne l'administration.

132. Les différences entre ces deux méthodes sont à relativiser, car en pratique et souvent, le siège social statuaire est fixé dans le pays où la société a été constituée. Les statuts de la société se trouvent dans le pays où elle a été incorporée. Il est rare que les fondateurs d'une personne morale constituent une société dans pays déterminé et fixent en même temps le siège social dans un autre Etat. Il est plus vraisemblable que le lieu du siège social statuaire, au début de la vie de la personne morale, soit le lieu de son activité réelle, offrant alors une coïncidence entre le critère de l'incorporation et celui du siège social.

133. De longue date, le droit positif français a opté pour le critère du siège social. Dès la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle déjà, la doctrine dominante²⁴⁸ s'accordait avec la jurisprudence pour affirmer que la nationalité devait être déterminée par le siège social²⁴⁹. Ce critère a été consacré à l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 qui énonçait que « les sociétés dont le siège social est situé sur

²⁴⁷ Cf article 49 du TFUE (« (d)ans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ») et article 54 du TFUE (« (l)es sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statuaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif »). Les sociétés peuvent dissocier leur siège réel de leur siège statuaire sans que jamais la Cour de justice ne retienne l'hypothèse de la fraude à la loi. Cf également CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97 et CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00.

²⁴⁸ E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Paris, Arthur Rousseau (éditeur), 8^e éd., 1931, ou encore H-E. BARRAULT, *Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés*, Paris, Sirey, 1916, p. 170.

²⁴⁹ Cass. 20 juin 1870, S. 1870. I. 373 ; CA Paris 12 mai 1881, J. 1882.317.

le territoire français sont soumis à la loi française »²⁵⁰. Le droit positif actuel retient le critère du siège social, comme l'attestent les articles L-210-3 du et L-225-97 du Code de commerce. En droit français, pour qu'une société soit française, celle-ci doit attester d'un double rattachement à l'Etat français. C'est que dispose l'article L-210-6 du Code de commerce. Il est requis une immatriculation régulière au Registre du commerce et des sociétés laquelle suppose, en principe, un siège social en France.

134. La méthode du siège social comporte le même aléa que celui de l'incorporation. Connue sous le nom du système des « boîtes aux lettres », l'aléa consiste à localiser officiellement le siège social d'une personne morale dans un territoire donné, tandis que ses activités seront effectuées ailleurs. Pour contrer cette situation, les civilistes ont exigé que soit juxtaposé au critère du siège social, le siège social réel. Ainsi et comme l'avait noté l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 1990, la nationalité d'une société « résulte en principe de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumée par le siège statutaire »²⁵¹. Une présomption simple en faveur du siège statutaire était attribuée. Le siège social n'est pas unitaire en droit positif français²⁵². Il possède un aspect formel, celui du lieu d'immatriculation des statuts et un aspect matériel, celui de la direction. Ce faisant, les juges chercheront où se trouvent l'administration de la personne morale, la détermination du siège social effectif, là où sont localisés la direction et le contrôle de la société²⁵³. Lorsque le siège réel ne correspond pas au siège statutaire, le droit positif français fait primer le siège social réel²⁵⁴.

135. Cette juxtaposition ne règle pas toutes les difficultés, notamment lorsque des activités concrètes de la personne morale sont éparpillées dans plusieurs pays et lorsque les organes de direction se déplacent dans l'espace en fonction des années. Pour localiser le siège social réel, la

²⁵⁰ Cf H. BATIFFOL, « Commentaires », *Trav. comité fr. DIP*, Séance du 13 mars 1967, 1966-1971, p. 65 ; cf Cass. civ. 1^{re} 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP* 1971.451, note P. LAGARDE ; *Petites affiches* 1972, vol. II, p. 17140 et s., note B. OPPETIT, « la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social », affaire *CCRMA*.

²⁵¹ Cass. ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744, *Bull. civ.* 1990, n° 12, *Petites affiches* 1991, vol. II, p. 21640, concl. H. DONTENWILLE.

²⁵² Cf M. MENJUCQ, « La notion de siège social ; une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualités - Etudes offertes à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 499 et s.

²⁵³ Cf H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 232-233 : « c'est la force du système du siège social qu'il y a normalement un lieu unique ou doit se prendre les décisions finales et ce sont précisément ces décisions qui intéressent le droit international privé pour caractériser l'activité sociale quant au pays auquel elle se rattache ».

²⁵⁴ Alinéa 2 de l'article L-210-6 du Code de commerce : « (l)es personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société ».

jurisprudence s'appuie sur la méthode du faisceau d'indices²⁵⁵. Ce pouvoir souverain des tribunaux dans la détermination du siège réel n'offre pas de solutions uniformes. Lorsque plusieurs activités de la personne morale convergent vers plusieurs Etats, à moins de procéder à une gradation entre celles-ci, il est délicat de fixer le siège réel. Le critère du siège social réel ne répond pas suffisamment à l'insécurité juridique.

136. Pour conforter la sécurité juridique, le critère du contrôle a été envisagé comme un correctif au critère du siège social. Le critère du contrôle ne se confond pas avec celui du siège social. A la suite des deux guerres mondiales, la jurisprudence a utilisé la méthode du contrôle pour prendre en considération la nationalité des associés majoritaires ou des dirigeants, quand il était question d'un double rattachement de ladite société, l'un juridique et l'autre politique²⁵⁶. Le critère du contrôle est complexe à mettre en œuvre, puisqu'il est difficile de déterminer avec précision les titulaires véritables du contrôle d'une personne morale dans de grands groupes de sociétés. La liste des actionnaires d'une société peut être longue et opaque, elle peut comporter des sociétés de capitaux et des fonds d'investissement ... Et, le contrôle est susceptible de changer de main à tout instant et rapidement²⁵⁷. Outre la précarité de ce critère, celui-ci se confronte à un problème théorique, en ce qu'il confond la société avec ses membres alors qu'ils sont distincts.

137. Les controverses sur la question du rattachement juridique des sociétés sont toujours d'actualité « tant sur le plan conceptuel que sur le plan pratique »²⁵⁸. Les critères de l'incorporation et du siège social ne sont pas satisfaisants. Un auteur a émis une idée qui peut convaincre. Les critères de la nationalité d'une personne morale doivent être redéfinis, car ils ne sont pas adéquats avec l'essor de la mondialisation²⁵⁹. Le fondement unique à la caractérisation de la nationalité d'une personne morale doit demeurer dans la localisation de la force de travail. La nationalité d'une société doit être déterminée par le lieu dans lequel elle génère de l'emploi, produit des richesses, où sa participation

²⁵⁵ Cf CA Paris, 15^e Ch. 19 mars 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 245, p. 759 note, Y. REBOUL. En l'espèce, la Cour d'appel avait favorisé le lieu des réunions des Assemblées générales. Puis, une faveur avait été octroyée pour l'Etat dans lequel les comptes de la société et les services administratifs étaient présents (cf CAA Paris, 2^e Ch. 2 juillet 1991, *SA Romantic Music Corporation*, *Bull. Joly Sociétés* 1991, § 341, p. 858).

²⁵⁶ Cf Cass. req., 20 juillet 1915, *DP*. 1916, p. 144.

²⁵⁷ Cf en ce sens la théorie de l'apparence, où les personnes qui contrôlent la société en droit ne sont pas celles qui contrôlent la société dans les faits.

²⁵⁸ M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831.

²⁵⁹ Cf L. CAO, « Corporate and Product Identity in the Post-National Economy : Rethinking U.S. Trade Laws », *Calif. L. Rev.*, 2002, vol. 90, p. 402.

socioéconomique est réalisée. Autrement dit, l'élément essentiel n'est plus les dirigeants sociaux, mais la main-d'œuvre nationale. Ce critère, qualifié de critère économique du centre d'exploitation, considère que « la vraie nationalité d'une société, c'est qu'elle travaille sur un territoire, qu'elle y embauche de la main-d'œuvre, qu'elle comptabilise des sous-traitants »²⁶⁰. Pour inciter les personnes morales à s'implanter à l'étranger et à adopter une nationalité étrangère, l'auteur propose que chaque Etat adopte des mesures fiscales en contrepartie de l'octroi de la nationalité. Certes, le risque de distorsion de concurrence serait réel entre ces sociétés étrangères et les sociétés nationales qui n'auront pas ces avantages et entre des Etats qui s'attacheront à proposer sans cesse les meilleures conditions d'accueil. Mais, la nationalité d'une société doit résulter en priorité de son loyalisme envers un territoire. Autrement, la nationalité d'une personne morale ne pourra jamais être un critère pertinent.

b. Le cas des consortiums

138. Les consortiums d'entreprises constituent une problématique réelle. Ces derniers peuvent être composés exclusivement d'entreprises françaises ou associer des entreprises provenant de différents pays. Aujourd'hui et de plus en plus, les autorités adjudicatrices, maîtres de l'ouvrage, exigent que l'entreprise privée française s'intègre dans un véritable consortium d'entreprises. Le concept du consortium est né dans l'Ancien droit romain, aux origines du « *ters quirritium* » et était dénommé « *consortium ercto non cito* »²⁶¹. Les autorités adjudicatrices veulent s'assurer d'un équilibre et d'une pluralité technique pour permettre de mener à bien le projet. L'utilité des consortiums n'est pas négligeable. En pratique, les constructeurs sont souvent amenés à s'unir entre eux pour répondre à l'importance du projet de construction ainsi qu'aux demandes du maître de l'ouvrage. Un constructeur seul ne pourra généralement pas répondre aux conditions d'appel d'offres pour être sélectionné. Ce faisant, l'association d'un constructeur étranger avec un partenaire local est nécessaire à la meilleure intégration dans un marché étranger. Le maître de l'ouvrage voit d'ailleurs d'un bon œil le recours aux consortiums et la présence d'un plus grand nombre de responsables éventuels.

²⁶⁰ J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis 2001, p. 859, n° 39, citant Charles-Albert Michalet.

²⁶¹ Institutes de Gaius, 3.154.

139. C'est ainsi qu'un consortium peut parfaitement être composé d'entreprises de nationalités différentes et, notamment, du pays de l'Etat d'accueil de la construction désirant former ses entreprises nationales. Or, si une seule entreprise membre du consortium possède une nationalité étrangère, cela suffit-il à caractériser un élément d'extranéité ?²⁶² La réponse à cette interrogation doit être positive. Il convient de faire primer le caractère unitaire du consortium²⁶³. En cas de consortium d'entreprises de nationalités différentes, il existe forcément une volonté de financer, de construire, d'exploiter une construction qui met en cause les intérêts du commerce international. Entre l'entreprise étrangère et les entreprises locales, le contrat est nécessairement international, que ce soit en application du critère juridique ou en application du critère économique. Mais, entre ce consortium et le maître de l'ouvrage, la réponse est plus complexe, car il n'y a alors pas de flux ou de reflux au-dessus des frontières puisque le consortium est le plus souvent enregistré localement. S'il pourrait s'agir d'un contrat interne, l'internationalité de ce contrat principal doit emprunter l'internationalité du consortium. L'intégration de sociétés locales de l'Etat d'accueil dans le consortium d'entreprises maintient quand même la relation du partenariat en une relation internationale. Ce n'est pas parce que le consortium est composé d'entreprises locales que le contrat principal de construction deviendra un contrat interne. Il y a tout de même un élément d'extranéité dans ce consortium qui est suffisant lorsque toutes les sociétés locales du consortium obéissent à la société étrangère cocontractant initial et sont finalement rassemblées au sein d'une même partie, la société étrangère. Ici, le consortium est « conjonctif », le PPP étant conclu entre une partie unique et une autre qui, même composée de plusieurs entités, compose en réalité un seul et unique interlocuteur.

c. Les abus du critère de la nationalité

140. Dès la conclusion du contrat de construction face à un groupe de sociétés, la personne publique n'aura parfois aucune idée de la société du groupe qui pourrait se retourner contre elle en se prévalant du contrat de construction. La qualité de la société se chargeant de la construction est abstraite au point que l'Etat peut se voir confronter à une situation internationale qu'il n'avait pas anticipée, en croyant contracter avec une société de droit interne. D'ailleurs, pour rendre leur contrat international et bénéficier des règles du droit international privé, des sociétés n'hésitent pas à user parfois de subterfuges par le biais de tentatives de nationality planning. Une société créée dans un

²⁶² S. BRACONNIER, J-B. MOREL et A-E. RUBIO, *préc.*, n° 83.

²⁶³ Ch-H. CHENUT, *Guide juridique du consortium*, éd., EFE (Editions Formation Entreprise), 2005, p. 226.

Etat peut n'être qu'une coquille vide dénuée de tout lien économique avec celui-ci. Ainsi, il est essentiel que les contrats de construction ajoutent des dispositions conditionnelles en précisant que le contrat est conclu avec un cocontractant, disposant d'une « effective management » ou « administration centrale » situé dans le même pays que cette société. Il conviendrait également que les Etats puissent imposer aux cocontractants privés, avant le commencement de la réalisation de la construction, de dévoiler la chaîne de sociétés du groupe auxquels ils appartiennent.

141. L'optique de ces contractants fraudeurs est de créer artificiellement l'internationalité d'un contrat pour fonder la compétence internationale d'un tribunal arbitral. Autrement dit, un contractant manipulerait l'internationalité du contrat en transférant ses parts à une société établie à l'étranger afin d'acquérir une qualité étrangère et d'internationaliser un contrat de construction de manière artificielle. Les tribunaux devront être très vigilants aux « abuses of process », aux tentatives abusives des constructeurs destinées à restructurer leurs montages de sociétés afin de s'établir dans un autre Etat. Pour apprécier s'il existe ou non une activité substantielle à l'étranger, les juges et arbitres devront se fonder sur une casuistique et une analyse *in concreto* de la situation et procéder à la méthode du faisceau d'indices²⁶⁴.

142. Si certaines restructurations des contractants sont guidées par une anticipation légitime de difficultés potentielles à venir avec un Etat d'accueil sans pour autant constituer un « abus de procédure » et si toutes les situations de nationality planning ne sont pas illégales²⁶⁵, la lutte contre le nationality planning doit tendre à davantage d'effectivité. Par exemple, il conviendra d'opérer un contrôle étendu pour vérifier si le constructeur n'a pas restructuré son opération pour chercher à avoir accès à l'arbitrage international en réaction à un différend déjà instruit ou jugé par des tribunaux étatiques. Et, la nationalité du constructeur doit s'apprécier au jour où ce dernier signe le contrat et non pas s'apprécier au jour du litige, pour garantir la prévisibilité juridique, peu important que ce changement de nationalité fut accomplie sans fraude ni abus²⁶⁶.

²⁶⁴ En prenant notamment en compte le nombre de salariés présents dans la structure située à l'étranger.

²⁶⁵ Cf arrêt *Centros, préc.*, qui a validé le principe du transfert de siège s'il a été motivé par un but d'obtenir des règles de droit des sociétés « moins contraignantes ». Cf F. JUENGER, « What's wrong with forum shopping ? », *S.L.R* 1994.5 et s.

²⁶⁶ Cf Sent. CIRDI, 26 juin 2003, *USA Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, aff. n° ARB(AF)/98/3, qui a considéré que le principe coutumier du droit international public imposait une nationalité continue. Dans l'arrêt *Sté Keller Grundbau GmbH c. EDF* du 4 octobre 2005, l'internationalité avait d'ailleurs été appréciée au moment de la conclusion du contrat. Pour une position inverse, cf CA Versailles où les juges avaient décidé que l'internationalité devait être constatée au moment de l'introduction de l'instance (CA Versailles, 8 novembre 1990, *Petites affiches* 1991. II. 21672, note A. MARTIN-SERF).

Conclusion §1 : Deux problématiques majeures interviennent à propos des critères d'internationalisation des contrats publics-privés. D'une part, l'identification des personnes publiques souffre d'une certaine opacité. La détermination des émanations résulte de la dépendance fonctionnelle de celles-ci à l'égard d'un Etat. Les émanations ne sont pas dotées d'une autonomie de droit et de fait à l'égard de cet Etat²⁶⁷. D'autre part, la nationalité n'est pas un élément susceptible d'être suffisant à internationaliser un contrat principal de construction, puisqu'elle est incertaine et délicate à déterminer. Les critères de l'incorporation et du siège social souffrent tous deux du constat selon lequel la localisation d'une personne morale peut changer sous l'impulsion de la concurrence internationale, marquée par l'apparition de nouveaux marchés qui peuvent justifier d'un transfert de siège social ou d'activités dans un autre Etat. Il convient en complément ou en substitut, de s'accorder sur le lieu de conclusion ou sur le lieu d'exécution du contrat principal de construction²⁶⁸. Retenir comme critère d'extranéité la seule nationalité étrangère de l'une des parties au contrat de construction revient à remettre le sort et la destinée de l'extranéité entre les seules mains des parties privées, tant les stratégies de nationality planning sont monnaie courante dans la sphère du commerce international.

Si, pour leurs opérations de construction, les Etats font généralement appel à des constructeurs privés, ils peuvent contracter directement avec une autre personne publique sur la scène internationale.

²⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2007, *Société Nationale des Pétroles du Congo, préc.*

²⁶⁸ Les contractant peuvent partager une nationalité commune et le lieu d'exécution être localisé à l'étranger. C'est notamment l'hypothèse d'une construction, au profit d'un Etat, d'une ambassade à l'étranger par une entreprise française, comme ce fut le cas de l'ambassade de France à Tokyo où le pouvoir adjudicateur était le Ministre des affaires étrangères et la société un consortium franco-japonais, « Mintok ».

§2 : L'internationalité dans un contrat entre personnes publiques

143. Par une relation nouée entre des pouvoirs adjudicateurs, deux Etats vont s'accorder pour conclure un marché public sur une construction parce qu'ils partagent un même objectif. Il s'agit d'une coopération transfrontalière entre deux Etats pour une construction qui sera profitable aux deux territoires. Un accord de construction transfrontalier va toucher au territoire public de deux Etats s'accordant sur des besoins communs, sur des moyens de construction, sur l'exécution ou encore sur le financement. En pratique, une fois la construction achevée, ces deux Etats en seront équitablement les propriétaires²⁶⁹.

144. L'internationalité d'un contrat entre deux personnes concerne souvent des accords bilatéraux ou aux coopérations transfrontalières avec des constructions bénéficiant à deux Etats parties. Ici, l'extranéité est liée à un double motif organique, liée à deux personnes publiques de nationalités différentes. L'accord interétatique conclu est un traité de droit international public, car traditionnellement, lorsque des Etats font affaire pour des projets transfrontaliers, ils le font par le biais de traités. Quid pour les opérations transfrontalières de moindre envergure ayant peu d'impact sur l'économie locale et n'impliquant pas les Administrations centrales mais seulement des collectivités territoriales ? C'est-à-dire des accords entre des collectivités territoriales décentralisées de deux pays voisins ? De tels accords sont très fréquents²⁷⁰. S'agit-il de traités de droit international public ? Si en pratique, cela dépend de la volonté des parties²⁷¹, la thèse du rattachement obligatoire doit s'appliquer. Seul l'Etat a le monopole de la personnalité juridique internationale et l'unité de l'Etat dans l'ordre juridique international prévaut. Seuls les gouvernements nationaux peuvent engager l'Etat par un accord. Les autorités décentralisées ne peuvent engager la responsabilité de l'Etat, sauf consentement préalable de celui-ci²⁷².

²⁶⁹ Cf article 8 de la Convention franco-italienne pour la construction du Tunnel de Fréjus, « (l)orsque les deux concessions prendront fin, soit à la date fixée ci-dessus, soit antérieurement pour une autre cause, le tunnel deviendra propriété commune des Etats français et italien et sera exploité en commun, à égalité de droits et de charges » (la loi n° 72-627 du 5 juillet 1972 autorisant l'approbation de la convention entre la République française et la République italienne concernant le tunnel routier du Fréjus).

²⁷⁰ Cf P-M. DUPUY, « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *Annuaire français de droit international*, 1977, p. 837, à propos d'une petite opération concernant une évacuation d'eau et son épuration ; cf également la Convention du 27 septembre 1971, entre la commune de Constance en Allemagne et la Commune de Kreuzlingen en Suisse pour l'épuration en commun des eaux usées. Le droit allemand y était applicable, avec une référence à l'arbitrage et la nomination d'un président du tribunal arbitral de nationalité autrichienne (P-M. DUPUY, *préc.*, p. 843).

²⁷¹ J. VERHOEVEN « Traités ou contrats entre Etats ? Sur le conflit de lois en droit des gens », *préc.*, p. 5.

²⁷² Cf P-M DUPUY, *préc.*, p. 844.

Conclusion §2 : L'internationalisation des contrats conclus entre deux personnes publiques posent peu de difficultés. Il suffit d'être en présence de deux Etats ou émanations de nationalités différentes. Si ces projets de construction initiés entre Etats se manifestent de plus en plus, la part prise par les marchés publics transfrontaliers demeure encore minime dans l'Union européenne. En ce sens, selon un Rapport de la Commission européenne « Cross-Border Procurement Above EU Thresholds » de mars 2011, mené en Allemagne en 2008 auprès de 541 autorités adjudicatrices, les marchés ayant un caractère transfrontalier représentaient en France 0,8 % du nombre total de marchés conclus en 2008²⁷³. Les contrats conclus entre deux parties privées sont plus fréquemment observés.

Conclusion section II : Les incertitudes de l'internationalité objective sont essentiellement liées à la détermination de la nationalité des contractants, notamment dans les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée. Rattachées à un Etat, les personnes morales détiennent une nationalité qui est difficile à déterminer. Elle peut être fonction du lieu de son incorporation ou du lieu de son siège social. Dans les deux cas, la localisation des activités réelles d'une entreprise est souvent en mouvance, de sorte qu'attribuer une nationalité constante à une personne morale relève bien trop d'incertitudes. Il convient de s'attacher à d'autres éléments d'internationalisation, comme la localisation de la majeure partie de l'exécution du contrat sur un sol étranger.

Conclusion chapitre I : Le caractère international d'un contrat ne peut pas être détaché de son immixtion dans l'ordre juridique international²⁷⁴. Pour qu'une relation contractuelle soit internationale, elle doit encore présenter un élément d'extranéité, c'est-à-dire détenir un lien international, hors de France. Par essence, la construction est purement interne, car située dans le pays de situation de l'ouvrage.

Deux approches ont été posées par le Règlement Rome I et sont applicables aux contrats principaux de construction. L'approche subjective permet de rendre international un contrat par la volonté des parties. Il suffit, au sein du Règlement Rome I, qu'une situation présente un conflit de lois pour qu'elle soit internationale. Un choix de loi étrangère ou d'un juge étranger peut rendre international un

²⁷³ Rapport « Cross-Border Procurement Above EU Thresholds », *Commission européenne, DG Internal Market and Services*, mars 2011, p. 135.

²⁷⁴ D. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI*, 1966-II, t. 118, p. 313 et s., spéc. p. 417, commentant la doctrine de W. GOLDSCHMIDT, « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1955.639 et s. et *Rev. crit. DIP* 1956.21 et s.

contrat. Cette approche doit être combattue, car elle laisse aux contractants la liberté de se placer eux-mêmes dans un champ international²⁷⁵. L'approche objective résulte, quant à elle, d'une appréciation concrète des données de l'affaire et vise à prendre en considération l'ensemble des éléments susceptibles de rendre internationale une situation. La nationalité des parties demeure le critère phare de l'internationalité objective. Ce critère est délicat à caractériser pour les personnes morales dont les capacités d'extension internationale de leurs activités sont sans limite, d'où la nécessité de privilégier d'autres sources d'internationalisation (la situation de la majeure partie de l'exécution du contrat de construction sur un territoire étranger ...).

En ce qui concerne les sous-traités, les critères d'internationalisation contiennent aussi leur lot d'incertitudes, puisqu'il s'agit de contrats à la double particularité. S'ils sont autonomes, ils sont en même temps étroitement liés aux contrats principaux.

²⁷⁵ Même si le Règlement Rome I limite les abus possibles par le biais des articles 3 § 3 et 3 § 4.

CHAPITRE II : L'internationalité du contrat de sous-traitance

L'internationalité du contrat de sous-traitance a fait l'objet de plusieurs théorisations. Divers éléments d'extranéité peuvent atteindre ce contrat, tels que la nationalité étrangère de l'une des parties au contrat ou encore, plus fréquemment, le lieu de chantier de construction à l'étranger voire enfin la volonté des parties, qui peuvent prévoir l'application d'un droit étranger pour un contrat de construction. Une autre forme d'internationalité de la sous-traitance est débattue, celle par emprunt à l'internationalité du contrat principal. Autrement dit, le caractère international du contrat principal pourrait suffire à rendre international un contrat de sous-traitance. Après avoir traité des éléments d'internationalisation propres au sous-traité (Section I), il conviendra de se pencher sur la question de l'internationalité d'emprunt (Section II).

Section I : L'internationalité propre

Comme tout contrat, l'internationalité peut s'opérer par la réunion d'éléments objectifs (nationalité des parties, lieu d'exécution du contrat ...) ou subjectifs (présence d'un conflit de lois par l'insertion d'une clause de choix de loi ...) (§1). Ces éléments ont fait l'objet de débats virulents. La jurisprudence française s'est longtemps écorchée sur la dimension internationale d'un tel contrat et a fait du critère de la nationalité un élément essentiel dans l'internationalisation de la situation, sans pour autant rejeter les autres critères objectifs d'internationalité (§2).

§1 : Les éléments d'internationalisation

145. L'internationalité du contrat de sous-traitance a fait l'objet de plusieurs études. Plusieurs typologies d'internationalité du contrat de sous-traitance peuvent être énoncées. D'une part, la sous-traitance deviendrait internationale dès lors qu'elle mettrait en relation une unité étrangère avec une unité locale et ce, indépendamment du lieu géographique d'implantation de l'unité étrangère²⁷⁶. Il s'agit d'une internationalité des plus traditionnelles, marquée par la nationalité étrangère de l'une des parties. La CNUCED qui estime qu'une sous-traitance est internationale lorsque « deux unités de fabrication situées dans deux pays différents conviennent que l'une d'elles (le sous-traitant), fournira à l'autre (l'entrepreneur principal) à des conditions fixées de commun accord, des éléments ou des produits assemblés que le donneur d'ordres utilise et/ou commercialise sous sa seule responsabilité »²⁷⁷. D'autre part, la sous-traitance pourrait devenir internationale lorsque se juxtaposerait au critère de la nationalité, une segmentation internationale de l'objet du contrat. Dès lors, il ne pourrait y avoir internationalité qu'entre une société mère et sa filiale, nécessairement implantée à l'étranger²⁷⁸. Enfin, la sous-traitance peut être internationale lorsqu'il est question d'une sous-traitance d'exportation. Dans cette hypothèse, l'entrepreneur principal et le sous-traitant ont tous les deux leur établissement situé dans un même Etat, mais les travaux de sous-traitance s'exécutent à l'étranger. Sera alors international le contrat conclu entre deux sociétés d'un même groupe, de même nationalité, implantées dans deux Etats différents, l'une jouant le rôle d'entrepreneur principal, l'autre

²⁷⁶ S. WATANABE, « Sous-traitance internationale, emploi et perfectionnement technique », *ILO*, mai 1972.

²⁷⁷ CNUCED, « Accords de sous-traitance internationale dans le domaine de l'électronique entre pays développés à économie de marché et pays en voie de développement », *TD/B/C2/144/Supp.I*. 1976. Cf C. JEDLICKI et M. LANZAROTTI, « Sous-traitance internationale : Quelle industrialisation ? », *Revue Tiers Monde*, issu du numéro thématique « L'économie mondiale en 1980 : Vers l'éclatement du système centre-périphérie » (janvier-mars 1980), vol. 21, n° 81, p. 159-167.

²⁷⁸ Ch-A. MICHALET, *La sous-traitance internationale*, OCDE, 1977.

de sous-traitant. Ce contrat marqué par la nationalité commune des contractants est caractérisé par le fait que ces contractants demeurent implantés dans deux Etats différents, ils concourent alors à une exportation de l'ouvrage produit. Cette définition supposerait qu'il y a « sous-traitance internationale entre une filiale relais et ses sous-traitants locaux »²⁷⁹. Pour autant, le contrat de sous-traitance qui serait conclu par une filiale de nationalité étrangère, c'est-à-dire par une filiale-relais, avec un sous-traitant situé dans un même Etat, ne devrait pas être considéré comme significativement international. Dans cette situation, il n'y a pas d'exportation de l'objet de la construction, ce dernier étant alors souvent destiné au marché local.

§2 : Les controverses

146. La simple domiciliation à l'étranger d'une des parties au contrat de sous-traitance a longtemps été un élément insuffisant à caractériser l'internationalité du rapport juridique. Comme cela fut énoncé dans les développements ci-dessus, le droit français se refusait à faire de la résidence étrangère de l'une des parties, le critère d'extranéité principal. Une sous-traitance ne devenait pas internationale du seul fait que le sous-traitant possédait son siège à l'étranger, dès lors que la construction avait lieu en France et au profit de sociétés françaises²⁸⁰. C'est ce qu'avait affirmé la Cour de cassation dans l'arrêt Keller du 4 octobre 2005, dans lequel un contrat de sous-traitance avait été conclu entre une société française et une entreprise allemande. En l'espèce, le seul élément d'extranéité résidait dans la localisation en Allemagne du siège de la société sous-traitante. Un unique élément d'extranéité n'était pas appelé à être pris en considération lorsque les autres circonstances de l'espèce rattachaient l'espèce à une situation purement interne.

147. Certes, la nationalité est un critère malléable pouvant, à juste titre, susciter des abus. Pour les éluder, les juges du droit avaient alors « (procédé) en quelque sorte à une pesée des différents éléments d'extranéité ou d' "internité" se dégageant de l'espèce (...) ». Cette position doit être combattue. « Soit la situation est internationale, soit elle ne l'est pas. La demi-mesure ne relève pas d'une bonne politique jurisprudentielle »²⁸¹. En effet, ce n'est pas parce que des circonstances rattachaient l'affaire

²⁷⁹ C. JEDLICKI et M. LANZAROTTI, *préc.*, p. 160.

²⁸⁰ M. AUDIT, *Rev. crit. DIP* 2006, *préc.*, p. 413.

²⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005 Keller, *préc.* Cf H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. 1, p. 39-58, repr. In *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 249 et s.

à la France que l'internationalité convenait d'être exclue. C'est pourquoi la Cour de cassation a atténué sa vision restrictive de l'internationalité dans l'arrêt *Agentis*²⁸², en estimant qu'une sous-traitance est internationale dès qu'un élément d'extranéité est présent, comme le lieu d'établissement de l'entrepreneur principal ou du sous-traitant et ce, même si la construction se réalise en France par un sous-traitant établi en France. Retenir comme critère d'extranéité la seule nationalité étrangère de l'une des parties au contrat de sous-traitance (entrepreneur principal/sous-traitant) revient à s'exposer aux mêmes difficultés énoncées à propos du contrat principal. Les contractants auraient le pouvoir d'internationaliser un contrat de sous-traitance fondamentalement interne (exécuté en France) en manipulant le critère élastique de la nationalité par le biais de stratégies de *nationality planning*. Il conviendra simplement d'adopter des contrôles à tout abus de la part des parties, à l'instar de ce qui fut évoqué pour la relation principale.

Section II : L'internationalité empruntée

La consécration de l'internationalité d'emprunt par la doctrine, influençant les jurisprudences arbitrales et étatiques, est ancienne. En 1978, le Professeur Paul Lagarde écrivait « qu'il n'y a pas de difficulté à admettre le caractère international si l'entrepreneur principal et le sous-traitant sont établis dans deux pays différents »²⁸³. L'auteur indiquait que l'internationalité d'un sous-traité pouvait être caractérisée lorsque l'entrepreneur principal et le sous-traitant avaient leur siège dans un même Etat, dès lors que le maître de l'ouvrage était installé dans un autre Etat et que le contrat principal présentait un caractère international. Des voix se sont rapidement élevées afin de contrecarrer une telle internationalité d'emprunt, par une exigence renforcée de transparence dans l'optique de donner à l'internationalité du contrat de sous-traitance un aspect plus prévisible. Aujourd'hui contestée, la notion d'internationalité d'emprunt doit être approuvée. Après avoir rappelé les termes du débat (§1), il conviendra de se pencher sur l'appréciation portée par le droit positif à l'internationalité d'emprunt (§2).

²⁸² Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, n° 06-14.006, *Bull. civ.*, n° 12.

²⁸³ Cf P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in C. GAVALDA, *La Sous-traitance de marché de travaux et de services*, Economica, 1978.

148. Il est admis par une doctrine majoritaire que le caractère international du contrat principal pourrait suffire à rendre international le contrat de sous-traitance et ce, alors même que le contrat de sous-traitance serait conclu et exécuté en France par des entreprises françaises. C'est la vision énoncée par les Professeurs Pierre Callé, Mathias Audit et Sylvain Bollée, qui parlent « d'internationalité d'emprunt »²⁸⁴. De nombreux tribunaux arbitraux ont retenu cette approche, à la fin du XXI^e siècle. Il a notamment été affirmé qu'un contrat de sous-traitance conclu entre deux sociétés françaises était international par le fait que le maître de l'ouvrage était une agence gouvernementale pakistanaise et que l'exécution du contrat principal avait lieu au Pakistan (et donc que le contrat principal était international)²⁸⁵. La notion d'internationalité d'emprunt n'a pourtant pas toujours été bien perçue en droit positif français. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 novembre 1972, avait refusé de consacrer l'internationalité d'un contrat de société en participation conclu entre des entreprises françaises dans le but de permettre l'exécution par l'une d'elles d'un marché en Algérie²⁸⁶. De même, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 décembre 1988, les juges du fond n'avaient pas reconnu le caractère international d'une opération de sous-traitance convenue entre deux sociétés de droit français sauf si « cette convention s'exécute à l'étranger et s'inscrit dans un processus de transfert de génie civil à l'étranger »²⁸⁷.

149. Puis, une évolution est intervenue. Dès un arrêt du 14 mars 1989, la Cour d'appel de Paris avait considéré qu'un contrat de sous-traitance conclu entre deux sociétés françaises et exclusivement exécuté en France était international du fait de l'internationalité du contrat principal²⁸⁸. A propos d'un contrat de sous-traitance conclu à l'occasion du projet de construction du Parc de Loisirs Eurodisneyland, entre un entrepreneur principal américain et des sous-traitants français, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 27 janvier 1993, avait également estimé que l'opération « avait incontestablement un caractère international »²⁸⁹. En affirmant cela, la Cour d'appel avait consacré une longue motivation pour justifier de cette internationalité, en énonçant que « les contrats satellites

²⁸⁴ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Précis Domat, 3^e éd., 2019, p. 427 et s.

²⁸⁵ Sent. CCI, n° 7528, *Yearbook Comm. Arb.* XXII. 125, 130 (1997).

²⁸⁶ CA Paris, 30 novembre 1972, *JDI* 1973.390, note B. OPPETIT.

²⁸⁷ CA Paris, 8 décembre 1988, *Chantiers Modernes c. CMGC*, *Rev. arb.* 1989.111.

²⁸⁸ CA Paris, 14 mars 1989, *RTD com.* 1991.575.

²⁸⁹ CA Paris, 1^{re} ch. Sect. Urgences, 27 janvier 1993, *Société Taylor Woodrow Projects Finance (TWPF) c. Société Atelier Perrault Frères*, *Rev. arb.* 1995.561 et s.

même conclus entre deux entreprises du même pays participent au caractère internationalement économique de l'opération. En l'espèce, cependant, les deux entreprises parties à ce sous-traité avaient leur siège en France et toute leur opération s'exécutait sur le sol français. On pouvait donc douter que ce contrat mette en cause le commerce international, c'est-à-dire l'économie de plus d'un Etat, alors que le contrat de sous-traitance conclu entre deux entreprises françaises ne devient généralement international que s'il s'exécute à l'étranger et réalise un transfert de personnel, de matériel, de technologie et de fonds de la France vers l'étranger, s'inscrit dans un processus de transfert de génie civil à l'étranger. Néanmoins, la jurisprudence française accepte volontiers que l'internationalité d'un tel contrat résulte du lien étroit qu'elle entretient avec le contrat principal. Dans le cas du projet d'Eurodisney, totalement importé et minutieusement contrôlé par la firme américaine qui a imposé son savoir-faire à l'ensemble des entreprises intervenant dans le projet, ce lien était évident ». L'approche retenue par cet arrêt était cruciale, car les juges, tout en consacrant l'internationalité d'emprunt, avaient posé l'exigence d'un « lien étroit ». Ce faisant, la Cour d'appel prônait une internationalité d'emprunt conditionnée, en se référant à une sous-traitance « transparente ». Plutôt que de parler de « lien plus étroit » avec plus d'un système juridique, la Cour d'appel avait parlé de « lien plus étroit » avec le contrat principal. Ce lien plus étroit avec le contrat principal est alors au cœur de la définition de l'internationalité d'un contrat de sous-traitance. Indéniablement, il existe constamment un lien très étroit unissant le sous-traité au contrat principal de construction, tous deux partageant le même objet.

§2 : Le droit positif

150. En droit positif français, l'internationalité d'emprunt est généralement conditionnée par la transparence de la sous-traitance²⁹⁰. Cette exigence de transparence donne à l'internationalité du contrat de sous-traitance un aspect plus prévisible.

A l'origine, la sous-traitance « transparente » est née au Royaume-Uni ainsi qu'aux Etats-Unis. Les contrats de sous-traitance transparente sont connus sous l'appellation de contrats « *pari-passu* » (emprunté du *pari passu creditorum*) ou encore de contrats « back-to-back » (emprunté de la pratique de certains contrats bancaires). En principe, la transparence ne se présume pas et nécessite d'être

²⁹⁰ F. POCAR, « Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 155-157.

prouvée. La sous-traitance est qualifiée de « transparente » dès lors que ce sous-contrat de construction se réfère expressément au contrat principal pour en transférer les dispositions. La sous-traitance est également transparente lorsqu'il existe un principe d'applicabilité totale ou partielle au sous-traitant des conditions du contrat principal. Ainsi, la transparence a pour effet de répercuter sur le sous-traitant des droits et obligations de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Selon les Professeurs Pierre Callé, Mathias Audit et Sylvain Bollée, cette internationalité d'emprunt se justifie par le fait que « l'objet du contrat de sous-traitance consiste en l'exécution par un tiers d'une partie des obligations du contrat principal » et par le fait que « cela aurait l'avantage de soumettre le contrat de sous-traitance à la même loi que le contrat principal »²⁹¹. Comme l'avait d'ailleurs confirmé la Cour de cassation, dans un arrêt de sa Première Chambre civile du 17 décembre 1985, la transparence du contrat de sous-traitance conduit à le soumettre à la même loi que le contrat principal²⁹². Le contrat de sous-traitance constitue souvent une réplique du contrat principal pour lequel le constructeur transfère au sous-traitant les opérations de construction exigées. Le contrat de sous-traitance peut aussi être transparent lorsqu'il est passé sous la forme de simples échanges de lettres. L'entrepreneur principal envoie au sous-traitant des lettres contenant les Termes Généraux et les Conditions générales du contrat principal en soulignant que ces lettres gouverneront la relation entre le constructeur et le sous-traitant. Seul un changement de nom sera nécessaire et devra être indiqué (remplacement du « maître de l'ouvrage » par « Entrepreneur principal » et remplacement de « Entrepreneur principal » par « Sous-traitant »).

La transparence des contrats de sous-traitance est renforcée par l'insertion de certaines clauses, notamment les clauses de paiement. Les clauses « pay-if-paid » et « pay-when-paid » suffisent à rendre une sous-traitance transparente. Elles imposent au constructeur de payer le sous-traitant seulement « si » et « quand » il recevra paiement du maître de l'ouvrage. Le paiement du sous-traitant devient éminemment dépendant de l'exécution du contrat principal. Les clauses « pay-if-paid » et « pay-when-paid » sont si courantes dans les contrats de sous-traitance que les hypothèses d'une sous-traitance non-transparente semblent être très limitées.

151. Quelle appréciation porter à l'encontre de l'internationalité d'emprunt ? Il est intéressant de se demander s'il ressort de ce concept de l'internationalité d'emprunt, une crise du concept d'internationalité ? Il peut paraître contestable qu'un contrat de sous-traitance, conclu entre un

²⁹¹ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *op. cit.*, p. 428, n° 538 et s.

²⁹² Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, n° 84-16.338, *Bull. civ.* I, n° 354 ; *D.* 1986. IR. 265, obs. B. AUDIT.

entrepreneur principal et un sous-traitant, domiciliés tous deux dans un même pays pour la réalisation d'un ouvrage dans ce pays, puisse être qualifié d'international. Dans cette hypothèse, ce contrat n'a rien d'international, si ce n'est qu'il est en lien avec un contrat principal conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, lui-même international. Dès lors et finalement, l'internationalité d'emprunt semble revenir à créer un nouvel élément d'extranéité, celui du caractère international du contrat principal. Ne conviendrait-il pas plutôt d'accorder au contrat de sous-traitance davantage d'*intuitu personae*, de l'analyser et le qualifier de façon autonome et indépendante du contrat principal ? Par le biais de l'internationalité d'emprunt, l'internationalité devient un élément transmissible pouvant, par un effet de contagion voire de mimétisme, circuler dans un ensemble contractuel. Or, cette absence d'*intuitu personae* peut poser problématique lorsque ni l'entrepreneur principal ni le sous-traitant ne comptait rendre internationale leur relation contractuelle. La maîtrise de l'internationalité du contrat de sous-traitance est du ressort des parties au contrat principal.

Par le biais de l'internationalité d'emprunt, le contrat de sous-traitance emprunte l'internationalité du contrat principal. Pourquoi n'est-ce qu'un emprunt ? Cela reviendrait à dire que cette internationalité transmise n'est que prêtée. Or, ce qui est emprunté est destiné à être rendu. Le contrat de sous-traitance se voit prêter une internationalité, signe qu'il n'en avait pas les caractéristiques et n'y remplissait pas la condition essentielle de l'élément d'extranéité. L'internationalité d'emprunt n'est-elle pas une internationalité artificielle ? Pouvant alors faire d'elle, une internationalité éphémère ?

152. A toutes ces interrogations et ces remous, il convient de répliquer. Il n'est pas question ici d'appliquer une internationalité d'emprunt à une sous-traitance non-transparente. En cas de sous-traitance non-transparente et dès lors que le sous-traité est isolé du contrat principal, l'internationalité d'emprunt doit être exclue. En l'absence de transparence, le sous-traité ne contient par définition aucune clause « if and when », le sous-traitant n'est pas associé aux aléas financiers du marché principal. Sans transparence, il n'y a plus cette relation d'étroite dépendance avec le contrat principal et l'entrepreneur principal ne répercute pas sur le sous-traitant les obligations dont il est lui-même tenu vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Le sous-traitant ne fait pas siennes les obligations techniques et juridiques que l'entrepreneur principal a vis-à-vis du maître de l'ouvrage. Par conséquent, en cas de sous-traitance non-transparente, le contrat sera international dans les mêmes conditions qu'un contrat de droit commun, telles qu'elles résultent du Règlement Rome I, dès lors qu'il engendrera un conflit de lois (article 1 § 1).

153. L'internationalité d'emprunt est une approche justifiée en ce qu'une sous-traitance transparente constitue un contrat dérivé du contrat principal²⁹³. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un concept spécifique à la construction. L'internationalité d'emprunt avait déjà été admise dans contrat transport, un sous-contrat de transport intégralement exécuté en France étant international dès lorsqu' qu'il « n'était pas détachable » d'une opération plus vaste de nature internationale²⁹⁴. L'internationalité d'emprunt peut rendre international une sous-traitance purement interne. Si le lieu d'exécution de la sous-traitance est en France, que le sous-traitant et l'entrepreneur principal sont français, le critère économique de l'internationalité n'est pas rempli, il n'y a pas de flux et de reflux de produits, de services et de personnel à travers les frontières. Les intérêts du commerce international ne sont pas mis en jeu, puisque le contrat de sous-traitance se réalise économiquement dans un seul Etat. Mais, dès lors que le sous-traité est transparent et que le contrat principal est international, le sous-traité s'englobe dans une opération encore plus vaste. Le sous-traité constitue un ensemble lié, indivisible avec un contrat principal international. Le critère économique se traduit par un mouvement de flux et reflux de produits, de services et de personnel à travers les frontières et par la mise en jeu des intérêts du commerce international. Le contrat de sous-traitance vient se greffer au contrat principal ; il s'intègre au contrat principal ; « il y a unité de travail, unité de marche et le second marché, le marché sous-traité, est considéré comme un démembrement du premier »²⁹⁵. Le sous-traité détient une identité de but avec le contrat principal. Par conséquent, pour déterminer le caractère international ou non d'un sous-traité, il faut procéder à l'étude de l'ensemble de l'opération de construction.

154. « La pertinence de ces éléments (d'extranéité) a été définie en fonction de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter pour le juge dans la solution du conflit de lois »²⁹⁶. Or, la pertinence de l'élément d'extranéité est établie « en fonction de la catégorie de rattachement relevant de la règle de conflit dont la détermination n'est pas encore faite au stade de l'analyse du caractère international de la relation puisque, justement, seule cette analyse peut conduire à l'application de la règle de conflit »²⁹⁷. Les critères de pertinence de l'élément d'extranéité se trouvent dans la règle de conflit. La consécration de l'internationalité d'emprunt permettrait aux parties de soumettre le sous-traité à la

²⁹³ Cf l'hypothèse d'un pacte de *quota litis*, qui avait été considéré comme international parce qu'il se rattachait à la prestation d'un avocat dans le cadre d'un arbitrage international, CA Paris 10 juillet 1992, D. 1992.459, note Ch. JARROSSON.

²⁹⁴ Cf Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-22.608, D. 2016.988, note, T. ALLAIN.

²⁹⁵ Discussion des concl. M. LAURIOL : Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, CR 28 juin 1975, p. 5010.

²⁹⁶ J-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », chron. JDI 2003, n° 1.

²⁹⁷ G. SPERDUTI, « Théorie du droit international privé », RCADI 1967-III, t. 122, p. 173 et s., spéc. p. 188.

même loi que le contrat principal et d'éviter les problématiques tenant aux difficultés d'articulation entre le régime de ces deux contrats.

155. Les polémiques quant à la définition du contrat international en matière de sous-traitance sont peu audibles. « N'est-elle pas, comme toute relation, objectivement internationale dans le sens du droit international privé : une relation qui comporte des liens avec plus d'un système juridique, c'est-à-dire un élément d'extranéité ? »²⁹⁸. Le critère de l'internationalité d'emprunt a bénéficié de l'absence de critère d'extranéité satisfaisant en matière de sous-traitance. La nationalité est un critère trop malléable pour être le socle incontestable de l'extranéité. La localisation du lieu d'exécution du contrat principal paraîtrait être un critère d'extranéité satisfaisant, mais l'exécution du contrat peut survenir dans plusieurs Etats à la fois, y compris dans l'Etat de la nationalité éventuellement commune des parties. Dans une telle hypothèse, conviendrait-il d'opérer une pesée des travaux opérés à la fois à l'étranger ou dans l'Etat de nationalité commune ? Ou conviendrait-il de considérer que seule importerait la localisation de l'infrastructure finale résultant des travaux ? Estimer que la localisation de l'ouvrage final serait un critère d'extranéité suffisant ne serait pas exempte de toute incertitude, lorsque l'ouvrage sera transporté et déposé à l'étranger après avoir vu chacune des étapes de sa construction être assemblée dans l'Etat de nationalité commune des parties. Ces perplexités relatives au(x) lieu(x) d'exécution de la sous-traitance multiplient les risques de contentieux.

Conclusion chapitre II : Afin de déterminer l'internationalité d'un contrat de sous-traitance, aucun élément ne doit être présumé *a priori* indifférent malgré la complexité qu'il présente. En droit positif français, l'internationalité d'emprunt est consacrée et est, en règle générale, déterminée par la transparence de la sous-traitance²⁹⁹. Cette exigence de transparence donne à l'internationalité du contrat de sous-traitance davantage de prévisibilité. L'internationalité d'emprunt est une approche qui doit être défendue en ce qu'une sous-traitance transparente constitue un contrat dérivé du contrat principal³⁰⁰. Le sous-traité constitue une opération unique. Le critère économique est rempli, par un mouvement de flux et reflux de produits, de services et de personnel à travers les frontières et par la mise en jeu des intérêts du commerce international. La relation de sous-traitance n'est qu'un démembrement du contrat principal et constitue le moyen de réalisation de celui-ci. Une identité de

²⁹⁸ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 6.

²⁹⁹ F. POCAR, « Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 155-157.

³⁰⁰ Cf l'hypothèse d'un pacte de *quota litis*, qui avait été considéré comme international parce qu'il se rattachait à la prestation d'un avocat dans le cadre d'un arbitrage international, CA Paris 10 juillet 1992, *D.* 1992.459, note Ch. JARROSSON.

but existe entre le sous-traité et le contrat principal. Par conséquent, pour déterminer le caractère international ou non d'un contrat de sous-traitance, il convient de procéder à l'analyse de l'ensemble de l'opération de construction. Le critère de l'internationalité d'emprunt n'a fait que s'engouffrer dans une brèche béante caractérisée par l'absence de critère d'extranéité satisfaisant en matière de sous-traitance. De plus, l'internationalité de la relation principale doit être un élément à prendre en considération, notamment parce qu'elle permettrait une unité du droit applicable à l'ensemble des contrats de construction, principaux et sous-traités.

Conclusion partie I : L'internationalisation du contrat de construction répond à des problématiques substantielles distinctes selon l'échelle de la relation contractuelle étudiée. En ce qui concerne les contrats principaux de construction, l'internationalité dépend de la nature de la convention (contrats purement privés, PPP ...). Si le Règlement Rome I s'applique aux contrats conclus entre personnes privées (il suffit alors que la situation présente un conflit de lois pour être internationale), il n'est pas applicable en présence d'une partie publique. Dans cette hypothèse, la nationalité étrangère de l'un des contractants demeure le critère le plus utilisé malgré les failles qu'il a, une personne morale étant difficilement identifiable à un territoire. Le contrat de sous-traitance conclu entre deux personnes privées est soumis au Règlement Rome I. L'extranéité est consacrée dès lors que la situation présente un conflit de lois. L'internationalité répond surtout à une question spécifique liée à l'emprunt du caractère international du contrat principal. Il est légitimement affirmé que, dès lors qu'un sous-traité est transparent et que la relation principale est internationale, alors le contrat de sous-traitance bénéficiera par contagion de l'internationalité du rapport principal.

A partir du moment où un contrat devient international, la question de la loi applicable se pose, une concurrence s'instaure entre les droits nationaux et le choix du droit applicable apparaît. Les parties à un contrat international de construction soumettront leur contrat à la loi qui favorisera au mieux leurs intérêts économiques.

PARTIE II : LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION

Le choix du droit applicable au contrat international de construction s'inscrit dans une approche managériale du droit. Les particularités des droits nationaux offrent aux parties bon nombre de ressources, d'où l'importance d'analyser l'environnement juridique dans lequel baigne le contrat international de construction. Pour désigner un droit à leur contrat, les parties doivent identifier les forces ou avantages (Strengths), les faiblesses ou méfaits (Weaknesses), les opportunités (Opportunities) et les menaces (Threats) des différentes législations nationales. Le choix du droit applicable s'inscrit dans une sphère où les valeurs nationalistes s'opposent aux valeurs de la globalisation des chantiers internationaux de construction.

Si la liberté des parties dans le choix de loi détient valeur de principe, qu'il s'agisse du contrat principal de construction ou du sous-traité, des incertitudes demeurent. La prévention contractuelle des différends dans les chantiers internationaux de construction passe par le choix du droit applicable au contrat de construction. Or, des contrats de construction ne font pas mention d'une clause de droit applicable, notamment parce que la majorité des contractants et leurs conseils « fuient devant le problème de droit international privé »³⁰¹.

Dans un premier temps, il faudra étudier la question du droit applicable dans les contrats principaux de construction (Chapitre I). Puis il conviendra de descendre sur l'échelle de la chaîne de contrats pour se pencher sur le droit applicable aux contrats de sous-traitance (Chapitre II).

³⁰¹ P. LEPAULLE dans P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Trav. comité fr. DIP* 1966, p. 238.

CHAPITRE I : Le droit applicable dans les contrats principaux de construction

Les contrats principaux de construction, conclus entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur principal, sont en principe liés par une règle commune. Au sein de ces contrats, la question du droit applicable est tranchée par un principe, celui de l'autonomie conférée aux parties dans le choix de loi. Cette autonomie ne tire pas son origine de la même source selon la personne des contractants, publics ou privés. Confrontée aux constats des multiples remous entourant le droit applicable aux contrats de construction, la pratique a fait émerger un léger attrait au recours des droits anationaux. Après avoir abordé la question du droit national applicable entre les contractants (Section I), il conviendra de se pencher sur les perspectives nécessaires d'une harmonisation du droit de la construction devant la progression du recours aux droits anationaux (Section II).

Section I : Le droit applicable entre les parties

L'étude relative à la typologie des contrats de construction a révélé que les parties pouvaient être des contractants privés ou des contractants publics. Certains contrats de construction, comme les PPP, sont conclus entre des contractants privés et des contractants publics. D'autres, comme les contrats DB, sont surtout conclus par des contractants privés s'accordant entre eux. A l'étude de ce panorama contractuel, il s'avère que les problématiques relatives au droit applicable ne seront pas tout à fait les mêmes selon la personne des contractants. Si le Règlement Rome I est le socle juridique de base pour les contrats conclus entre personnes privées, il ne s'applique pas en présence d'un contractant public. Et si entre contractants privés, les questions relatives à la territorialisation du droit administratif n'ont pas lieu d'être, elles sont nombreuses en présence d'un cocontractant public. L'étude du droit applicable entre personnes privées (Sous-Section I) précédera celle du droit applicable en présence d'une personne publique (Sous-Section II).

Sous-Section I : Le droit applicable entre contractants privés

Selon une étude réalisée par l'Oxford Institute of European and Comparative Law et l'Oxford Center for Social-Legal Studies en 2008, près de deux tiers des entreprises interrogées ont considéré la liberté de choisir le droit applicable à leur contrat comme un avantage. 83 % des entreprises sondées ont répondu que la faculté de désigner un droit autre qu'euro-péen était importante pour leurs transactions internationales. Près d'une entreprise sur deux a affirmé choisir un droit étranger parce que leur propre droit national des contrats leur paraissait inadapté³⁰². Une autonomie des parties dans le choix du droit applicable à leur contrat international de construction fait l'objet d'une consécration certaine. Si les parties ne s'accordent pas, volontairement ou non, sur le choix du droit applicable à leur contrat de construction, une autre loi devra s'appliquer à défaut. L'importance de ce choix est indéniable, le domaine de la loi applicable s'étendant aux obligations d'assurance rattachée à la loi applicable au contrat de construction. La détermination du droit applicable (§1) amènera l'étude de son domaine (§2).

³⁰² Oxford Institute of European and Comparative Law et l'Oxford Center for Social-Legal Studies, Rapport 2008.

§1 : La détermination de la loi applicable au contrat de construction

L'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable à leur contrat est un principe qui est suivi par la quasi-totalité des juridictions³⁰³. « (L)a règle de droit international privé la plus largement acceptée de notre époque est peut-être que les parties à un contrat sont libres de stipuler quelle loi régira leur transaction »³⁰⁴. Les contrats de construction ne font l'objet d'aucun régime prévu par une Convention spécifique, laissant libre jeu aux dispositions du Règlement Rome I, applicable subsidiairement. En application de ce Règlement, les parties au contrat de construction demeurent libres de choisir la loi applicable qui leur sied³⁰⁵ (1). En dépit d'une autonomie consacrée dans le choix du droit applicable, il s'avère que les parties ont souvent tendance à y renoncer. Par défaut, un droit national devra être désigné, que ce soit par le biais des règles de rattachement alternatives ou par l'application de la clause d'exception (2).

1) Le choix par les parties de la loi applicable

Si l'autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable est un principe qui s'ancre dans les siècles, encore a-t-il fallu s'accorder sur sa caractérisation. Dans les contrats de construction pour lesquels les éléments se rattachent à au moins deux ordres juridiques différents, avec la réunion d'au moins un élément d'extranéité, la liberté de choix de loi gouverne (a). Des exceptions à l'autonomie ont été posées par le Règlement Rome I. Celle-ci sera encadrée à propos des contrats à rattachements homogènes, dont les éléments se rattachent à un seul et même pays, limitée par le droit impératif de source européenne en matière contractuelle, lorsque les parties ont fait un choix de loi en faveur d'un Etat tiers, ou encore écartée en présence de normes nationales spécifiquement désignées comme devant s'appliquer en toutes circonstances, afin de sauvegarder les intérêts publics d'un Etat (b).

³⁰³ Cf notamment S. C. SYMEONIDES, « General Report », in *Private International Law at the end of the 20th Century : Progress or Regress ? : XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 38-40.

³⁰⁴ R. WEINTRAUB, « Functional Developments in Choice of Law for Contracts », *RCADI* 1984, p. 239-271.

³⁰⁵ Article 3§ 1 du règlement Rome I, « (l)e contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

a. Le principe

a.1. Un concept ancien

156. L'autonomie de la volonté dans le choix du droit est un principe acquis. C'est à l'auteur Foelix, en 1843, que l'on doit l'entrée de la notion d'« autonomie » dans le vocabulaire internationaliste³⁰⁶. Au XVI^e siècle, Dumoulin, lors de sa consultation aux époux de Ganey, tirera la conséquence révolutionnaire du libre choix de la loi applicable par les parties, notamment la faculté de choisir une loi autre que celle du lieu de conclusion du contrat. Le juriste allemand Savigny, pour sa part, rejettera le mot « autonomie » en refusant « d'appeler autonomie cet effet très général de la volonté libre »³⁰⁷. En contextualisant sa position, il convient de souligner que dans la littérature allemande, le vocabulaire « autonomie » renvoyait au privilège dont certaines corporations pouvaient disposer pour régir elles-mêmes leurs rapports par une sorte de « législation domestique »³⁰⁸. Au concept d'autonomie, Savigny préférait employer la notion de « soumission volontaire », en énonçant que « le droit local applicable à chaque rapport de droit, se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée »³⁰⁹.

Jusqu'en 1884, aucune allusion jurisprudentielle ne sera faite à la liberté de choix des parties, les juges n'appliquant que la *lex loci contractus*. Un principe constant et universel était posé, celui selon lequel tout contrat passé entre des personnes de nationalités différentes était appelé à être soumis à la loi du lieu où il a été passé, non seulement pour sa forme, mais également pour sa validité et ses effets. C'était ce qu'avait rappelé la Chambre des requêtes de la Cour de cassation à propos d'un contrat de prêt dans un arrêt rendu le 10 juin 1857³¹⁰.

³⁰⁶ Cf V. RANOUIL, *Autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

³⁰⁷ V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 22-23 et p. 29 et cf F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit par Charles Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1860, t. VIII, p. 112, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 21.

³⁰⁸ I. FETZE KAMDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit* 1999, p. 645-663.

³⁰⁹ F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduit par Charles Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1860, t. VIII, p. 112, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 21.

³¹⁰ Cass. req., 10 juin 1857, *DP* 1859, p. 194, *S.* 1859. 1, p. 752 ; Cass. req., 11 février 1862, *S.* 1862. 1. 379 ; Cass. req., 18 décembre 1872, *S.* 1873. 1. 35 ; Cass. civ. 23 février 1864, *S.* 1864. 1. 385 ; Cass. req., 18 février 1874, *JDI* 1875.117 ; Cass. civ. 31 mars 1874, *S.* 1874. 1. 385. – 4 juin 1878, *S.* 1880. 1. 428.

157. Par un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mai 1884³¹¹, une révolution s'enclencha. Alors que le contrat litigieux avait été conclu à l'étranger, il a été jugé que la Cour d'appel « en s'attachant aux circonstances particulières de la cause en a conclu que les parties contractantes avaient voulu se soumettre à la loi française et que c'est là une appréciation qui échappe à la censure de la Cour de cassation ». Les circonstances de l'espèce étaient particulières. Il s'agissait d'un billet à ordre souscrit à l'étranger entre des personnes de nationalités françaises désirant retourner en France, si bien qu'il était apparu à la Cour d'appel « invraisemblable que les contractants aient eu la pensée de choisir, pour l'exécution de l'acte qu'ils souscrivaient, le statut californien ; qu'on doit présumer plutôt qu'ils s'étaient soumis (...) à la loi de leur pays d'origine ». Une référence similaire à la volonté des parties avait été retrouvée dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation rendu le 17 juillet 1889³¹². Il ne s'agissait là que de décisions isolées, car de façon générale, la jurisprudence de la Cour de cassation ne faisait aucune référence à la volonté des parties dans la recherche de la loi applicable à un contrat³¹³.

158. Il faudra attendre l'arrêt *American Trading Company* de la Première Chambre civile de la Cour de cassation rendu le 5 décembre 1910 pour que le principe d'autonomie de la volonté dans le choix de loi applicable à un contrat soit affirmé avec fermeté et netteté. Il y a été noté, à propos d'un contrat de transport maritime, « que la loi applicable aux contrats, en ce qui concerne leur formation, soit en ce qui concerne leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptée ; que si en principe entre personnes de nationalités différentes la loi du lieu où le contrat est intervenu est celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire ; que non seulement cette volonté peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause ... »³¹⁴. Au son de cet arrêt, l'article 38 alinéa 3 du statut de la Cour Internationale de Justice a énoncé que l'autonomie de la volonté était perçue comme un « principe général de droit reconnu par les Nations civilisées », un principe largement reconnu dans tous les systèmes nationaux de droit international privé. La conception éthique de l'autonomie chez Kant se traduit par la volonté de l'Homme au cœur de la création et de la soumission à la loi, de sorte qu' « une

³¹¹ Cass. req., 19 mai 1884, *D.* 1884, jurispr. p. 28.

³¹² Cass. req., 17 juillet 1889, *JDI* 1889.1024.

³¹³ Cass. req., 19 février 1890, *JDI* 1890.495.

³¹⁴ Cass. 5 décembre 1910, *American trading company*, *S.* 1911. 1. 129, note Ch. LYON-CAEN ; *Rev. crit. DIP* 1911.395 ; *JDI* 1912.1156 : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ».

personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne à elle-même »³¹⁵. Les germes de cette doctrine du volontarisme juridique provoqueront la naissance de ce que la doctrine nommera « l'autonomie de la volonté ». Par autonomie de la volonté, chaque contractant est libre de choisir, par sa volonté créatrice de droit, les dispositions qui régiront son contrat.

a.2. La notion d'autonomie

159. La notion d'autonomie de la volonté est polymorphe. La doctrine distingue trois sortes d'autonomie, l'autonomie intégrale, l'autonomie conflictuelle et l'autonomie restreinte³¹⁶.

En application de l'autonomie intégrale, les dispositions contractuelles du contrat de construction se situent dans un rang hiérarchiquement supérieur à celui de la loi applicable. Autrement dit, si un contrat international de construction est soumis à la loi française, mais que les parties y insèrent une disposition contractuelle qui contrevient à celle-ci, la disposition contractuelle primera sur la *lex contractus*. Il est question d'incorporation conflictuelle de la loi dans le contrat de construction³¹⁷. Selon la théorie de l'autonomie intégrale, il n'est pas nécessaire de rechercher la loi applicable, puisque la disposition contractuelle l'emportera sur la loi.

L'autonomie conflictuelle prône une autre voie³¹⁸. Selon cette théorie, il existe une loi objectivement applicable au contrat de construction, qui est celle désigné par la règle de conflit de lois, mais les parties ont la faculté d'y déroger par une autre loi. C'est le cas pour les contrats de prestation de services, appartenant à la généralité de contrats pour lesquels le Règlement Rome I énonce que la

³¹⁵ A. BRAZ, « Droit et éthique chez Kant : l'idée d'une destination communautaire de l'existence », *Publications de la Sorbonne*, 2005 ; cf également A. GRANDJEAN, « Personnalité morale et rationalité selon Kant », *Archives de Philosophie* 2016/2, Tome 79, p. 387 à 399.

³¹⁶ Cf P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 869-885 et cf P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016, n° 2.

³¹⁷ J-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. comité fr. DIP 1993-1995*, Pédone 1996, p. 23 et s.

³¹⁸ Cf P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, Domat droit privé, 2019, 12^e éd., § 736, p. 521.

règle de conflit de lois permet aux parties de choisir la loi applicable, à défaut sera applicable la loi du pays de résidence du prestataire de services³¹⁹.

Enfin, dans le cadre de l'autonomie restreinte, les parties ne se voient pas offrir la possibilité de choisir le droit applicable à leur contrat international de construction. Dès lors qu'une loi objectivement applicable est caractérisée (celle déterminée par la règle de conflit de lois), les parties sont appelées à s'y soumettre. Si elles décident d'insérer des dispositions contractuelles issues d'une autre loi, ces dispositions devront respecter la loi objectivement applicable. Contrairement à l'autonomie conflictuelle, la loi objectivement applicable prime, les parties ne peuvent pas déroger à ses dispositions impératives. La doctrine parle d'incorporation matérielle de la loi dans le contrat³²⁰.

160. Dans l'arrêt *American trading company* de 1905 précité, il semblerait, à première vue, que la Cour de cassation avait consacré l'autonomie conflictuelle. Si une loi objectivement applicable désignée par la règle de conflit avait été caractérisée, les parties y avaient dérogé par une autre loi, ce qui démontrait le signe d'une autonomie conflictuelle. Plusieurs lectures peuvent être faites de cet arrêt, dénotant également des signes d'une autonomie intégrale et d'une autonomie restreinte. En l'espèce, une clause contractuelle avait été insérée par les parties. Cette clause contrevenait à la loi applicable au contrat et les juges avaient estimé que cette clause l'emportait sur la loi. Cette primauté de la disposition contractuelle sur la loi applicable semblait témoigner d'une autonomie intégrale. Un indice de la présence d'une autonomie restreinte était également présent puisque les parties, lorsqu'elles avaient opté pour une loi différente de celle objectivement applicable, étaient tenues de respecter la loi objectivement applicable.

161. Parmi ces trois autonomies, le Règlement Rome I paraît consacrer une autonomie conflictuelle que l'on pourrait qualifier de « renversée ». L'article 3 § 1 du règlement Rome I, intitulé « Liberté de choix », dispose que le contrat est « régi par la loi choisie par les parties. Le choix est

³¹⁹ Article 4§ 1b du Règlement Rome I : « À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit : b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ».

³²⁰ Par le mécanisme des lois de police, l'autonomie restreinte semble se manifester. Dans l'autonomie restreinte, les parties ne peuvent pas déroger à la loi objectivement applicable. Par conséquent, si le juge français est saisi d'un contrat de construction soumis à la loi allemande, et qu'une loi de police française est légitime à s'appliquer, le juge français sera dans l'obligation d'appliquer la loi de police française. L'article 9§ 1 du Règlement Rome I dispose que le juge du for est tenu d'appliquer les lois de police du for. Dès lors, par le mécanisme des lois de police, la *lex contractus* choisie par les parties est privée d'effets. La loi de police devient la loi objectivement applicable et les parties ne peuvent pas y déroger.

exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Cet article rend applicable la loi des parties. Cette loi peut être substituée par la loi du pays de résidence du prestataire de services, dans l'hypothèse où les parties ne s'entendent pas sur le droit applicable (article 4 § 1 b). L'autonomie de la volonté des parties demeure l'unique principe consacré et ce principe ne constitue pas une exception au rattachement objectif.

b. Les limites

b.1. Les articles 3 § 3 et 3 § 4 du Règlement Rome I

162. L'article 3 § 3 du Règlement Rome I apporte des limites à l'autonomie des parties dans le choix du droit applicable. Cet article énonce que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un pays autre que le pays dont la loi est choisie, le choix des parties ne doit pas porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet de déroger par accord ».

Cet article concerne tous les contrats qui ne seraient internationaux que dans le nom, autrement dit les contrats à rattachements homogènes, ceux dont les éléments se rattachent à un seul et même pays. C'est notamment le cas lorsque les parties vont artificiellement, pour que le Règlement Rome I puisse s'appliquer, insérer une clause de choix de loi à leur contrat de construction, alors même que ce contrat est purement interne (la construction s'opérant en France, au profit d'un maître de l'ouvrage français par un constructeur français). Dans cette hypothèse, seule l'insertion d'une clause de choix de loi étrangère fait apparaître un conflit de lois. Pour lutter contre de telles manœuvres, le Règlement Rome I énonce que lorsque tous les éléments du contrat se situent dans un seul et même pays, alors la clause de choix de loi étrangère ne pourra pas porter atteinte aux dispositions impératives de la loi qui aurait été objectivement applicable. L'article 3 § 3 protège le droit national par une volonté de préserver, sans faire de distinction, toutes les dispositions impératives qui s'appliquent traditionnellement et de plein droit aux contrats internes. Cet article témoigne de la volonté d'éviter les fraudes destinées à échapper à un droit interne en s'appuyant sur la liberté offerte par le commerce international.

Quand le contrat de construction est à rattachements homogènes, l'autonomie des parties dans le choix du droit applicable est très réduite dans sa portée, elle ne pourra déroger qu'aux dispositions supplétives de la loi normalement applicable. Un contrat international de construction à rattachements hétérogènes, objectivement international, dont les éléments de rattachement se rattachent à au moins deux Etats, est nécessaire pour que le critère autonomiste puisse jouer par principe.

163. L'article 3 § 4 du Règlement Rome I énonce que « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix, dans un ou plusieurs Etats membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un Etat membre ne doit pas porter atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'Etat membre du for ». Cet article encadre l'autonomie de la volonté des parties au profit du droit impératif de source européenne en matière contractuelle, uniquement quand les parties ont fait choix de loi en faveur d'un Etat tiers. La cohérence est respectée, puisque si elles avaient opté pour la loi d'un Etat membre, elles se seraient naturellement confrontées à une application automatique des règles impératives du droit de l'Union européenne³²¹.

L'article 3 § 4 permet l'application du droit de l'Union européenne auquel on ne peut pas déroger par accord, telles que mises en place par l'Etat membre. Appliquée au secteur de la construction internationale, cet article concernera essentiellement le secteur protégé du logement. Mais, il dépasse la simple volonté d'assurer aux consommateurs ou aux parties faibles dans des contrats déséquilibrés un standard minimum de protection par les normes impératives européennes. Il a vocation à s'appliquer à tous les contrats intra-européens et sa formulation générale bénéficiera à tout le droit européen impératif, actuel et futur. Son objectif est d'empêcher une fuite des dispositions impératives du droit de l'Union européenne lorsque le contrat est entièrement localisé sur le territoire d'un Etat membre, afin de garantir l'uniformité de l'application droit de l'Union. Par sa formulation si générale, cet article est susceptible d'ériger le droit européen en loi de police et pourrait « sonner pratiquement le glas de la notion d'internationalité pour les rapports juridiques entièrement localisés dans l'espace

³²¹ Malgré tout, l'affaire de la Grande Canarie, BGH, 19 mars 1997 (*Rev. crit. DIP* 1998.610 et s., note P. LAGARDE) a démontré que tel n'était pas toujours le cas, notamment en présence d'une mauvaise transposition d'une directive européenne.

européen »³²². Cet article nuit à la prévisibilité des parties sur la loi applicable. Il limite l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats de construction intra-européens, qui restent internationaux, faisant primer le droit européen impératif.

b.2. L'interférence des lois de police

164. L'article 9 du Règlement Rome I dispose qu' « 1. (u)ne loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. (...) ». Les lois de police s'appliquent *a priori*, avant toute consultation de la règle de conflit de lois et, quelle que soit la loi désignée applicable par celle-ci³²³.

165. La notion de loi de police concerne les normes nationales spécifiquement désignées comme devant s'appliquer en toutes circonstances, afin de sauvegarder les intérêts publics d'un Etat. La loi de police correspond à la norme étatique substantielle visant à préserver des intérêts si primordiaux pour le juge du for qu'elle est destinée à s'appliquer et ce, quelle que soit la loi applicable au contrat de construction. Par la voie dérogatoire des lois de police, un juge du for peut valablement écarter certaines dispositions de la loi applicable au contrat international. En matière de construction, l'enjeu est d'identifier et de caractériser les lois de police. Chaque législation nationale pose des règles relatives aux permis de construire, à l'urbanisme, à la santé publique, à l'accès au logement. Toutes ces règles sont étroitement liées aux contrats internationaux de construction et un juge national peut voir, parmi elles, des lois de police. Le droit de la construction étant étroitement lié aux

³²² J-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques - Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 745.

³²³ A ne pas confondre avec l'ordre public international. L'article 21 du Règlement Rome I permet au juge du for d'écarter une loi étrangère après l'avoir mis en application, dès lors que cette application « est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Il s'agit ici d'un mécanisme de contrôle *a posteriori* par lequel le juge du for, après avoir appliqué la loi étrangère désignée applicable au contrat international, l'écarte finalement au vu du résultat choquant qu'elle entraînerait au regard de son propre droit interne.

problématiques sociales et de logements, des juridictions étatiques saisies pourraient s'investir du pouvoir d'appliquer leur propre droit national en lieu et place de la *lex contractus*, en tant que lois de police. En pratique, le jeu des lois de police a essentiellement concerné les contrats de sous-traitance, qui seront abordés dans les développements suivants.

Conclusion 1 : L'autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable est essentielle et légitime, les parties étant les mieux placées pour déterminer les règles juridiques les plus adaptées à leurs rapports commerciaux. Si cette autonomie est consacrée à titre de principe au sein du Règlement Rome I, elle est également entourée de limites par ce même Règlement. Ces limites visent à préserver les intérêts essentiels des Etats par le jeu des lois de police, à respecter les règles impératives du droit de l'Union européenne, ou encore à empêcher les manœuvres visant à échapper à un droit national normalement applicable, en s'appuyant sur la liberté offerte par Règlement Rome I.

L'autonomie consacrée, les parties ne s'en prévalent pas toujours. En l'absence de choix de loi par les contractants, une loi devra être désignée pour régir les droits et obligations applicables au contrat de construction.

2) La loi applicable à défaut de choix

Dans le Règlement Rome I, le contrat de construction est assimilable à un contrat de prestation de services, rendant alors applicable, à défaut de choix, la loi du prestataire de services (a). Le Règlement Rome I ne confère pas à ce rattachement alternatif une entière immuabilité et permet un basculement, sous conditions, en faveur de la loi qui serait applicable par le mécanisme de la clause d'exception (b).

a. L'application de la loi de résidence du prestataire de services

a.1. La solution écartée : La loi du lieu de la construction

166. En l'absence de choix de loi des parties, le fait de privilégier la loi du lieu d'exécution du contrat de construction permet de retenir un critère plus facilement identifiable. C'est vers son exécution qu'un contrat est avant tout dirigé. Le lieu d'exécution permettrait surtout de mettre toutes les entreprises sur un même pied d'égalité. Retenir la loi du lieu d'exécution de la construction assurerait une concurrence égale en cas de pluralité de constructeurs, ces derniers seraient soumis à la même loi et ne pourraient pas se prévaloir d'avantages relatifs à la réglementation sociale ou fiscale de leurs pays d'origine. C'est ainsi que le Doyen Henri Batiffol, dans son ouvrage ayant trait aux conflits de lois en matière contractuelle, avait conclu à la prééminence du lieu d'exécution principal du contrat pour déterminer la loi applicable³²⁴. En retenant le critère de la résidence du prestataire de services, le Règlement Rome I crée de futures distorsions de concurrence, en favorisant les constructeurs installés dans les Etats aux droits les plus libéraux en matière contractuelle. Ils s'assureraient, en cas d'absence d'accord sur une loi commune, d'un droit national peu contraignant.

167. Pour favoriser l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble, il serait intéressant de plaider pour une modification du Règlement Rome I en ajoutant « les contrats qui ont pour objet ou pour finalité un acte de construction d'un immeuble » au sein de la disposition « (n)onobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble »³²⁵.

168. Pourquoi le règlement Rome n'a-t-il pas retenu le critère de la loi d'exécution du contrat ? En ce qui concerne les contrats internationaux de construction, des hésitations peuvent surgir dans la détermination du lieu d'exécution. Faut-il retenir le lieu d'élaboration des plans, le lieu des travaux de l'architecte, le lieu de la construction à proprement parler ... ? La construction d'un ouvrage se manifeste par tant d'étapes d'exécution qu'il est difficile de n'en retenir qu'une. De surcroît,

³²⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrat*, Sirey, 1938, n° 178.

³²⁵ TGI Poitiers, 22 décembre 1999, *Rev. crit. DIP* 2001, n° 4, spéc. p. 680-681, note P. REMY-CORLAY.

conviendrait-il de différencier entre le lieu de conception et le lieu d'exécution de la construction ? Et donc d'appliquer à la conception, la loi du lieu de la conception, c'est-à-dire le droit du pays où l'architecte exécute ses prestations ?³²⁶ En l'occurrence, la réponse devrait être négative, puisque l'architecte conçoit les travaux au regard du lieu dans lequel ils doivent être exécutés, de sorte qu'il est peu concevable d'opérer une telle distinction. Il est souvent plus utile de garantir l'unité du droit applicable dans les opérations de construction. Il ne serait pas évident pour le juge de déterminer ce qui relève de la conception de ce qui relève du design, de la supervision ou encore de l'exécution de la construction, d'où l'intérêt de privilégier une loi unique aux opérations de construction³²⁷. Pour autant, certaines jurisprudences nationales ont opéré une distinction et refusé d'appliquer la loi du lieu de situation de l'immeuble (loi d'exécution de l'ouvrage) aux opérations de conception issues du contrat d'architecte. En ce sens, la Cour d'appel de Beyrouth, dans un arrêt rendu le 4 juillet 1967, avait appliqué le droit libanais à un contrat d'architecte, conclu entre un maître de l'ouvrage libanais et un architecte, pour l'élaboration des plans d'un hôtel à construire en Arabie Saoudite³²⁸.

a.2. La solution retenue : La loi du lieu de résidence du constructeur

169. Le Règlement Rome I apporte une certaine clarté. Dans le silence des parties et pour les contrats de prestation de services, il fixe la loi applicable à défaut de choix en faveur de la résidence du prestataire de services. Comme l'ont fait remarquer les Professeurs Mayer et Heuzé, « en matière contractuelle, la prévisibilité est capitale » et même s'il ne faut pas la sacraliser, « lorsque les parties n'ont pas usé de la liberté qui leur est donnée de choisir la loi applicable, seule une méthode rigide garantit cette prévisibilité »³²⁹. En principe, la règle de proximité, qui ne joue que pour l'article 4 § 1 c) du Règlement Rome I pour le droit réel immobilier et la vente d'immeubles à construire, devrait pencher en faveur de la loi de situation de l'immeuble. Le principe de proximité devient une exception sous le Règlement Rome I.

170. L'article 4 du Règlement Rome I prévoit huit rattachements principaux pour les contrats du commerce international les plus fréquents (vente, prestation de services ...), en cas d'absence de

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ Mais ni la Convention de Rome ni le Règlement Rome I n'imposent une loi unique aux groupes de contrats et ce malgré la possibilité offerte au juge de prendre en considération le caractère unitaire de l'économie en cause et de privilégier un droit unique.

³²⁸ Beyrouth, 4 juillet 1967, *JDI* 1972.92.

³²⁹ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *op. cit.*, n° 724, p. 556.

choix de loi par les parties. L'inconvénient majeur qui ressort du Règlement Rome I tient précisément à cette liste des huit contrats, dont la définition et la qualification peuvent interroger. Comment définir un contrat de prestation de services ? Dans un arrêt Falco, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé qu'une prestation de services pouvait se définir comme l'accomplissement d'un travail déterminé en contrepartie d'une rémunération, ce qui peut correspondre à une opération de construction. Dans l'arrêt Falco, l'existence d'une activité suppose « l'accomplissement d'actes positifs, à l'exclusion de simples abstentions »³³⁰. Il s'agit d'une définition restrictive à deux égards. D'une part, la Cour de justice de l'Union européenne exclut tous les contrats à titre gratuit et d'autre part, elle exclut tous les contrats dans lesquels il n'y a pas de prestation matérielle (mandat, prêt, prestation intellectuelle ...).

171. A l'origine, la solution visant à identifier et à retenir la prestation caractéristique correspond à celle qui s'est de manière progressive installée dans le droit international privé suisse des contrats³³¹. Dans un arrêt du 12 février 1952, le Tribunal fédéral avait d'abord dégagé la notion de prestation caractéristique pour arrêter de soumettre chaque obligation à la loi de son propre lieu d'exécution et estimé qu'à défaut de choix de loi des parties, le lieu d'exécution de la prestation caractéristique serait prépondérant³³². Puis, dans un arrêt du 31 août 1953, le Tribunal fédéral suisse lui avait substitué le lieu du domicile du contractant débiteur de la prestation caractéristique³³³. La prestation caractéristique est celle permettant de distinguer un contrat des contrats d'une autre nature. Adolf Schnitzer avait situé le fondement de la prestation caractéristique dans son étude des contrats commerciaux en droit international privé, publiée en 1938³³⁴. Selon lui, « le critère qui distingue une obligation (...) d'une autre nous permet de reconnaître l'essence du contrat. Ce critère est fourni par la prestation qui caractérise l'opération »³³⁵. Selon le Rapport Giuliano/Lagarde, la prestation caractéristique doit être entendue comme « la prestation par laquelle le paiement est dû »³³⁶.

172. Retenir comme critère le pays de résidence du débiteur du prestataire de services n'est pas

³³⁰ CJCE, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et. Thomas Rabitsch. contre. Gisela Weller-Lindhorst*, aff. C-533/07, point 38.

³³¹ A. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. crit. DIP* 1955.459 et s. ; du même auteur, cf « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI* 1968, t. 123, p. 421 s.

³³² Tribunal Fédéral, arrêt du 12 février 1952, *Rev. crit. DIP* 1953.390, note G. FLATTET.

³³³ Tribunal Fédéral, arrêt du 31 août 1953, *Rev. crit. DIP* 1954.799, note G. FLATTET.

³³⁴ A. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Handels, Wechsel – und Checkrechts*, Zürich/Leipzig, 1938, p. 203-209.

³³⁵ A. SCHNITZER, *Rev. crit. DIP* 1965.459 et s. ; et du même auteur, cf *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 volumes, Bâle, Verlag f. Recht- und Gesellschaft, 4^e éd., 1958 vol. I, p. 38 et s., vol. II, p. 578.

³³⁶ Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelle, *Journal officiel des Communautés européennes*, 31 octobre 1980, n° C282/1.

dénué de toutes incertitudes. Outre que la valeur localisatrice d'un tel critère est d'ordinaire, « assez faible », ce critère privilégie un élément tenant à l'une des parties, à savoir le constructeur, au détriment du contrat lui-même³³⁷.

b. La clause d'exception

b.1. Notion

173. L'article 4 § 3 du règlement dispose que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». La recherche de la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat se concrétise sous la forme de « la tâche difficile de “compter” et “peser” (“counting and weighing”) les liens existants entre la relation contractuelle et les Etats impliqués »³³⁸. La clause d'exception n'a pas été intégrée au Règlement Rome I dans une optique de soustraire les règles de conflit de lois générales pour les remplacer par des règles de conflit de lois spéciales. Certes, le fait que le Règlement Rome I prévoit la possibilité de faire jouer le levier de la clause d'exception rend compte du caractère incertain ou approximatif du rattachement visé par la règle de conflit de lois. Mais, des conditions sont exigées à la mise en jeu de la clause d'exception. La majorité des juridictions exigent l'exercice d'un double test à son application. Il conviendra que soit démontrées à la fois l'absence de liens étroits avec la loi normalement applicable et la présence de liens plus étroits avec le droit d'un autre Etat.

174. L'adverbe « manifestement » présent dans l'article 4 § 3 du Règlement Rome I empêche une large application de la clause d'exception, ce qui favorise une plus grande sécurité juridique. Le caractère « manifeste » désigne quelque chose de « très apparent, patent, qui se révèle de lui-même et de façon très visible »³³⁹. Et, pour respecter la logique du Règlement Rome I, c'est aux parties de réclamer le jeu de la clause d'exception et non au juge de l'appliquer d'office.

³³⁷ M-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

³³⁸ P. DEUMIER, « Regards comparatistes sur le phénomène contractuel », *JDI* 2010, n° 3, p. 14.

³³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, in *Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 2020.

b.2. Application au contrat de construction

175. Le terme de « clause échappatoire » souvent utilisé pour qualifier la clause d'exception³⁴⁰ doit être remis en cause. Selon la définition issue du dictionnaire Larousse, le terme « échappatoire » désigne un « moyen adroit de se tirer de l'embarras ». Or, « les clauses d'exception (...) ne sont pas destinées à ouvrir au juge une voie détournée pour déroger à la loi lorsque l'application de celle-ci l'embarrasse »³⁴¹. La clause d'exception permet simplement de faire jouer davantage de flexibilité dans le contrat international de construction et d'améliorer l'opération de localisation du différend, lorsque l'élément de rattachement de la règle de conflit conduit, pour une espèce déterminée, à un résultat manifestement inadéquat. En matière de construction, elle peut être utile lorsque la loi désignée rend applicable la loi du constructeur, alors même que celle-ci n'est pas adéquate. C'est par exemple le cas lorsque le contrat principal ne contient pas de choix de loi et que le lieu de situation de l'immeuble, le lieu du domicile du maître de l'ouvrage, la langue du contrat, la monnaie de paiement convergent tous vers un seul et unique lieu et que seule la résidence habituelle du constructeur est située autre part.

176. L'atteinte à la sécurité juridique est l'un des principaux arguments venant critiquer le recours à la clause d'exception. Wilhelm Wengler voyait ainsi dans la clause d'exception « une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit »³⁴², si bien que la Commission européenne était même allée jusqu'à proposer sa suppression du projet de règlement Rome I. Il est bienvenu que la clause d'exception soit toujours consacrée. La sécurité juridique et la prévisibilité ne doivent pas primer sur l'incohérence d'un rattachement. La clause d'exception n'a pour objectif que de répondre, parfois, aux incertitudes de la désignation de la loi de la résidence du constructeur, en l'absence de choix de loi des parties. Ce faisant, « la prévisibilité ne constitue peut-être pas un impératif aussi

³⁴⁰ L.F. KUYVEN, « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *Petites affiches* 25 juillet 2007, n° 148, p. 3 ; cf également G. GOLDSTEIN, L'exception de prévisibilité Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ?, *Rev. crit. DIP* 2018/1, n° 1, p. 3-29 et cf J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et L. USUNIER *op. cit.*

³⁴¹ L.F. KUYVEN, *préc.*, n° 148, p. 3.

³⁴² W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990.668 ; cf Y. LEQUETTE, « L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (24-25 octobre 1985)*, Paris, PUF 1986, p. 185 et spéc p. 203-204 et cf F. VISHER, « The antagonism between legal security and search of justice in the field of contracts », *RCADI*, 1974-II, t. 149.

pressant dans tous les domaines : elle est moins nécessaire lorsque les parties n'ont pas vraiment envisagé l'application d'une loi donnée »³⁴³.

177. La loi du lieu de situation de l'immeuble constitue la loi naturelle d'application en cas de mise en jeu de la clause d'exception. D'ailleurs, lorsque le contrat porte sur la location ou la vente d'un immeuble, elle s'appliquera en l'absence de choix de loi des parties. Auparavant, il était même considéré que la *lex rei sitae* devait s'appliquer à tous « les contrats relatifs aux immeubles », incluant donc le contrat de construction³⁴⁴. La loi du lieu de situation de l'immeuble a été historiquement privilégiée par les tribunaux étatiques français³⁴⁵. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 22 novembre 1980, il a été estimé qu'il convenait de retenir, pour déterminer la loi applicable au contrat de construction d'un immeuble industriel sur le territoire de la Thaïlande par une entreprise française, pour une entreprise thaïlandaise, le droit du pays des lieux de conclusion et d'exécution du contrat qui sont communs³⁴⁶. Dans le même sens, dans un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 15 juin 1982, à propos d'un contrat de construction conclu en Corse entre une architecte allemand et une société française, dont l'objet résidait dans la construction d'un immeuble en France, il a été jugé que le contrat était soumis à la loi du lieu de situation de l'immeuble³⁴⁷. Enfin, confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 1988, la Première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 10 juillet 1990, a considéré que la loi applicable à un contrat d'étude et d'architecture souscrit par un architecte libanais dont l'objet résidait dans l'extension d'un stade de cricket au Pakistan était la loi pakistanaise parce que « les prestations demandées au cabinet d'architecte libanais se rapportaient à des travaux de construction immobilière à réaliser au Pakistan »³⁴⁸. A chaque fois, juges du fond et juges du droit ont appliqué la théorie de la localisation pour déterminer le droit applicable, aboutissant tout le temps à la loi du lieu de situation de l'immeuble, c'est-à-dire à la loi du lieu d'exécution du contrat. C'est pourquoi les Professeurs Batiffol et Lagarde avaient fait remarquer, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, que « la tendance est bien assise, en France et à l'étranger, de présumer les contrats relatifs aux immeubles soumis à la loi du lieu de situation de l'immeuble (...)»³⁴⁹.

³⁴³ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *op. cit.*, n° 107.

³⁴⁴ Cf H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 586.

³⁴⁵ Cf Cass. civ. Compagnie française de l'Afrique occidentale, 24 avril 1952, S.1952.1.185, note H. BATIFFOL ou encore l'arrêt Cass. req., 2 novembre 1937, S. 1938.I.30.

³⁴⁶ CA Paris, 22 novembre 1980, *JDI* 1981.585, note Ph. KAHN.

³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 223, *JDI* 1983.602 et s., note Ph. KAHN.

³⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990, *Rev. arb.* 1990.854 et s., note J-H. MOITRY et C. VERGNE.

³⁴⁹ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 586.

178. Il pourrait également être fait mention d'un jugement rendu le 22 décembre 1999 par le Tribunal de Grande Instance de Poitiers qui, à propos d'un contrat international de construction, a retenu au profit de la clause d'exception de l'article 4.5 de la Convention de Rome, la loi du lieu de situation de l'immeuble³⁵⁰. Le tribunal a énoncé que « selon l'article 4-1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. L'article 4.2 de cette Convention précise que ces liens les plus étroits sont présumés être avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. Il y a lieu d'observer qu'il s'agit d'une simple présomption qui peut être combattue par la preuve contraire ». Il a ainsi été décidé qu'en matière de construction, la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique n'était pas significative et que par suite la présomption de l'article 4 § 2 convenait d'être combattue lorsque le contrat liant un architecte établi en Allemagne prévoyant sa collaboration avec des architectes français et le suivi du chantier en France, présentait des liens plus étroits avec un autre pays, à savoir la loi du lieu de construction³⁵¹. Le Tribunal avait alors, à juste titre, désigné et appliqué la clause d'exception, car tous les indices convergeaient vers la désignation de la loi française (lieu de situation de l'immeuble, lieu d'exécution du contrat, loi du contrat principal, domicile du cocontractant, langue du contrat, monnaie de paiement ...). Les auteurs de la Convention « ne pouvaient pas ne pas réaliser » que des situations pourraient se présenter dans lesquelles il serait « excessif et choquant » de considérer que le centre de gravité du contrat international soit systématiquement rattaché à l'ordre juridique du pays du débiteur de la prestation caractéristique³⁵². Le lieu de situation de l'immeuble est une force d'attraction incontestable en droit international privé³⁵³ et devrait pouvoir être pris en considération lorsque les conditions d'application de la clause d'exception sont réunies.

Conclusion 2) : En matière de construction, il n'y a aucune hésitation véritable sur l'identification du prestataire de services. C'est pourquoi le Règlement Rome I a opté, en l'absence de choix de loi par les parties, pour un rattachement en faveur de la loi de résidence du constructeur. Malgré tout, la valeur localisatrice de ce critère est à relativiser, privilégiant un contractant plus que le contrat en lui-même. Pour se détacher de ce rattachement alternatif, le Règlement Rome I laisse la possibilité du

³⁵⁰ TGI Poitiers 22 décembre 1999, *Rev. crit. DIP* 2001, n° 4, p. 670, note P. REMY-CORLAY.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, n° 271.

³⁵³ P. REMY-CORLAY, « De la loi applicable à un contrat d'architecte portant sur un immeuble à construire », *préc.*, p. 670.

jeu de la clause d'exception. La clause d'exception peut rendre applicable la loi du lieu de situation de l'immeuble, historiquement consacrée par les juridictions en l'absence de choix de loi. Il s'agit d'un critère stable, facile à localiser. Le lieu d'exécution du contrat permet surtout d'assurer une égalité de concurrence entre les constructeurs. Cependant, la clause d'exception ne peut pas servir à poser un rattachement général à une règle de conflit de lois pour les contrats pour lesquels le rattachement serait inadapté. La clause d'exception ne doit s'appliquer que lorsque les circonstances factuelles d'une espèce rendent un rattachement alternatif inapproprié et n'a pas pour objet de réécrire la règle de conflit, mais d'y déroger exceptionnellement pour une affaire donnée.

Conclusion §1 : Le droit applicable entre contractants privés est marqué du sceau de l'autonomie de la volonté. Les parties sont libres de choisir la législation nationale qui régira leurs droits et leurs obligations. En application du Règlement Rome I, compétent en matière de prestations de services, cette autonomie est limitée par des intérêts supra-nationaux (droit impératif de l'Union européenne), nationaux (lois de police nationales) et ne joue que pour les contrats internationaux à rattachements hétérogènes. Lorsque les parties n'actionnent pas leur faculté de choix de loi, le Règlement Rome I intervient en posant des rattachements alternatifs. Le rattachement posé rend compétente la loi du prestataire de services, à savoir la loi du constructeur. Si ce rattachement alternatif ne prend pas en considération la loi du lieu d'exécution du contrat, la clause d'exception pourrait tendre à son application. Les atouts sont de taille. Si la valeur localisatrice de la loi d'exécution est forte et si cette loi élude les distorsions de concurrence en cas de pluralité de constructeurs, la clause d'exception doit demeurer cantonner à son rôle d'exception. Elle ne peut pas servir de règle générale et ne doit s'appliquer que lorsque le rattachement alternatif dans une affaire est inadapté.

Le contrat ne doit pas demeurer sans loi applicable et le Règlement Rome I s'y est attaché. L'importance de la désignation du droit au contrat de construction est réelle, car elle conditionne des questions centrales, notamment relatives aux obligations d'assurance.

§2 : Le domaine de la loi applicable au contrat de construction : l'obligation d'assurance rattachée à la loi applicable au contrat de construction

Le constructeur est soumis, dans certains droits nationaux, à une obligation d'assurance de responsabilité. L'assurance obligatoire est souvent sujette à polémiques en ce qu'elle est perçue comme « une manifestation du dirigisme étatique qui a constitué l'un des traits marquants de l'évolution du droit au XX^e siècle »³⁵⁴. Sa fonction sociale est pourtant incontestable, car en souscrivant à une assurance obligatoire, l'entrepreneur principal vient garantir au maître de l'ouvrage la réparation du dommage qu'il est susceptible de lui causer et ce, que l'entrepreneur principal soit solvable ou en liquidation judiciaire. Il s'avère que le choix du droit applicable au contrat de construction ne sera pas sans influence sur la question des potentielles assurances obligatoires nationales. Après avoir rappelé le mécanisme de l'assurance obligatoire (1), il conviendra de se pencher sur les moyens de rendre applicable l'obligation d'assurance française (2).

1) Le mécanisme de l'assurance obligatoire

Consacrée en droit positif français, l'assurance obligatoire en matière de construction ne fait pas l'objet d'une unanimité absolue en droit comparé (a). Les positions des législations nationales à ce sujet sont disparates, d'où l'importance de se pencher sur la loi applicable au contrat de construction pour constater la présence, ou non, d'un principe d'assurance obligatoire (b).

a. Eléments de droit comparé

179. L'assurance obligatoire du constructeur en droit français est précisée à l'article L-241-1 du Code des assurances qui dispose que « toute personne physique ou morale, dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du Code civil à propos des travaux de bâtiment, doit être couverte par une assurance... ». L'article L-243-3 du Code des assurances ajoute que « quiconque contrevient aux dispositions des articles L-241-1 à L-242-1 du présent Code sera puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 75 000 euros ou de

³⁵⁴ J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 2022, n° 124, p. 86.

l'une des deux peines seulement... ». Cette assurance obligatoire du constructeur est relativement inconnue des autres droits nationaux³⁵⁵. Il s'agit même d'une particularité française selon le rapport Bigot de 1991, « avec une obligation d'assurance généralisée à tous les constructeurs (concepteurs, fabricants et exécutants) (...), la France fait figure d'exception »³⁵⁶. A propos de ce rapport, il a été précisé dans les Travaux de l'association Capitant que « le rapport belge fait ressortir que la règle générale est (dans ce pays) celle de l'exclusion de l'assurance de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage. Aux dires du rapporteur, les assureurs sont réticents à assurer ce risque, considérant qu'une telle assurance ferait d'eux la caution solidaire des entreprises de travaux et inciterait les constructeurs à relâcher leur diligence (...). Ce rapport fait pertinemment observer que l'entrepreneur traite fréquemment à forfait et que les difficultés techniques d'exécution ne se révèlent à lui qu'en cours de travaux. D'où la tentation pour lui de passer outre aux règles de l'art s'il se sait assuré ». Ce Rapport a souligné qu'« à l'exception de la France, (...) les divers pays ne connaissent guère d'obligations légales d'assurances, notamment dans le secteur de la construction. Une telle obligation généralisée apparaîtrait aux partenaires économiques comme une aberration ou une contrainte économique intolérable »³⁵⁷. Pareillement, le Considérant n° 7 de la Directive du 22 juin 1988 énonçait : « (c)onsidérant que les dispositions en vigueur dans les Etats membres demeurent divergentes (...) ».

180. En droit anglais, la responsabilité des constructeurs trouve son fondement à la fois dans le régime de responsabilité du droit commun et dans celui sur la responsabilité spécifique des constructeurs. Il est distingué la responsabilité *in contract* et la responsabilité *in tort*, complétées par quelques dispositions légales comme le Defective premises act de 1972. Il n'existe pas d'assurance obligatoire. En Angleterre, le NHBC (National House Building Contract) ne fait que proposer aux maîtres de l'ouvrage une garantie à plusieurs niveaux. Dès la conclusion du contrat et pendant toute la période du chantier, une garantie est possible et a pour effet d'assurer l'achèvement des travaux ou le remboursement des sommes déjà versées en cas d'insolvabilité du constructeur. Cette garantie va plus loin, puisque dans les deux ans à compter de la fin des travaux, le constructeur devra réparer tous les défauts, mêmes mineurs, affectant l'ouvrage. Enfin, avant l'expiration d'un délai de dix ans suivant la fin des travaux, l'assurance couvre une grande majorité de dommages matériels possibles. Des similitudes apparaissent avec le droit français, comme la garantie de parfait achèvement, les

³⁵⁵ Pour une position similaire, il pourrait être fait mention de la Suède depuis 1993, de la Finlande depuis 1994 et du Danemark depuis 2006.

³⁵⁶ J. BIGOT, « Rapport général : L'assurance des risques de la construction », in *La responsabilité du constructeur, Journées Egyptiennes*, Travaux de l'association Capitant, t. 42, 1991, Litec, 1993, p. 349.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 356.

garanties de livraison ou de remboursement ... Si la garantie NHBC n'est pas une assurance obligatoire, elle s'applique dans 90 % des contrats de construction en Angleterre. Sa systématisation est telle qu'elle comporte les mêmes ressemblances qu'une assurance obligatoire et la dépasse. En France, ce pourcentage est moins élevé alors même que l'assurance est dite obligatoire.

181. Un chantier international de construction ne se conçoit pas sans la présence de mécanismes d'assurance. La garantie décennale se retrouve dans plusieurs droits nationaux. Sans être toujours obligatoire, elle est consacrée dans de nombreux pays arabes, comme l'Irak, la Jordanie, le Koweït, le Qatar ou encore les Emirats Arabes Unis mais aussi dans des Etats d'Amérique Latine (Brésil, Argentine, Bolivie ...), européens (Italie, Suède, Malte, Pays-Bas), et africains (Cameroun, Angola...). D'ailleurs, une étude fut lancée par la Commission européenne sur les régimes d'assurance-construction en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne. Il s'agit du rapport *European Liability Insurance Organisation Schemes (ELIOS)* qui avait mis en évidence que l'assurance décennale n'était pas une spécificité française et que des possibilités de convergence existaient. Ainsi, en 1988 une première initiative pouvait être rapportée, la Résolution du Parlement européen du 13 octobre 1988 « sur la nécessité d'une action communautaire dans le secteur de la construction »³⁵⁸.

b. La loi applicable au contrat de construction et le principe de l'assurance obligatoire

182. Dans le secteur de l'assurance-construction, il y a deux assurances obligatoires, l'assurance dommages-ouvrage pour le maître de l'ouvrage et la responsabilité décennale pour l'entrepreneur principal. Si l'assurance obligatoire constitue un coût important pour le maître de l'ouvrage et pour l'entrepreneur principal qui peuvent être tentés d'y échapper, les parties sont majoritairement favorables à celle-ci, car elle leur apporte une sécurité indéniable. En cas de réduction du champ de l'assurance obligatoire, un aléa de transfert de responsabilité sur la personne des entrepreneurs principaux, surtout s'ils sont solvables, pourrait s'opérer. L'obligation d'assurance de responsabilité décennale française vise à protéger les partenaires à la construction et ne constitue pas une entrave à la liberté de la prestation de services et à la liberté d'établissement³⁵⁹.

³⁵⁸ Il peut également être fait mention de l'étude sur « la responsabilité, les garanties et les assurances dans la construction en vue d'une harmonisation au niveau communautaire », *DG Marché intérieur et affaires industrielles*, 1989.

³⁵⁹ Il n'y a entrave à la liberté économique européenne que lorsque l'opérateur souffre de contraintes dans la circulation transfrontalière de ses produits et ses services si celles-ci sont aussi en vigueur pour les opérateurs nationaux (CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. C-267/91 et aff C-267/91, *Rec. CJCE I-*

183. En pratique, il sera difficile de préserver une obligation d'assurance obligatoire, si celle-ci n'est pas prévue par la loi applicable au contrat international de construction. Comme l'a fait très justement constater le Professeure Juliette Sénéchal, « (puisque) l'obligation d'assurance du constructeur se situe en aval du contrat de construction et en amont du contrat d'assurance, la loi applicable à cette obligation d'assurance ne peut découler que de la loi du contrat de construction et non de celle du contrat d'assurance de responsabilité décennale »³⁶⁰. L'obligation d'assurance implique la conclusion d'un contrat d'assurance. Ainsi, prétendre que cette obligation puisse être soumise à la loi du contrat d'assurance « renvoie à l'image du serpent qui se mord la queue. En effet, comment une règle pourrait-elle être attachée au régime d'un contrat dont elle impose la naissance ? La règle de l'obligation d'assurance du constructeur est antérieure au contrat d'assurance et de surcroît au régime de celui-ci ». L'obligation d'assurance est rattachée directement à ce que l'auteure appelle un « présupposé », à une catégorie juridique, de sorte qu'elle participe du régime du contrat de construction. Le contrat d'assurance ne peut donc pas être le préposé de l'obligation d'assurance, puisque l'obligation d'assurance est antérieure au contrat d'assurance et au régime de celui-ci. L'obligation d'assurance appartient au domaine de la loi applicable au contrat de construction.

184. L'article 12 du Règlement Rome I fait dépendre de la *lex contractus* les obligations contractuelles des parties, les questions de responsabilités, de validité des clauses contractuelles. Cet article fait également dépendre de la *lex contractus* la question du savoir si une obligation d'assurance est à souscrire par les parties. Rien ne permet d'affirmer que la loi applicable au contrat de construction sera la loi française, de sorte que le constructeur étranger ne sera pas nécessairement soumis à une telle obligation d'assurance décennale. Or, cette assurance obligatoire est essentielle au maître de l'ouvrage, elle lui assure la certitude d'être indemnisé par un assureur en cas de dommage grave et postérieur à la réception de la construction, sans avoir à se soucier de savoir si l'entrepreneur principal est solvable ou non. Dès lors, comment imposer, dans tous les cas, une telle obligation d'assurance à un entrepreneur principal étranger contractant avec un maître de l'ouvrage français ? Il s'avère que l'assurance obligatoire généralisée dans le domaine de la construction est une spécificité française, d'où la question de savoir si elle est transportable ailleurs.

6097). Cf Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 2019, 8^e éd., p. 198.

³⁶⁰ J. SENECHAL, « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français », *RDI* 2005.75.

185. Il n'existe pas de contrainte pour le constructeur étranger de disposer d'une assurance de responsabilité civile décennale, alors qu'un constructeur français se verra toujours opposer une obligation d'assurance lorsqu'il construira en France à l'occasion d'un contrat interne. Un constructeur étranger sera soumis à la même obligation seulement si le contrat de construction est soumis au droit français et qu'il intervient en France ou s'il intervient en France au profit d'un maître de l'ouvrage français et consommateur. En dehors de ces hypothèses, le constructeur étranger construisant en France peut éluder l'assurance obligatoire, au grand dam des constructeurs français plaidant pour une harmonie et critiquant l'entrave au jeu de la libre-concurrence. L'absence d'une telle assurance pourrait accroître les risques de survenance d'une faillite ou d'une défaillance de l'entrepreneur principal. Dès lors, pour ses propres intérêts, le maître de l'ouvrage construisant en France pourrait être tenté de faire du droit français le droit applicable au contrat principal, afin de bénéficier du régime de l'obligation d'assurance. Si le maître de l'ouvrage ne parvient pas à rendre le droit français applicable au contrat international de construction, il peut tenter de faire insérer au sein de ce contrat une disposition contractuelle imposant la présentation par le constructeur d'une attestation d'assurance à l'ouverture du chantier et au commencement des travaux.

Conclusion 1 : Si l'assurance obligatoire en matière de construction n'est pas consacrée dans toutes les législations nationales, des garanties en la matière subsistent. En effet, même si les modèles nationaux d'assurance sont différents et ont été adoptés « en désordre en ce sens que chaque législateur a conçu son propre système en s'inspirant plus ou moins de ses voisins, mais sans disposer d'un modèle européen qui eût pu servir de référence unique, des caractéristiques communes peuvent être dégagées »³⁶¹. Des garanties décennales sont d'ailleurs posées dans plusieurs Etats. L'application d'une garantie d'assurance obligatoire est une question qui dépend de la loi applicable au contrat international de construction et non du contrat d'assurance. Par conséquent, le principe de l'assurance obligatoire française, qui demeure rare en droit comparé, est sujette à l'application du droit français dans le contrat de construction ou au recours au mécanisme des lois de police ou à celui de la clause d'exception.

³⁶¹ Rapport J. BIGOT, *préc.*

2) Le jeu de l'assurance obligatoire française

Les parties au contrat de construction peuvent écarter l'assurance obligatoire française, en choisissant une loi étrangère ne contenant pas d'obligation d'assurance en la matière. Pour lutter contre cette hypothèse, deux moyens doivent être envisagés : faire de l'obligation d'assurance française une loi de police applicable quelle que soit la loi applicable au contrat de construction (a) ; ou actionner le mécanisme de la clause d'exception pour rendre compétente la loi du lieu de situation de l'immeuble en cas d'absence de choix de loi au contrat principal. En l'absence de choix de loi, la loi du lieu de résidence du prestataire de services (constructeur) est compétente. Or, si la loi du constructeur ne prévoit pas d'obligation d'assurance et que la construction française est localisée en France, l'assurance obligatoire française est écartée. La tentation de privilégier la loi du lieu d'exécution du contrat en l'absence de choix de loi est donc réelle (b).

a. L'assurance obligatoire française, une loi de police ?

186. Dès lors qu'une assurance est obligatoire, l'Etat témoigne de l'importance qu'il prête aussi bien au risque qu'à son impérativité d'être garanti. Vecteur de cohérence sociale, le mécanisme d'assurance sociale obligatoire semble revêtir les habits d'une loi de police. Le législateur français a consacré une loi de police en énonçant que la loi française devait s'appliquer au contrat d'assurance obligatoire. En ce sens, l'article L-182-1 du Code des assurances dispose que « les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français ». La loi qui impose l'assurance obligatoire prime en cas de contradiction avec la loi de l'Etat membre dans lequel le risque est situé³⁶². Cette primauté vaut quelle que soit la nature de la contradiction, y compris si la loi de situation du risque est plus protectrice que la loi qui impose l'assurance obligatoire.

187. Le Règlement Rome I a admis des règles supplémentaires accordant aux Etats membres la possibilité de faire prévaloir leur propre droit national lorsque celui-ci contraint à la souscription

³⁶² Comme l'énonce le § 4 de l'article 7 du Règlement Rome I, lorsque le risque couvert est situé sur le territoire d'un Etat membre, « par dérogation aux § 2 et 3 relatifs aux assurances facultatives, un Etat membre peut disposer que le contrat d'assurance (soit) régi par la loi de l'Etat membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance ».

d'une assurance pour le risque concerné, c'est-à-dire en faveur de la loi de l'Etat membre obligeant à souscrire à l'assurance. Le § 4 de l'article 7 du Règlement Rome I reprend la formulation de l'article 8 de la Directive n° 88/357/CEE du 22 juin 1988 : « par dérogation aux § 2 et 3 relatifs aux assurances facultatives, un Etat membre peut disposer que le contrat d'assurance est régi par la loi de l'Etat membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance », et ajoute que « (l)e contrat d'assurance ne satisfait à l'obligation de souscrire une obligation d'assurance que s'il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance prévue par l'Etat membre qui impose l'obligation. Lorsqu'il y a contradiction entre la loi de l'Etat membre ou le risque est situé et celle de l'Etat membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance, cette dernière prévaut ». L'article vise à assurer l'efficacité de l'obligation d'assurance exigée par la loi d'un Etat membre. Le contrat de construction devra être conforme aux normes de l'Etat membre qui prévoit l'assurance obligatoire et cette loi prévaudra en cas de conflit avec la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel le risque est situé.

188. Pour autant, et comme l'a souligné le Professeure Juliette Sénéchal, une contradiction tend à apparaître puisqu'avant d'appliquer le droit français au contrat d'assurance obligatoire, le juge sera tenu de vérifier que le contrat d'assurance obligatoire est soumis à « l'obligation d'assurance imposée par la loi française »³⁶³. Pour se faire, le juge devra déterminer au préalable la loi applicable à l'obligation d'assurance. L'article L-182-1 ne précise pas la loi applicable à l'obligation d'assurance. Pour rechercher la loi applicable à cette obligation d'assurance, il conviendra de se pencher sur la loi applicable à son préposé, à savoir le contrat de construction constituant le fait générateur de l'obligation d'assurance. C'est pourquoi l'auteure a considéré que « l'article L-182-1 du Code des assurances est une loi de police conditionnée ». Autrement dit, l'obligation d'assurance n'est pas une loi de police « automatique » ; elle est une loi de police subordonnée à la conclusion d'un contrat principal soumis au droit français. Comme elle l'a légitimement énoncé, il convient de changer d'optique, l'obligation d'assurance française ne doit pas être une loi de police conditionnée à la loi applicable au contrat de construction, mais dès lors que le risque lié à la construction d'un immeuble est localisé en France, alors la loi française devrait régir l'obligation d'assurance. Ou, tout simplement, il conviendrait de réécrire l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil afin d'affirmer que la construction d'un immeuble en France sera *de facto* régie par la loi française. Malgré tout, cela serait contraire au Règlement Rome I. L'auteure a proposé de créer une véritable règle de conflit bilatérale spécifique aux contrats de construction donnant directement compétence à la loi de situation de l'immeuble en l'absence de choix de loi. La loi de situation de l'immeuble est légitime à s'appliquer,

³⁶³ J. SENECHAL, *préc.*

car il s'agit du lieu d'exécution de la prestation caractéristique, mais aussi du lieu de réalisation du risque éventuel.

b. La clause d'exception, potentiel moyen de mise en jeu de l'obligation d'assurance française

189. C'est par la Directive 2006/123 CE relative aux services que le marché français de la construction a véritablement été ouvert et renforcé aux constructeurs étrangers. Ces derniers peuvent librement construire en France sans avoir d'établissement sur ce territoire. Les constructeurs français qui effectuent, sur le territoire français, des travaux sont contraints de disposer d'une assurance obligatoire de responsabilité civile décennale. Cette obligation d'assurance est considérée comme une loi de police et impose à tous les constructeurs réalisant des travaux régis par le droit français, d'être couverts par une assurance de responsabilité civile. Cependant, cette obligation d'assurance joue uniquement lorsque le droit français régit le contrat de construction. Il suffit alors que les parties désignent un autre droit national pour détourner le jeu de l'assurance obligatoire, sauf s'il s'agit d'une loi de police dès lors que l'immeuble est situé en France.

190. Une autre solution serait, en cas de défaut de choix de loi, de faire primer la loi du lieu de situation de l'immeuble situé en France par le prisme de la clause d'exception. Le juge français pourrait estimer que le contrat de construction en question présenterait, en application du Règlement Rome I, un lien manifestement plus étroit avec la France plutôt qu'avec le droit de l'Etat du constructeur étranger. En faisant jouer la clause d'exception lorsque l'espèce le justifie, la Cour de cassation créerait des répercussions sur les obligations d'assurance incombant aux constructeurs privés étrangers. D'ailleurs, il semble justifié que les parties désirant édifier un immeuble sur un territoire donné, respectent et se soumettent au droit en vigueur (sur les questions environnementale, de sécurité, d'hygiène, d'assurance ...) dans le pays où l'immeuble est construit. Nonobstant, la clause d'exception ne contribuera pas à revenir systématiquement au lieu de construction de l'immeuble, car autrement, la clause d'exception sortirait de son rôle, puisqu'elle reviendrait à reformuler une règle de conflit de lois. Le contrat de construction ne sera pas forcément soumis à une loi qui emportera obligation de souscrire à une assurance de responsabilité à la charge du constructeur.

Conclusion 2) : L'obligation d'assurance française ne s'assimile pas à une loi de police au sens strict du terme dès lors qu'elle est soumise à la conclusion d'un contrat assujéti au droit français. La loi du lieu d'exécution ne s'applique pas automatiquement en cas d'absence de choix de loi des parties, mais seulement par assistance et par le recours à la clause d'exception. Par son jeu, un rattachement au lieu de situation de l'immeuble permet de contribuer à l'efficacité des mécanismes français de l'assurance obligatoire. Ici réside l'un des intérêts majeurs de la clause d'exception en matière de construction. Toutefois, cela serait dénaturer l'esprit du Règlement Rome I que d'appliquer systématiquement la loi du lieu de situation de l'immeuble par le jeu de la clause d'exception, clause ne devant intervenir qu'à titre exceptionnel, lorsque le rattachement alternatif s'avère inadéquat.

Conclusion §2 : La loi applicable au contrat international de construction conditionne tout à la fois les droits des parties que leurs obligations. A ce propos, l'obligation d'assurance constitue l'un des domaines les plus essentiels rattachés à la *lex contractus*. Si le droit positif français consacre une telle obligation d'assurance, une étude de droit comparé atteste que ce n'est pas le cas dans une grande partie des droits nationaux. Dès lors, l'application d'une obligation d'assurance obligatoire sera écartée si celle-ci n'est pas prévue par la loi applicable au contrat international de construction, puisqu'elle relève du domaine même de la loi applicable à ce contrat. Pour s'assurer que tous les constructeurs intervenant en France pour une construction située en France soient soumis à une même obligation d'assurance, des tentatives ont été envisagées. Outre le fait de considérer l'obligation d'assurance comme une loi de police, dont on a vu qu'il ne s'agissait au mieux que d'une loi de police conditionnée à la conclusion d'un contrat principal lui-même soumis au droit français, il a été proposé de s'appuyer sur la clause d'exception pour les contrats rattachés à la loi du constructeur, en l'absence de choix de loi des parties. La clause d'exception rendra compétente la loi du lieu d'exécution du contrat, celle présentant les liens les plus étroits avec la situation. Cette ultime solution permet de faire dépendre du domaine de la loi d'exécution du contrat, l'obligation d'assurance. Si l'exécution a lieu en France, l'assurance obligatoire française sera compétente. Cette solution garantit une concurrence égale entre tous les constructeurs présents sur le territoire français pour une construction en France, mais déjoue les règles du droit international privé. La clause d'exception ne peut pas déroger à un rattachement posé par une règle de conflit de lois, sauf si celui-ci est lui-même inadéquat.

Conclusion sous-section I : Les contrats de construction conclus entre des contractants privés sont soumis à un Règlement de référence, le Règlement Rome I. Celui offre une certaine prévisibilité juridique en attestant que le choix du droit applicable au contrat principal sera laissé à la discrétion

des parties. En l'absence de choix de loi, le Règlement Rome I pose un rattachement alternatif pour les contrats de prestation de services, en rendant compétente la loi de résidence du prestataire de services. Malgré la sécurité juridique offerte par le Règlement Rome I, le rattachement alternatif envisagé ne fait pas l'unanimité, puisqu'il ne rend pas compétente la loi du lieu d'exécution du contrat principal. Ce faisant, le Règlement Rome I n'a pas opté pour un rattachement lié au contrat lui-même, mais à un contractant. Si le jeu de la clause d'exception pourrait rendre applicable la loi du lieu d'exécution, le rôle de cette clause doit demeurer cantonnée à de strictes conditions de mise en œuvre.

Le choix du droit applicable au contrat principal de construction n'est pas anodin. De ce choix découleront les droits et obligations des contractants. Le domaine du droit applicable au contrat principal s'étend aux obligations d'assurance. En la matière, l'obligation d'assurance posée en droit français est assujettie à la *lex contractus* du contrat principal. Cette obligation d'assurance peut être écartée en cas de choix de loi étrangère par les contractants privés ou même par la loi de résidence du constructeur, applicable à défaut de choix de loi, si celle-ci désigne une loi étrangère. En effet, mis à part le droit français, rares sont les législations nationales à consacrer une obligation d'assurance en matière de construction. Là encore, le jeu de la clause d'exception en l'absence de choix de loi pourrait être envisagé. Si la construction a lieu en France et que la loi du lieu d'exécution est désignée applicable par le mécanisme de la clause d'exception, l'obligation d'assurance française trouvera terrain d'élection. Pour cela, il faudra que la clause d'exception réponde au respect de strictes conditions, car elle ne doit pas constituer une exception générale à une règle de conflit de lois.

Si les contrats de construction conclus entre personnes privées demeurent sous le joug du Règlement Rome I, ce n'est pas le cas pour les contrats conclus avec une personne publique. Le choix du droit applicable répondra à des règles différentes.

Sous-Section II : Le droit applicable entre une personne publique et une personne privée

Les contrats internationaux passés par les Etats sont en constante augmentation. Comme l'a révélé le Conseil d'Etat dans son rapport publié pour 2008, « le développement rapide des contrats internationaux par l'Etat et les collectivités territoriales constitue aujourd'hui un "angle mort" du contrat administratif. On n'en connaît ni le nombre, ni la nature, ni l'objet, ni les auteurs, alors que leur développement pose des questions nouvelles, souvent très délicates : les limites pour les collectivités publiques à agir comme tout opérateur privé et la détermination des règles qui les régissent (loi applicable, capacité à compromettre, juridiction compétente ...). L'Etat s'expose donc à des risques sans en être assez conscient »³⁶⁴. Le droit applicable aux contrats de construction faisant intervenir une personne publique est sujet à querelles. D'une part, un Etat ou l'une de ses émanations se pliera difficilement à une règle de conflit de lois visant à désigner un droit étranger. D'autre part, si le Règlement Rome I a une portée universelle, il ne semble pas applicable à un contrat de construction marqué par la présence d'une personne publique et ce, malgré la logique commerciale et privée dans laquelle ces contrats s'insèrent³⁶⁵.

En l'absence de choix de loi par les parties, les contrats conclus entre une personne publique et une personne privée doivent-ils relever du droit international public ou des mécanismes des conflits de lois existants pour les contrats internationaux conclus entre personnes privées ? Tout dépendra finalement du prétoire désigné, l'arbitre disposant de davantage de latitudes. La problématique du droit applicable ne sera pas la même selon qu'elle se pose devant une juridiction étatique (§1) ou devant un arbitre (§2).

³⁶⁴ Conseil d'Etat, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », *ECDE* 2008, p. 260 et s.

³⁶⁵ H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit* 1997, n° 41, p. 208 ; cf A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, 1998, p. 89 : « le contrat administratif est susceptible de relever du régime du contrat international, c'est-à-dire que lorsqu'il vient à présenter des éléments d'extranéité, il faut déterminer la loi qui lui est applicable » ; cf également P. LALIVE, « Le droit public étranger et le DIP (Séance du 13 juin 1975) », *Trav. comité fr. DIP 1973-1975*, p. 218.

§1 : Le droit applicable devant un juge étatique

Le Professeur Mathias Audit s'était interrogé, dans sa thèse de doctorat, sur la qualification des accords conclus par les personnes publiques sur la scène internationale. Les règles du droit international privé sont-elles transposables en présence d'une personne publique dans la relation contractuelle internationale ? Selon l'auteur, il convient de distinguer selon que l'accord a été conclu entre deux sujets du droit international (Etats et organisations internationales) ou selon qu'il a été conclu entre des sujets internes. Dans la première hypothèse, il s'agira d'un traité, tandis que dans la seconde hypothèse, il sera question d'un contrat d'Etat (en présence d'un cocontractant privé)³⁶⁶. Les contrats conclus entre une personne privée et une personne publique peuvent être qualifiés de contrats administratifs ou de contrats d'Etat. La distinction a trait à la présence de dispositions contractuelles venant attester, au sein des contrats administratifs, de nombreux pouvoirs exorbitants et d'ordre administratif conférés à la personne publique. Kelsen séparait les contrats conclus par l'Etat-sujet de droit international-, se soumettant aux règles du commerce (les contrats d'Etat) et les contrats conclus par l'Etat-administration- veillant à préserver sa souveraineté (les contrats administratifs)³⁶⁷. Dans un contrat d'Etat, le droit applicable peut être un droit étranger à celui de l'Etat contractant. Dans un contrat administratif, l'administration détient des prérogatives exorbitantes (pouvoir de sanction unilatérale, pouvoir de résiliation unilatérale ...) qui relèvent des « règles générales des contrats administratifs » et, quand bien même ces prérogatives ne seraient pas expressément indiquées au contrat de construction, elle les possède quand même et ne peut pas y renoncer³⁶⁸. Dès lors, la question du choix de loi dans un contrat administratif répond peu à la logique du droit international privé. L'étude du droit applicable aux contrats administratifs internationaux (1) précédera celle du droit applicable aux contrats d'Etat (2).

³⁶⁶ M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, LGDJ, 2002.

³⁶⁷ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie*, 1940, p. 342-349.

³⁶⁸ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, RFDA 1984.45, note F. LLORENS ; RDP 1984.212, note J-M. AUBY et cf CE Sect. 6 mai 1985, *Ricard*, AJDA 1985.736. Cf P-Y TSCHANZ, « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », *Rev. crit. DIP* 1985.47 et s. ; cf D. BERLIN, « Les contrats d'Etat ('State Contracts') et la protection des investissements internationaux », *DPCI* 1987.197.

1) Contrats administratifs internationaux et droit applicable

A la lecture primaire des dispositions du Règlement Rome I, ce dernier semble exclure de son champ d'application les contrats administratifs internationaux. Cette exclusion contribue à accroître la difficulté d'identification du droit applicable à défaut de choix par les parties, du fait de l'absence d'autres textes règlementaires européens (a). En pratique, l'exclusion de l'application du Règlement Rome I amplifie une logique de territorialité du droit administratif français en matière de construction, les Etats parties au contrat étant réticents à se dégager de leur droit national et de leurs prérogatives exorbitantes de droit commun (b).

a. Un Règlement Rome I inapplicable

a.1. Règlement Rome I et contrats administratifs internationaux

191. Lorsqu'un Etat entre en relation contractuelle avec un contractant privé, il agit d'abord et avant tout au bénéfice de sa population et dans l'intérêt public pour répondre aux besoins de ses concitoyens. Les gains et profits qu'un Etat contractant est susceptible de tirer d'un contrat international de construction ne seront pas les mêmes que ceux escomptés par un contractant privé traditionnel (la recherche d'une richesse pour son propre intérêt) et seront ici utilisés pour le bien public. A propos du droit français, « dans tout contrat impliquant l'exécution d'un service public, l'État ne contracte pas en tant qu'individu ordinaire. Il ne s'agit pas de protéger les intérêts des individus. Il contracte pour le compte de la société, pour les nécessités du service public, pour l'intérêt général commun. Chaque fois qu'il passe un marché public, il contribue à quelque chose de plus que ce que fait un contractant privé (traditionnel) (...). Parce que ce que l'Etat opère va au-delà, il ne faut pas lui appliquer les mêmes règles que pour un contrat ordinaire de droit privé (...) »³⁶⁹. Du fait de la présence d'un Etat partie, le contrat international de construction peut ne pas être perçu comme un contrat comme les autres. L'Etat partie est souverain, il est titulaire et propriétaire de son sol et souhaite, en conséquence, l'application de son propre droit au contrat.

³⁶⁹ Concl. de M. CORNEILLE, Comm. Du Gouv (1918) CE, 25 octobre 1918, n° 50692. R. 246, citées dans A. MEWETT, « The Theory of Government Contracts », *McGill J. Law*, 1959, vol. 5, p. 222, 226.

192. Le jeu des règles de conflit de lois n'est pas étranger aux contrats publics. Il peut même se présenter dans ces contrats « sous l'effet d'un mouvement de publicisation du conflit de lois dont l'histoire décrie qu'il était inexorable »³⁷⁰. « Qu'on le veuille ou non, en droit international privé, on est obligé de faire une place aux lois de droit public étranger »³⁷¹. C'est ainsi que le Conseil d'Etat français, dans un arrêt du 10 janvier 2007, a étendu aux contrats publics sa jurisprudence relative à l'application de la méthode du conflit de lois³⁷². S'il existe un champ d'action des règles de conflit de lois dans les contrats administratifs, c'est bien que les contrats publics puissent être de nature internationale, « la question des contrats administratifs internationaux (étant) liée à celle qui concerne l'existence des conflits de lois de droit public »³⁷³. Finalement la réalité du contrat administratif international a été exprimée en droit positif français dans l'arrêt INSERM. Par cet arrêt, les contrats administratifs internationaux ont « fait leur entrée dans notre droit positif », le tribunal des conflits ayant admis qu'un contrat administratif pouvait constituer une opération du commerce international³⁷⁴.

193. La Convention de Rome ne semblait pas exclure expressément les contrats administratifs de son champ d'application. Le Conseil d'Etat se référait à la Convention de Rome pour traiter des contrats administratifs internationaux, car la Convention de Rome ne distinguait pas suivant que le contrat relevait du droit public ou du droit privé, du juge administratif ou du juge judiciaire, du contrat conclu avec une personne publique ou non.

A contrario, le Règlement Rome I dispose ne s'appliquer « qu'en matière civile et commerciale »³⁷⁵. La « matière civile et commerciale » exclut-elle d'emblée les contrats administratifs ? Il n'existe pas

³⁷⁰ H. MUIR WATT, *préc.*, n° 41, p. 208.

³⁷¹ P. FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *RCADI*, 1929-II, t. 27, p. 149.

³⁷² CE, 10 janvier 2007, n° 27-0084, Syndicat national CGT c. Ministère des Affaires étrangères, *AJFP*, mars-avril 2007, p. 71 ; *AJDA* 2007.120, obs. M-Ch. DE MONTECLER, p. 481-484 et note F. BERGUIN, *JCP E* 2007, n° 4, p. 63-65.

³⁷³ A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, 1998, p. 88.

³⁷⁴ TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *Rec.* p. 580 ; *RFDA* 2010.959, concl. M. GUYOMARD et note P. DELVOLVE, p. 971 ; note M. LAAZOUZI, *RCDIP* 2010.653 ; *AJDA* 2010.1047 et s., étude P. CASSIA et p. 2337, tribune P. CASSIA ; *D.* 2010.2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI* 2010, p. 551 ; *RTD com.* 2010.525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMARD ; *JCP G* 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron. 644, comm. 12, J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.* 2010.275, concl. M. GUYOMARD

³⁷⁵ S. LEMAIRE, « Règlement Rome I et contrats administratifs internationaux », *AJDA* 2008.2042. Historiquement, les contractants de l'administration ne pouvaient pas être soumis à un droit étranger, car cela aurait été contraire à l'implication de la personne publique. Cette position a été abandonnée par un arrêt CE 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, *Rev. crit. DIP* 1985.317, note P. RODIERE.

de définition de la notion de « matière commerciale » qui doit alors s'entendre comme une notion autonome.³⁷⁶ En principe, la « matière commerciale » se rattache aux seuls rapports juridiques passés entre personnes privées. Pour des auteurs comme les Professeurs Battifol, Lagarde, Mayer ou Heuzé, le droit international privé et la méthode des conflits de lois s'arrête là où commence le droit public et ne concerne que les rapports privés³⁷⁷. Le droit international privé exclut les questions liées à l'intérêt public ou celles liées aux Etats. En ce sens, le droit international privé constitue « la branche du Droit ayant pour objet le règlement des relations internationales de Droit privé, notamment par le procédé du conflit de lois »³⁷⁸. Cette notion de « matière commerciale » ne pourrait être interprétée comme un simple renvoi à la législation d'un Etat membre. Elle convient d'être interprétée à la lumière des objectifs du règlement et des principes généraux pouvant se dégager de tous les ordres juridiques nationaux.

194. Dès un arrêt Eurocontrôle du 14 octobre 1976, la CJCE a énoncé une définition autonome de la matière administrative. Est administrative la situation dans laquelle est en cause l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique³⁷⁹. La CJUE a exclu de cette catégorie de matière et donc du champ d'application de la Convention de Bruxelles, les différends qui opposent « une autorité publique à une personne privée où l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique ». Par conséquent, ce n'est pas parce qu'un contrat est conclu avec une personne publique que la Convention de Bruxelles ou que le Règlement Rome I ne pourra pas être privilégié, mais ces textes ne s'appliqueront pas lorsqu'il est fait état de l'exercice de la puissance publique. Si la définition de l'exercice de la puissance publique est délicate, elle a déjà été posée dans l'arrêt Henkel qui a énoncé que l'espèce en cause n'est pas relative à une manifestation de puissance publique lorsqu'elle ne concerne « aucunement l'exercice de prérogatives exorbitantes par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers »³⁸⁰. L'exercice de prérogatives exorbitantes de droit commun apparaît comme étant le critère clé³⁸¹. Or, les juges

³⁷⁶ CAA Douai, 29 mai 2012, *SA King Consult* n° 10DA01035, *AJDA* 2012.2223, concl. V. MARJANOVIC. Un marché public de prestation de services ne relève pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique et peut alors être intégré dans la matière civile et commerciale. Cf également note sous l'arrêt, M. LAZOUZI, « La nature des contrats administratifs internationaux », *RFDA* 2013.46.

³⁷⁷ P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *op. cit.*

³⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, in *Association Henri Capitant*, PUF Quadrige, 2020.

³⁷⁹ CJCE 14 octobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol*, aff. C-29/76, *JDI* 1977.707, note A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1977.772, note G. DROZ.

³⁸⁰ CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel*, aff. C-167/00, point 30, *D.* 2002.3200, note H. KOBINA GABA ; *Rev. crit. DIP* 2003.682, note P. REMY-CORLAY.

³⁸¹ CJCE, 15 février 2007, *Eirini Lechouritou et autres c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, aff. C-292/05, point 34, *Rev. crit. DIP* 2008.61, étude H. MUIR WATT et E. PATAUT et cf CJCE, 16 décembre 1980, *État néerlandais c. Reinhold Rüffler*, aff. C-814/79, point 15, *Rec. CJCE* 1980.3807 concl. J-P. WARNER ; *Eur. Law. Review*

français ont eu l'occasion d'énoncer que la plupart des marchés publics de travaux, fournitures ou services étaient des contrats dans lesquels la puissance publique n'a pas lieu de s'exprimer³⁸². Ainsi, ce n'est pas le critère organique qui rendrait inapplicable le règlement Rome I, mais simplement le critère matériel car ce critère matériel est tiré des « éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties ou l'objet de celui-ci »³⁸³. Subsidiairement, le contrat purement administratif devrait demeurer soumis à la Convention de Rome en application du droit international public, puisqu'une convention internationale cesse de s'appliquer par la conclusion d'un accord spécial exprès, ce qui ne concerne pas la Convention de Rome pouvant alors rester en vigueur malgré la promulgation du règlement Rome I³⁸⁴.

195. En réalité, si l'Etat ou l'une de ses émanations est par principe une personne publique, il devrait pouvoir être confondu avec un contractant privé dès lors qu'il se comporte en tant que tel. Comme le Professeure Françoise Monéger l'a expliqué, « (l)orsque les Etats se comportent comme des personnes privées (...), c'est le droit international privé qui leur sera appliqué »³⁸⁵. Aujourd'hui, le droit administratif moderne n'est plus celui des siècles passés et a amoindri les prérogatives de puissance publique des personnes publiques contractantes. D'ailleurs, si le droit français est parmi l'un des plus développés dans sa théorisation du contrat administratif, de nombreux autres Etats reconnaissant un droit administratif, continuent de subordonner ces contrats au droit commun. Une telle soumission au droit privé se justifie dans une logique de justice contractuelle à l'égard du cocontractant de l'administration.

196. Il est cependant essentiel d'adapter les méthodes du droit international privé à certains contrats administratifs. En ce sens, le Professeure Sophie Lemaire a estimé que les contrats administratifs internationaux devaient être soumis à une règle de conflit de lois bilatérale, ne couvrant pas tout le régime des contrats administratifs internationaux, tout dépendant des règles de droit administratif qui sont concernées³⁸⁶. Au sein du droit administratif français par exemple, il existe deux types de règles. D'une part, il existerait des règles empruntées au droit privé pour lesquelles il pourrait être fait application du droit international privé et des règles du règlement Rome I. Si le

1981. 215, note T. HARTLEY ; *JDI* 1982.463, obs. J-M. BISCHOFF ; CJCE, 15 mai 2003, *Société Préservatrice foncière TIARD c. Staat der Nederlanden*, aff. C-266/01, point 36, *D.* 2003.1602, et *Europe* 2003, Com. n° 261, obs. L. IDOT.

³⁸² Cf CAA Nantes, 15 avril 1999, *Société Mammoet Stoof Vof*, n° 98NT00412, *Lebon T. RFDA* 2000. 1110, concl. R. LALAUZE.

³⁸³ R. LALAUZE, *préc.*

³⁸⁴ Cf J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, 2019.

³⁸⁵ Cf F. MONEGER, *Droit international privé*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 9^e éd., 2021.

³⁸⁶ S. LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, LGDJ, 2005, n° 838-844 et n° 874 et s.

Règlement Rome I peut s'appliquer aux contrats internationaux de construction faisant intervenir un Etat, les règles seront les mêmes que celles en vigueur entre deux contractants privés, puisque l'Etat partie ou l'une de ses émanations sera confondu avec un contractant privé. Dès lors, le principe demeure la liberté de choix de loi. En cas de silence des parties, la loi de résidence du constructeur, à savoir le constructeur privé étranger, s'appliquera. L'Etat partie sera donc susceptible de voir appliquer à son contrat de construction un droit étranger, c'est-à-dire un droit émanant d'une autorité souveraine étrangère.

D'autre part, il existerait des règles spécifiques au droit administratif pour lesquelles le jeu des règles de conflit de lois ne serait plus possible. Il semble alors que le Règlement Rome I puisse jouer dans les contrats administratifs internationaux, mais que les règles de conflit de lois posées soient atténuées dans leur application puisque des questions de droit administratif peuvent se poser dans un contrat international de construction passé avec un Etat. Si cette approche est séduisante, elle impose d'identifier les règles empruntées au droit privé et les règles spécifiques au droit administratif, ce qui en plus de ne pas être une tâche aisée, reviendra à fractionner le régime des contrats administratifs internationaux. En tout état de cause, la vision nationaliste des contrats internationaux de construction faisant intervenir un Etat doit être écartée. Les contrats internationaux de construction, en dépit de leur nature pouvant être administrative, sont invités à être soumis aux règles du droit international privé et ce, en adaptant ces règles à la nature particulière de ces contrats. Ainsi, « en Belgique ou dans les pays anglo-saxons, c'est le droit privé qui s'applique aux contrats administratifs (sauf exception) comme corollaire inévitable de la compétence des tribunaux civils, mais ce droit privé subit un "gauchissement", une "transposition" pour tenir compte de la personnalité de ce cocontractant "pas comme les autres" qu'est l'administration et surtout de la finalité de son action »³⁸⁷.

197. En définitive, le juge administratif français s'est longtemps référé à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le texte ne différenciant pas selon que le contrat est de nature privée ou administrative. Si le Règlement Rome I exclut de son domaine les « matières fiscales, douanières et administratives », pour se réserver aux « obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale », il peut exclure les contrats administratifs de son domaine d'application. Pour autant, il peut être estimé que les contrats administratifs

³⁸⁷ M-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics, tome I : Théorie générale des contrats de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 155.

internationaux relèvent encore aujourd'hui de la Convention de Rome, là où les contrats privés passés par l'administration relèvent de la compétence du Règlement Rome I.

a.2. L'absence d'autres textes réglementaires européens propres

198. Si l'Etat souverain a fait l'objet de nombreuses théorisations et définitions, tel n'est pas le cas de l'Etat contractant, pour lequel des zones d'ombres existent. Qu'est véritablement un Etat contractant ? La Charte de la Havane a été négociée à la fin de la seconde Guerre Mondiale et avait pour objectif la création d'une Organisation internationale du commerce intégrante de l'ONU. Mais, elle a été abandonnée en 1950. Cette Charte était apparentée à du droit souple, qui concerne l' « ensemble des normes qui ne s'apparentent ni à des lois ni à des règlements (pas davantage à la jurisprudence ou à la coutume), par lesquelles des pouvoirs publics ou des opérateurs privés s'efforcent d'orienter une action ou de diriger des comportements et qui jouissent d'une certaine efficacité au sein du système juridique »³⁸⁸. La Charte, dénuée de force contraignante, a tenté de définir « l'Etat commerçant » en lui confiant la qualité de « contractant de droit privé » lorsqu'il négocie avec des étrangers.

199. Figure du droit souple, la résolution d'Athènes, en son article premier, prévoyait le principe de liberté de choix de loi lorsqu'un Etat est partie au contrat. En l'absence de choix de loi, il avait été proposé, dans cette résolution, de privilégier la loi du pays dans lequel le centre de gravité du contrat reposait. A cet effet, l'article 1 de cette résolution disposait qu'un contrat conclu entre un Etat et une personne privée étrangère devait être soumis, en cas d'absence de choix de loi par les parties, « aux règles de droit avec lesquelles le contrat a le lien le plus étroit ». Il avait également été avancé de privilégier la loi du lieu d'exécution du contrat, qui correspondra quasi-unaniment à la loi de l'Etat partie.

En dehors de ces droits souples tombés dans l'oubli, aucun texte européen ne vient régir les contrats administratifs internationaux.

³⁸⁸ S. CASSELLA, V. LASSERRE et B. LECOURT (dir.), *Le droit souple démasqué : articulation des normes privées, publiques et internationales*, éd. Pédone, 2018, p. 5.

b. La territorialité du droit administratif français en matière de construction

Les autorités publiques reçoivent, en droit administratif interne, un certain nombre de pouvoirs exorbitants (résiliation ou modification unilatérale du contrat ...) et sont peu enclines à se les voir retirer malgré la présence d'une internationalité. Un contrat administratif portant sur une construction peut-il être soumis à une loi étrangère ?³⁸⁹ Si des négations de principe tendent à apparaître (b.1), des assouplissements ont été constatés (b.2).

b.1. L'exclusion du choix d'un droit étranger

200. Les tenants d'une doctrine nationaliste tendent à considérer que, peu important la présence d'un élément d'extranéité, dès lors qu'un contrat est administratif, c'est-à-dire conclu par une autorité publique, il est nécessairement soumis à la loi et aux juridictions de son système juridique national. Le choix de loi par les parties n'aurait pas libre cours. « Il existe une nécessaire compétence du droit de l'Etat partie à un contrat de droit public, même conclu à l'étranger ou s'y exécutant »³⁹⁰. La nature administrative du contrat de construction primerait sur son internationalité, ce contrat ferait naître une compétence exclusive du droit de l'Etat partie ainsi que de son propre système juridictionnel en cas de contentieux. Les méthodes du droit international privé, telles que les règles de conflit de lois, ne s'appliqueraient pas. Le droit des immunités des Etats porterait également atteinte à la liberté de choix de droit des parties à un contrat international de construction puisque si une loi étrangère est choisie, l'Etat pourra toujours ne pas la respecter sans craindre d'être condamné, en se retranchant derrière les règles de l'immunité, pour éluder la saisine d'un juge étranger ou l'application d'un jugement étranger³⁹¹. Pourtant, « le Code des marchés publics ne dispose pas expressément que les marchés passés à l'étranger par les autorités françaises entrent dans son champ d'application (...) » et parfois, aucune relation n'existe entre l'objet du Code des marchés publics et l'action des administrations françaises à l'étranger qui impliquerait forcément son application aux marchés conclus par ces administrations³⁹².

³⁸⁹ H. SLIM, « Les contrats d'Etat et les spécificités des systèmes juridiques dualistes », *Rev. arb.* 2003.691 et s.

³⁹⁰ P. MAYER, « Le rôle du droit public en DIP », *RIDC* 1986.467, et note sous CA Rouen, 13 novembre 1984, *Rev. crit. DIP* 1985.658.

³⁹¹ Pour autant, cette affirmation convient d'être relativisée, du fait des possibilités de renonciation aux immunités.

³⁹² N. NORMAND, « Application du Code des marchés publics à un contrat conclu à l'étranger », *AJDA* 2016.863.

201. Une telle approche est parfaitement défavorable au constructeur étranger et risque de ne pas l'inciter à pratiquer ses opérations de construction à l'intérieur du territoire français avec l'Etat ou l'une de ses émanations. Il ne peut être nié qu'un sentiment de méfiance s'emparera du constructeur étranger, lorsque l'Etat partie lui opposera son propre droit (risque d'abus du pouvoir de réglementer, risque d'être soumis à un droit national défaillant, lacunaire ou inadapté) et ses propres juridictions (risque de partialité des juges ne souhaitant pas condamner l'Etat partie). Chaque législation nationale retient sa conception des contrats administratifs internationaux. Le droit français retenait traditionnellement que les contrats internationaux de construction assimilés à des contrats administratifs (contrats de concession, marchés publics ...) relevaient de la compétence exclusive du droit administratif positif français ainsi que des tribunaux administratifs français. Il en était résulté une entrave à toute méthode du droit international privé, comme en témoignait la position retenue par le Conseil d'Etat dans la décision *Habib Bechara* du 11 janvier 1952³⁹³, confirmée par une décision *Dame Veuve Langlois* du Conseil d'Etat du 28 novembre 1958³⁹⁴. Ces arrêts de principe avaient considéré que, même si le contrat en cause avait été conclu et exécuté à l'étranger, un marché public conclu avec une autorité publique française ne pouvait pas être soustrait ni à l'empire du droit administratif français ni à la compétence du juge administratif français. La seule possibilité de faire obstacle à de telles compétences exclusives était l'hypothèse d'un Etat partie contractant avec un constructeur privé étranger par le biais d'un contrat international de droit privé. Ici, le choix d'une loi étrangère par les parties était libre. C'est ce qui ressortait d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, *Vve Carathéo*, rendu le 31 mai 1932³⁹⁵.

202. La compétence exclusive du droit administratif français dans les contrats internationaux de construction de nature administrative doit être écartée. Elle ne peut pas s'imposer aux juridictions étrangères, car ne peuvent peser sur elles des obligations visant à les contraindre au respect d'une compétence exclusive étrangère. En luttant contre la compétence juridictionnelle exclusive, il peut être écarté la compétence législative exclusive. Une clause attributive de juridiction librement consentie par les parties ou la saisine en premier d'un juge étranger devrait faire obstacle à la compétence juridictionnelle exclusive. En pratique, il ne sera pas aisé pour le constructeur de convaincre l'Etat partie de conclure une telle clause. Par ailleurs, dès qu'un contrat était administratif, les juges français avaient longtemps rejeté les clauses attributives de juridiction en faveur de juges

³⁹³ CE. sect. 11 janvier 1952, *Habib Bechara*, *Rec.* p. 30 et *Rev. Jur. et politique de l'Union française* 1952, p. 292 et s.

³⁹⁴ CE, 28 novembre 1958, *Dame veuve Langlois*, *Rec.* 590.

³⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1932, *D.P.* 1933, p. 169.

étrangers. Ainsi, la nature administrative du rapport litigieux emportait compétence matérielle des tribunaux français. Il en ressortait une impérativité et exclusivité de la compétence administrative française³⁹⁶.

b.2. Les assouplissements

203. La position française s'est finalement assouplie même pour les contrats administratifs internationaux de construction. Elle s'est d'abord assouplie avec une décision Tegos rendue par le Conseil d'Etat le 19 novembre 1999, qui a admis la compétence d'une loi étrangère pour un contrat conclu par une autorité publique française et exécuté à l'étranger³⁹⁷. Le Conseil d'Etat considère qu'un contrat remplissant toutes les conditions organiques et matérielles pour être qualifié de marché public n'est pas soumis au Code des marchés publics dès lors qu'il n'est ni conclu ni exécuté sur le territoire français, ces deux conditions étant cumulatives, et que la personne publique n'a pas décidé de s'y soumettre³⁹⁸. Autrement dit, c'est seulement si la personne publique opte pour la mise en œuvre du Code des marchés publics qu'il lui est applicable. Mais, si cette compétence ne ressort pas d'un choix de loi par les parties, la jurisprudence administrative française fera jouer subsidiairement la compétence du droit administratif français. La solution sera la même concernant la compétence exclusive du juge administratif français, subsidiairement compétent en cas d'absence de clause attributive de juridiction donnant compétence à un juge étranger³⁹⁹. Les règles du droit international privé ne cessent de jouer que si les parties n'opèrent pas contractuellement de choix de loi applicable ni de clause attributive de juridiction⁴⁰⁰. Avec l'arrêt Tegos, il n'est donc plus nécessaire de

³⁹⁶ Cette vision sera finalement remise en cause par la Cour administrative d'appel de Douai, dans l'arrêt *King Consult* (*op. cit.*), en application du Règlement Bruxelles I pourtant inapplicable pour la matière administrative.

³⁹⁷ CE, 19 novembre 1999, *Tegos*, *AJFP* 2000.10, obs. F. BERGUIN ; *RFDA* 2000.833, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

³⁹⁸ F. MELLERAY, « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFDA* 2008.1123 et cf CE 28 septembre 2001, *Entreprise de construction et de prestations de services*, n° 21-3395, *Lebon* 442 ; *RDI* 2002.67, obs. J-D. DREYFUS. Pour une confirmation de l'interprétation de la jurisprudence antérieure, cf CE 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée*, n° 68333, *Lebon* T.884 ; *AJDA* 1969.253, concl. G. BRAIBANT.

³⁹⁹ Cf CAA Douai *SA King Consult* (*précité*), où la Cour a donné, de plein effet, compétence aux juridictions belges pour les parties à un contrat administratif international en écartant sans commune mesure la compétence du juge administratif français, devant une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger. Si le Règlement Bruxelles I écarte explicitement de son champ d'application les contentieux qui relèvent de la matière « administrative », dans cet arrêt, la Cour administrative d'appel a estimé que « le Centre hospitalier de Lens n'agissait pas dans l'exercice de la puissance publique, au sens et pour l'application du règlement communautaire du 22 décembre 2000 ». Ainsi, le caractère administratif du contrat est « sans incidence sur la qualification qu'il convient de lui donner pour l'application du même règlement communautaire », le contrat administratif ne relevant pas de la matière « administrative » visée par le règlement. Il s'agissait ici du premier arrêt à écarter la compétence des juridictions françaises à propos d'un contrat administratif international sur le fondement d'une clause attributive de juridiction.

⁴⁰⁰ Cf l'Ordonnance du Roi du 4 décembre 1836 (IX, Bull. CDLXX n° 6, 606, vol. Duverdger, 1836, p. 487-489), portant règlement sur les marchés passés hors du territoire français : « les dispositions de la présente ordonnance ne sont point

s'interroger au préalable sur la réunion des critères rendant administratif un contrat pour trancher sur la compétence entre les juridictions nationales et étrangères. Désormais, la présence d'un droit étranger suffit. Si le droit français n'est pas applicable, alors le juge administratif français se verra retirer sa compétence⁴⁰¹. Pour reprendre une célèbre formule, « il faut d'abord déterminer si le droit français est applicable – le cas échéant concurremment avec le droit étranger – et c'est seulement en cas de réponse affirmative que la question de la compétence du juge administratif peut se poser »⁴⁰².

204. Par l'arrêt *Tegos*, en appliquant les règles issues de la Convention de Rome, le Conseil d'Etat a reconnu que le juge administratif français n'était qu'un simple juge d'attribution en matière de contrats internationaux et qu'il n'était « pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat qui n'est en aucune façon régi par le droit français ». Cet arrêt a marqué un tournant. Pour la première fois, le juge administratif français a, de lui-même, limité sa propre compétence à l'égard des contrats administratifs soumis à un droit étranger. Les parties se voient octroyer la possibilité de choisir librement le droit applicable à leur contrat, ce qui leur permet d'écarter l'application du droit administratif français et de faire entrave à la caractérisation administrative du contrat en cause, contrat pourtant pleinement administratif en droit interne. D'ailleurs, une Directive de 2014 consentait à ce que les parties à un marché public s'entendent sur « le droit national applicable pertinent » sans pour autant poser de désignation de droit applicable à défaut de choix⁴⁰³.

205. L'arrêt *Tegos* ne concernait que le contentieux des contrats d'agents publics conclus à l'étranger⁴⁰⁴. Mais quid des contrats de construction conclus entre l'adjudicateur français et un constructeur étranger ? Il semble que dans un contrat de marché public, une administration nationale se comporte en tant que contractant privé et n'intervient pas avec ses pouvoirs régaliens et unilatéraux.

applicables aux marchés passés aux colonies ou hors du territoire français (...) ». Egalement le décret n° 56-256 du 13 mars 1956, sur la préparation et la passation de marchés, article 43 : « Le présent décret n'est pas applicable aux marchés passés à l'étranger. Un décret fixera les règles de passation particulières à cette catégorie de marchés », même si ce décret n'a pas été appliqué.

⁴⁰¹ M. AUDIT, *Les contrats transnationaux entre personnes publiques*, LGDJ, 2002, n° 565. Selon lui, la compétence exclusive du juge administratif français en matière de droit public doit être relativisée, car « à nos yeux, l'Etat décréte et met en œuvre lui-même cette compétence. Dès lors, il lui est toujours loisible de la remettre en question pour de bonnes raisons ».

⁴⁰² CE, 19 novembre 1999, *Tegos*, *préc.*

⁴⁰³ Directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (*JOUE* n° 1.94, 28 mars 2014, p. 65-242, article 39§ 4).

⁴⁰⁴ Cela a été admis dans un arrêt du Conseil d'Etat rendu le 30 mars 2005, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, à propos d'un contrat passé entre un hôpital français et une clinique allemande située en Alsace, pour la mise en commun d'une IRM. Dans ce contrat, une clause de choix de loi était stipulée en faveur du droit allemand. Ces contrats soumis à la loi étrangère ont été disqualifiés, ils n'ont plus été considérés comme relevant du droit public.

Ces contrats ne sont donc pas réellement administratifs et peuvent relever du droit privé et donc du droit international privé.

206. Depuis l'arrêt *Inserm*, le droit administratif français n'a plus été déclaré intégralement impératif. Le caractère impératif d'une règle empêche toute volonté individuelle d'y déroger. Il s'agit d'une règle dont « les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les parties auraient exprimé dans un acte juridique », ce « caractère impératif n'étant qu'une conséquence, parmi d'autres, de l'ordre public, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public (...) »⁴⁰⁵. Lorsque le contrat ne fait pas intervenir de règles impératives, l'internationalité prime sur le caractère impératif et le juge judiciaire sera compétent. En présence de règles impératives, le monopole du juge administratif est préservé. Ce sont les règles impératives qui justifient la compétence du tribunal administratif. La compétence administrative est limitée aux seuls contrats administratifs faisant intervenir des règles impératives⁴⁰⁶, à savoir les contrats relatifs à l'occupation du domaine public, aux marchés publics⁴⁰⁷, aux contrats de partenariats et à la délégation de service public. Pour ces contrats, les parties peuvent désigner la loi applicable au contrat administratif, mais c'est sous réserve de respecter les règles impératives du droit administratif français, qui constituent un « noyau dur »⁴⁰⁸. Une telle approche rappelle le jeu des lois de police qui vise à imposer une règle dont l'application est jugée primordiale. La formulation « régime administratif d'ordre public » est large⁴⁰⁹, rendant considérable le travail des arbitres qui devront vérifier si le contrat en cause exécuté en France appartient à un régime administratif d'ordre public⁴¹⁰.

207. Il existe désormais une part de supplétivité, si bien que par la volonté des parties, un marché public international même exécuté en France pourra ne pas être soumis au droit administratif français. Seul le droit administratif impératif pourra faire obstacle à la liberté de choix de loi des parties, à

⁴⁰⁵ G. CORNU, *op. cit.*

⁴⁰⁶ CE. ass. 9 novembre 2016, *Fosmax*, n° 38-8806 : « une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement » ou quand elle « méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger », ce qui concerne, « notamment », « l'interdiction de consentir des libérations, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat ».

⁴⁰⁷ Cf CE, 19 avril 2013, *décision du Syndicat mixte des Aéroports de Charente*, n° 35-2750. Un arbitrage relatif à un marché public relève « d'un régime administratif d'ordre public ».

⁴⁰⁸ Tribunal des conflits, 17 mai 2010, *INSERM, préc.*, concl. du commissaire du gouvernement M. GUYOMARD, *Rev. arb.* 2010.291.

⁴⁰⁹ Cela est d'autant plus vrai que le champ de l'ordre public englobe les règles d'ordre public de l'Union européenne.

⁴¹⁰ Les parties sont alors incitées à se tourner vers des sièges d'arbitrage situés à l'étranger, afin d'éviter que le juge de l'annulation soit un juge administratif français.

l'instar de ce qui se passe en droit privé⁴¹¹. Le seul regret concerne l'imprécision de la matière du droit administratif impératif.

Conclusion 1 : Le Règlement Rome I est inapplicable lorsque, dans un contrat administratif international en matière de construction, l'Etat contractant maintient l'exercice de ses prérogatives exorbitantes de droit commun. Par nature, dès qu'un contrat était administratif, il était nécessairement soumis à la loi et aux juridictions de l'Etat contractant. La nature administrative du contrat de construction prévalait sur son internationalité et les règles de conflit de lois ne trouveraient pas terrain d'élection. Une telle approche a été progressivement écartée, car défavorable au constructeur étranger. Il est indéniable qu'un sentiment de méfiance s'emparera du constructeur, lorsque l'Etat partie lui opposera sa propre législation (jeu aléatoire du pouvoir de réglementer, un droit national défaillant, lacunaire ou inadapté) et ses propres tribunaux (partialité des juges ne souhaitant pas condamner l'Etat partie). Dès lors, une liberté de choix de loi au contrat administratif international est davantage acquise aux parties, même si elle demeure relative. Dans les contrats de marchés publics, une personne publique est davantage assimilable à un contractant privé, ces contrats doivent être assujettis au droit privé lui-même et donc, aux méthodes du droit international privé. C'est l'avènement des contrats d'Etat.

2) Le droit applicable aux contrats d'Etat en matière de construction

208. La notion de contrat d'Etat constitue la caractérisation de la francisation de la notion anglaise « State Contracts », apparue à la fin des années 1970. Si cette catégorie n'était pas aisément définissable, il s'agissait d'en faire un modèle à part entière de contrat international, régi par le droit international. A l'instar du contrat administratif international, le contrat d'Etat est un contrat international mettant en relation un Etat avec une personne privée étrangère ou impliquant une obligation s'exécutant à l'extérieur des frontières de l'Etat partie. Les contrats administratifs internationaux conviennent d'être distingués des contrats d'Etat puisqu'au sein des contrats d'Etat, il est directement admis la possibilité d'application d'une loi étrangère et la compétence d'un juge étranger. La distinction entre les contrats d'Etat et les contrats administratifs internationaux révèle son importance par la désuétude des contrats administratifs internationaux dont les inconvénients

⁴¹¹ M. LAAZOUZI, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 2010, n° 44, p. 653, n° 44, à propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 (INSERM), *préc.*

étaient majeurs pour les constructeurs privés étrangers, du fait des pouvoirs exorbitants conservés par les Etats (pouvoir de résiliation et de modification unilatérales du contrat ...).

209. L'avènement des contrats d'Etat tient, en partie, des attributs exorbitants possédés par les Etats dans le cadre des contrats administratifs internationaux, que les constructeurs privés étrangers ont cherché à éluder. Dans les contrats d'Etat, l'internationalité prime sur le critère éventuellement administratif, de sorte que l'Etat contractant ne doit plus pouvoir prétendre à bénéficier de ses pouvoirs souverains et immodérés. Le contrat d'Etat devient source de droits et d'obligations réciproques sanctionnés par le droit international. Par la catégorie des contrats d'Etat, l'engagement de la responsabilité des Etats devient plus aisé et, les constructeurs privés étrangers s'assurent d'un meilleur respect du principe de force obligatoire du contrat. Alors que les contrats administratifs internationaux de construction témoignent de la prééminence des pouvoirs de l'Etat partie, les contrats d'Etat se caractérisent par une volonté d'édifier un certain équilibre et une égalité entre les Etats contractants et la personne privée étrangère cocontractante. L'égalité des parties ne renvoie pas à la relation entre le plus fort et le plus faible, elle a trait à la réciprocité des prestations. C'est l'égalité comme équivalent, l'équivalent aristotélicien et l'égalité de chez Nicomaque comme l'adéquation par comparaison entre les obligations réciproques des parties⁴¹². Le contrat d'Etat suppose de la part de l'Etat partie un consentement à la perte de sa souveraineté⁴¹³.

Conclusion 2) : La spécificité des contrats d'Etat réside dans l'effort d'équilibre entrepris entre les prérogatives des Etats et la sécurité juridique du cocontractant privé. Le principe demeure la liberté de choix du droit applicable. Le contrat d'Etat n'est pas un contrat administratif et ce, alors que des auteurs tendent à privilégier une transposition de la théorie française du contrat administratif dans le régime du contrat d'Etat⁴¹⁴. L'intérêt d'une telle transposition serait grand pour l'Etat, car elle contribuerait à accroître ses prérogatives en lui offrant un pouvoir de mutabilité du contrat par

⁴¹² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie philosophique J.Vrin, 2007, Introduction, traduction et notes de Jules Tricot, Livre V, Chapitre 14. 1137b, § 25. Cf J-M. TRIGEAUD, « Justice et fidélité dans les contrats », *Archives de philosophie du droit* 1983, vol. 28, p. 207-277 et cf M. VILLEY, « La formation de la pensée juridique moderne », *Cours ronéo. Paris II*, 1968 (repris dans PUF, 2013).

⁴¹³ M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDJ* 1^{er} septembre 2014, n° 5, p. 1283.

⁴¹⁴ P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », in *Ecrits de droit international. Théorie générale du droit international, Droit des espaces, Droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, p. 13 et s.

exemple⁴¹⁵. Mais, une telle transposition doit être exclue⁴¹⁶ et les contrats d'Etat demeurent soumis à des règles déjà connues du droit international privé, à savoir la liberté des parties dans le choix du droit applicable.

Conclusion §1 : Le choix du droit applicable aux contrats de construction conclus entre un Etat et une personne privée prend une forme différente selon la nature du contrat. Pour les contrats administratifs internationaux, caractérisés par l'exercice des pouvoirs souverains et exorbitants des Etats, l'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable est généralement exclue. Les Etats contractants imposent l'application de leur propre droit à leurs cocontractants privés par une territorialisation de leur droit administratif. Si des assouplissements ont été opérés pour répondre aux inquiétudes des cocontractants privés (notamment en l'absence de choix de loi, en présence d'un contrat exécuté à l'étranger ou lorsque le contrat ne fait pas intervenir de règles impératives), ils n'ont pas suffi à garantir une liberté concrète de choix de loi. Les contrats d'Etat sont alors privilégiés par les contractants privés désireux d'entrer en relation avec un Etat, car dans ces contrats, les Etats assument clairement leur position de contractant commerçant à titre privé. Ils ne se retranchent plus derrière leurs attributs de souveraineté ni derrière leurs pouvoirs exorbitants de droit commun et consentent à l'application d'un droit étranger. La liberté dans le choix de loi est consacrée.

Devant les arbitres, la situation est encore différente, puisque les arbitres se soucieront peu de la différenciation entre contrats administratifs internationaux et contrats d'Etat pour apprécier les questions de droit applicable dans un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée.

⁴¹⁵ *Ibid.*, n° 24 et 33 ; cf G. COHEN-JONATHAN, *Les concessions en droit international public*, thèse dactyl., Université de Paris, 1966 ; cf A. FATOUROS, « The administrative contract in transnational transactions : reflections on the uses of comparison », in *Ius Privatum Gentium, Festschrift für Maw Rheinstei*, éd., Tubingen, 1969, p. 259 s. : J-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI* 1983-I, t.181, p. 1 et spéc. p. 118.

⁴¹⁶ Cf quelques exceptions notables, comme la Sent. CIRDI, 25 février 1988, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. République du Sénégal*, aff. n° ARB/82/1, dans laquelle le contrat d'Etat conclu entre le Sénégal et l'entreprise Soabi pour la construction d'un ensemble de logements sociaux à Dakar avait été soumis au régime du contrat administratif, de par la référence par les parties au droit administratif sénégalais (*JDI* 1990.192, § 5.01).

§2 : Le cas particulier du choix de loi devant l'arbitre

A titre préliminaire, il convient de souligner qu'il a sciemment été choisi de limiter l'étude du choix de loi devant l'arbitre aux cas particuliers des contrats conclus avec une personne publique. En effet, si les arbitres demeurent soumis au droit choisi par les parties, dans le cadre des contrats conclus entre personnes privées ou avec une personne publique, des problématiques singulières doivent être abordées concernant les contrats conclus avec une personne publique. En ce sens, les Règlements d'arbitrage admettent la faculté pour un tribunal arbitral de se détacher du choix de loi des parties à un contrat d'Etat. Il a récemment été reconnu la possibilité du recours à l'arbitrage international dans les contrats internationaux faisant intervenir un Etat. L'article 1496 du Code de procédure civile admet que le droit applicable au litige relève de la liberté de choix et qu'à défaut de choix de loi, les arbitres auront compétence pour le fixer. Cet article n'interdit pas de choisir un droit autre que le droit de l'Etat contractant et ce, même s'il s'agit d'un contrat administratif ou d'un contrat d'Etat. En conséquence, « une place inédite est aujourd'hui reconnue à la relation unissant le droit public et le droit international privé »⁴¹⁷.

Si les arbitres sont tenus de respecter le choix des parties dans la désignation du droit applicable, ils s'en s'écartent parfois (1). Et à défaut de choix de loi, les arbitres interviendront pour fixer un rattachement alternatif qu'ils estimeront être le plus adapté à la situation (2).

1) Une liberté de choix relative

Le choix du droit applicable dans un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée est, en pratique, généralement préservé par les tribunaux arbitraux. Désignés par les parties, les arbitres respectent avant toute chose leur volonté. Cependant, la liberté des parties dans le choix du droit applicable ne doit pas masquer la fragilité de ce principe, fragilité accrue par l'absence de for des arbitres, non soumis aux règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat où ils siègent (a). Des législations nationales ne laissent aucune possibilité à une personne publique de choisir un autre droit que le sien. Il se trouve que la très grande majorité des contrats internationaux faisant intervenir une personne publique est soumise au droit de l'Etat contractant. Les arbitres veillent, en réponse à un

⁴¹⁷ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 9.

forçage assumé de la désignation des droits nationaux des Etats, à ce que les personnes privées bénéficient d'une réduction des prérogatives souveraines des Etats (b).

a. Un droit parfois outrepassé par les arbitres

210. Les tribunaux arbitraux demeurent liés par le droit choisi par les parties à leur contrat, ils sont « (...) mandaté(s) pour régler le différend conformément au contrat, lequel contient un devoir de respect de la loi stipulée. Un arbitre qui décide conformément à une autre loi, qu'elle soit nationale ou autre, réécrirait le marché. Il n'en a pas le droit. Malgré ses bonnes motivations, il rend un mauvais service aux parties et à l'institution de l'arbitrage international »⁴¹⁸. En éludant le choix de droit des parties, l'arbitrage perdrait du crédit, d'autant que l'arbitrage est fondé sur un principe de base, celui de l'autonomie de la volonté des parties et ce principe doit être respecté dans toutes ses variations. Comme l'a souligné la doctrine, il serait préjudiciable pour les parties et pour l'avenir de l'arbitrage si les arbitres peuvent s'octroyer la faculté d'un changement de droit applicable - sauf amiable composition, ex aequo et bono-. Par conséquent et par principe, le tribunal arbitral appliquera la loi du contrat international de construction et respectera la volonté des parties. Ce principe fondamental a été rappelé par diverses conventions internationales et plusieurs textes et fut réaffirmé par la Résolution de l'Institut de droit international du 12 septembre 1981 sur le rôle de « l'autonomie des parties dans les arbitrages entre Etats, entités étatiques et entreprises étrangères » lors de sa session de Saint-Jacques de Compostelle⁴¹⁹.

Les parties peuvent s'entendre dans leur contrat international de construction sur la loi que devra appliquer le tribunal arbitral et ce faisant, elles font plus que simplement déterminer l'étendue de la mission confiée aux arbitres, elles fixent aussi la substance de cette mission en la configurant.

211. Bien qu'un droit national ait été désigné par les parties, les arbitres peuvent en restreindre ou en exclure l'application. C'est notamment le cas lorsque ce droit désigne comme applicable au contrat de construction, le droit de l'Etat partie. Le droit de l'Etat hôte dans les contrats de construction a

⁴¹⁸ Park, William W. Lord Michael Mustill and the Channel Tunnel Case (30 juin 2015). *Boston Univ. School of Law, Public Law Research Paper* n° 15-25.

⁴¹⁹ « Institute of International Law, Resolution on the autonomy of the Parties in International Contracts between Private Persons or Entities », *Yearbook* 1902, vol. 64. II. p. 383.

d'abord cessé d'être systématiquement appliqué par les tribunaux parties pour son incomplétude. En ce sens, les arbitres n'hésitent pas à considérer que le droit de l'Etat d'accueil n'est pas suffisamment sophistiqué pour concrètement s'appliquer à des transactions aussi complexes qu'un contrat international de construction, malgré le choix de loi des parties en ce sens⁴²⁰. Ce faisant, l'arbitrage international a contribué à l'internationalisation, mais en même temps, a provoqué la violation de la tradition de l'autonomie de la volonté des parties dans le choix de loi applicable. Cette érosion de l'autonomie de la volonté dans les contrats d'Etat a commencé en matière de construction avec la sentence ARAMCO⁴²¹. Bien que le droit applicable ait été le droit saoudien, les arbitres ont estimé que les droits d'ARAMCO (Arabian American Oil Company) ne pouvaient pas être « sécurisés de manière incontestable par la loi applicable en Arabie Saoudite... (Et que les lois saoudiennes) doivent être interprétées, complétées à la lumière des principes généraux du droit, par les coutumes du commerce pétrolier et par la jurisprudence »⁴²². Si les arbitres peuvent décider de choisir d'appliquer la loi de l'Etat partie au contrat international de construction, comme ce fut le cas dans cette affaire, ils peuvent en exclure certains pans. En l'espèce, si les arbitres ont opté pour le droit saoudien, ils ont énoncé que « certains effets du contrat de concession doivent échapper à la loi de l'Arabie Saoudite ». C'est ici le signe d'un déclin de la valeur accordée au droit choisi par les parties à leurs contrats internationaux de construction, les tribunaux arbitraux étant autorisés à fractionner l'application de ce droit à certains traits du contrat et à en exclure l'application pour d'autres dispositions du contrat. Cette solution sera confirmée dans les affaires Texaco⁴²³, BP⁴²⁴ et Liamco⁴²⁵ à propos des nationalisations libyennes. Dans une autre espèce, tout en reconnaissant l'applicabilité du droit en vigueur à Abu Dhabi, l'arbitre Lord Asquith avait affirmé que le Sheikh était un « monarque absolu, féodal... (qui) administre une justice purement discrétionnaire avec l'aide du Coran ; et il serait fantaisiste de suggérer que dans cette région très primitive, il existe tout un ensemble de principes juridiques applicables à la construction d'instruments commerciaux modernes »⁴²⁶. L'arbitre avait poursuivi en énonçant que les dispositions du contrat « invitent, voire prescrivent, l'application de

⁴²⁰ Sent. *Petroleum Development c. Abu Dhabi* et dans la sentence *Souverain du Qatar c. International Marine Oil Company*, 28 août 1951, *ILR* 1956.

⁴²¹ Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company (Aramco) 23 février 1955, *Rev. crit. DIP* 1963.312 ; S. BASTID, « Le droit international public et la sentence Aramco », *AFDI* 1961.361 et H. BATIFFOL, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1964.653.

⁴²² Sent. *Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, *ILR* 1963, *préc.*, point 117.

⁴²³ Sent. *Texaco Overseas Petroleum Company c. Libye*, *ILM*, 1978. 1, 15, § 41 (« la référence qui est faite principalement aux principes du droit international et, en second lieu, aux principes généraux du droit doit avoir pour conséquence l'application du droit international aux relations juridiques entre les parties »).

⁴²⁴ Sent. *British Petroleum (Libya) Ltd c. Libye*, *ILR* 1979, vol. 53, p. 297, 329 (« le système de droit applicable est ce que cette clause prévoit expressément, à savoir en l'absence de principes communs au droit libyen et au droit international, les principes généraux du droit, y compris ceux qui ont été appliqués par les tribunaux internationaux »).

⁴²⁵ Sent. *Liamco c. Libye*, *ILR* 1982, vol. 62, p. 140, 173-176.

⁴²⁶ Sent. *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd c. Sheikh d'Abu Dhabi*, *ILR* 1951, vol. 18, p. 144.

principes fondés sur le bon sens et la pratique courante de la généralité des nations civilisées - une sorte de 'droit moderne de la nature' ». Le tribunal arbitral s'était donc écarté du droit d'Abu Dhabi, qu'il estimait incomplet et insuffisant pour trancher le différend, en ne l'appliquant pas, pour avoir recours à des principes généraux du droit qu'il considérait relever du simple « bon sens ».

Certes, il ne s'agit que de sentences arbitrales dont il convient de relativiser la portée, puisqu'il n'existe pas de règle de précédent en matière d'arbitrage international. Pour autant, elles sont éloquentes dans leur énoncé.

212. Pour justifier leur comportement face à la *lex contractus* choisi par les parties, les arbitres se fondent généralement sur la Claims Settlement Declaration (CSD), accordant au tribunal arbitral une large discrétion dans les choix de loi applicable à un contrat. L'article V de cette déclaration dispose que « le tribunal statue sur toutes les affaires sur la base du respect du droit, en appliquant les règles et principes de choix du droit applicable, ainsi que les principes du droit commercial et international, tels que définis par le Tribunal, en tenant compte des éléments pertinents »⁴²⁷. Les tribunaux arbitraux peuvent également se fonder sur d'autres sources. En ce sens, les Règlements d'arbitrage admettent la faculté pour un tribunal arbitral de se détacher du choix de loi des parties à un contrat d'Etat. L'Article 17(2) des *ICC Rules of Arbitration* de 1998, autorise dans tous les cas aux arbitres, que ce soit en présence ou en l'absence de choix de loi exprès, à prendre en considération les usages pertinents du commerce international. C'est le cas dans beaucoup d'autres sources telles que le Code de procédure civile français. Par conséquent, les dispositions d'un droit national inconsistantes avec les usages du commerce international devraient s'écarter au profit de ces derniers. Le NAFTA et la Charte de l'Energie ne reconnaissent pas aux parties la faculté de choisir le droit national qui sera applicable au contrat, de sorte qu' « 1. (u)n tribunal établi en vertu de la présente section tranche les questions en litige conformément à l'accord et aux règles de droit international applicables. », comme l'énonce l'article 1131 intitulé « Droit applicable » du NAFTA⁴²⁸. Dans le même sens, l'article 26(6) de la Charte sur l'Energie dispose qu' « un tribunal établi en vertu de l'alinéa 4) tranche les questions en litige conformément au présent traité et aux règles et principes de droit international applicables »⁴²⁹. Néanmoins, il peut paraître contestable d'outrepasser le droit national choisi par les

⁴²⁷ G. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal : An Analysis of the Decision of the Tribunal*, Clarendon Press 1996, p. 156-170.

⁴²⁸ North American Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, *ILM* 1993, vol. 32, p. 296 (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1994).

⁴²⁹ *Traité sur la Charte de l'énergie*, *ILM* 1995, vol. 33, p. 360 (en vigueur depuis le 16 avril 1998).

parties au profit des règles du droit international. Les règles du droit international ne devraient avoir vocation à intervenir uniquement en cas de violation des droits humains des opérateurs de la construction. Seule une telle hypothèse devrait permettre de mettre de côté l'application d'un droit national insuffisamment protecteur en la matière. Seules des règles de police du droit du pays d'accueil doivent être légitimes à s'appliquer à la place du droit national choisi par les parties.

b. Les contreparties exigées par les arbitres à la désignation du droit de l'Etat partie

213. Des droits nationaux excluent aux Etats toute faculté d'opter pour un autre droit que le leur dans un contrat d'Etat⁴³⁰. La principale justification à ces restrictions est la suivante. L'engagement d'un Etat dans un contrat d'Etat le lésant de ses prérogatives souveraines ne peut être réellement valable. Des Etats chercheront à tout prix à imposer ce droit à leur cocontractant privé, soit par la force soit en lui accordant des concessions. En ce sens, à Dubaï, tous les contrats internationaux de construction pour lesquels l'Etat est partie ne peuvent contenir de choix pour « toute loi ou règle autre que les lois, règles et réglementations en vigueur dans l'émirat de Dubaï et tout texte contraire sera considéré comme non valide et non contraignant »⁴³¹. Cette situation est retrouvée pour les contrats d'Etat conclus au Brésil⁴³², en Chine⁴³³, en Russie⁴³⁴ ou encore au Vietnam⁴³⁵. Les autorités du Nigéria refusent également d'accepter un choix de droit d'un autre Etat alors même que rien dans le droit du Nigéria n'impose à l'Etat de privilégier son propre droit. L'acceptation par le constructeur privé de la loi de l'Etat partie sera souvent posée, par l'Etat partie, comme une condition de conclusion même du contrat international de construction. En juin 1963, le Conseil des ministres d'Arabie Saoudite était ainsi venu exclure à tout organisme d'Etat contractant avec des sociétés étrangères la faculté de choisir comme droit applicable au contrat un droit étranger. Dans ces situations, il serait

⁴³⁰ J. DELMON, V.R. DELMON (eds.), *National Reports published in International Project Finance and PPP's. A Legal Guide to Key Growth Markets*, Kluwer Law International, 2012.

⁴³¹ Article 36 de la Loi n° 6 de 1997 sur les « Contracts of Government Departments in Dubai Emirate », qui dispose qu'« aucun contrat auquel le gouvernement de Dubaï ou l'un de ses départements est partie ne doit contenir une disposition d'arbitrage en dehors des tribunaux de Dubaï ou à des lois ou règles autres que les lois, règles et règlements en vigueur dans l'émirat de Dubaï et tout texte contraire doit être considéré comme invalide et non contraignant. Par dérogation lorsque l'intérêt public l'exige, le Gouvernement ou l'un quelconque de ses départements, établissements et autorités peuvent être dispensés de se conformer à ladite disposition ».

⁴³² J. DELMON et V.R. DELMON, *op. cit.*, p. 46.

⁴³³ *Ibid.*, p. 44-45.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 71-72.

prudent pour la partie privée d'insérer un droit anational en supplément du droit local, pour garantir le respect de règles essentielles telle que la bonne foi.

214. En pratique, il se constate que la majorité des contrats internationaux faisant intervenir un Etat comme partie, prévoit que le droit qui leur est applicable est le droit de l'Etat contractant. Il peut sembler étrange qu'un constructeur privé étranger accepte de se soumettre à la loi de l'Etat partie, alors que par le prisme du contrat d'Etat, il a enfin la possibilité de faire obstacle à la loi de l'Etat contractant. Si les constructeurs optent pour la loi de l'Etat partie, ce n'est pas seulement du fait de la position prétendument dominante de l'Etat, mais peut-être du fait que le droit de cet Etat leur paraît adapté à la relation contractuelle. Les constructeurs consentent à la loi de l'Etat partie, parce que de plus en plus et surtout dans les pays du Nord, les droits nationaux de la construction et de la responsabilité sont sophistiqués et développés. Il peut être considéré qu'avant de s'implanter à l'étranger, le constructeur a opéré un audit complet sur la législation nationale et qu'après réflexion et étude, elle s'est avérée adaptée à ses attentes.

215. En réalité et afin de faciliter l'application de leur propre droit national, les personnes publiques font état de stratégies de management contractuel par l'édiction de clauses particulières visant à assurer aux cocontractants privés la stabilité de leur législation. Des clauses de stabilisation et d'intangibilité ont pu être demandées par le constructeur, en contrepartie de l'application du droit de l'Etat contractant. Ces clauses peuvent faire obstacle aux effets pervers pouvant ressurgir du pouvoir de réguler des Etats. Par celles-ci, l'Etat partie s'engage contractuellement à ne pas exercer à l'encontre du contrat conclu, les prérogatives législatives ou contractuelles qui sont de l'essence même de sa souveraineté. La problématique de faire de la loi de l'Etat le droit applicable au contrat de construction est de soumettre le contenu et la permanence du contrat à la volonté de l'Etat partie qui est aussi Etat législateur. Celui-ci pourra manipuler ses talents de « créateur de lois » pour rendre désuète l'exécution d'un contrat ou en modifier ses conditions d'application ou se voir retirer des obligations précédemment conclues. Le Professeur Mayer a estimé que pour tenter de neutraliser le « pouvoir normatif de l'Etat à l'égard de ses contrats », « la loi de l'Etat contractant devrait être purement et simplement disqualifiée car il y aurait une impossibilité logique à ce que le contrat d'Etat lui soit soumis »⁴³⁶. L'auteur a précisé que le contrat d'Etat ne pouvait être soumis à la loi de celui-ci

⁴³⁶ P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière du Contrat d'Etat », *JDI* 1986.5 et s. ; D. BERLIN, « Les contrats d'Etat et la protection des investissements internationaux », *DPCI* 1987.197.

faute d'hétéronomie et de neutralité juridique. Selon le Professeur Jacquet, l'hétéronomie consiste dans le fait de ne pas être soumis à des règles qu'il soit possible d'abroger ou de modifier soi-même. Les parties à un contrat international de construction sont alors invitées à faire référence à un droit qui leur est extérieur, c'est-à-dire hétéronome⁴³⁷. Cette position ne convainc pas. L'hétéronomie vient en contradiction avec le principe de l'autonomie des parties dans le choix de loi au contrat. La loi d'un Etat peut apparaître parfaitement neutre et poser des dispositions favorables au cocontractant de l'Etat.

216. La qualification d'un Etat partie à un contrat international de construction doit s'accompagner de la disqualification de sa qualité d'Etat législateur. L'origine des clauses de stabilisation est à rattacher à la période entre la première et la seconde guerre mondiale, lorsque les entreprises américaines ont commencé à les inclure dans les contrats de concession en raison des actes de nationalisation opérés par les gouvernements d'Amérique du Sud. Ces dernières étaient soucieuses de se préserver contre les potentielles nationalisations pouvant être opérées par les Etats d'Amérique du Sud, producteurs de pétroles et territoires hôtes de leurs investissements internationaux. Le besoin des clauses de stabilisation s'est fait ressentir tôt, comme en témoigne le fait que l'Institut de Droit International, dans sa session d'Athènes de 1979, ait envisagé l'emploi de telles clauses dans les contrats d'Etat. L'article 3 des résolutions adoptées disposait que « les parties peuvent convenir que des dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de ce contrat ».

217. Lors d'une étude parue en 2008 du Special Representative of the Secretary-General for business and human rights (SRSG) et de l'International Finance Corporation (IFC), le rôle dans la pratique des clauses de stabilisation fut analysé. Cette étude identifia trois types de clauses de stabilisation. D'une part, les « freezing clauses », destinée à empêcher une nouvelle loi de s'appliquer à une relation entre deux parties. La nouvelle loi de l'Etat d'accueil est alors « freezing », « gelée ». D'autre part, les « equilibrium clauses » qui ont pour objet de couvrir les pertes financières subies par l'une des parties du fait du changement de législation. Et enfin, les « hybrid clauses », mêlant à la fois les effets des « freezing clauses » et des « equilibrium clauses »⁴³⁸. Selon Lorenzo Cotula, Maniruzzaman et Franck Alexander, il existe deux catégories de clauses de stabilisation ; d'une part, la clause de gel du droit applicable et, d'autre part, la clause de l'équilibre économique (ou

⁴³⁷ J-M. JACQUET, « La loi de l'Etat contractant », in *Mélanges Louis Boyer*, Presses Université Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 283.

⁴³⁸ « Stabilization Clauses and Human Rights », mai 2009, IFC, <https://www.ifc.org>

« Economic Balancing clause » ou encore « Economic Equilibrium Clause »)⁴³⁹. La première a pour effet de geler le droit applicable au contrat international, les modalités et conditions du contrat pour toute sa durée. La seconde tient en la prévision d'une négociation de bonne foi entre les parties pour rétablir l'équilibre rompu (« modern hybrid-stabilisation »). Par la clause de l'équilibre économique, l'Etat partie s'engage à attribuer au constructeur privé étranger une compensation financière si le constructeur étranger se voit contraint à de nouvelles charges⁴⁴⁰.

Les « equilibrium clauses » maintiennent une zone de médiation, de négociation entre les parties. Elles préservent le droit de réguler des Etats tout en assurant une réparation des pertes financières des investisseurs privés étrangers dues au changement de législation, alors que les « freezing clauses » limitent indéniablement le pouvoir de réguler des Etats d'accueil. Pour que les « equilibrium clauses » puissent être privilégiées par les Etats d'accueil, encore convient-il que le montant de la compensation ne soit pas des plus élevés. Les « equilibrium clauses » ont alors pour avantage de préserver à la fois la souveraineté de l'Etat et l'investisseur contre les modifications de la loi. Autrement dit, le droit de légiférer demeure, mais il devient coûteux.

218. Les clauses de stabilité et les clauses d'intangibilité sont souvent confondues, car elles ont le même objet. D'ailleurs, le Professeur Kahn semblait les confondre, lui pour qui les clauses de stabilisation ont « pour objet de garantir à l'investisseur que l'espérance de rentabilité ou de sécurité de l'investissement ne sera pas déçue ou réduite par toute modification de la réglementation »⁴⁴¹. Dans le même sens, le Professeur Emmanuel Gaillard rapportait que l'« on a parfois éprouvé la nécessité de distinguer les clauses de stabilisation qui ont pour but de geler la législation applicable et les clauses d'intangibilité (...) mais ces distinctions ne paraissent pas commander de différences significatives de régime »⁴⁴². En réalité, une distinction doit s'opérer entre ces deux clauses. L'intangibilité a trait à l'immunité des clauses contractuelles, là où le gel du droit applicable a trait à sa stabilisation⁴⁴³. Il existe une différence d'objet entre ces deux clauses, la stabilité préservant contre les aléas législatifs et l'intangibilité protégeant le respect des engagements contractuels. Les

⁴³⁹ F. ALEXANDER, « Comment on articles on stabilization by Piero Bernardini, Lorenzo Cotula and AFM Maniruzzaman », *JWELB*, 3 novembre 2009, vol. 2, Issue 3, p. 175–177.

⁴⁴⁰ J. TEKOU TENE, « L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux », *Rev. des Juristes de Sciences Po* 2013, n° 8, p. 52, 53.

⁴⁴¹ Ph. KAHN, « Droits des Etats et nationalisation », *JDI* 1982.849.

⁴⁴² Ph. KAHN, « Contrats d'Etat et nationalisation », *JDI* 1985.849 et s. ; E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international : droit applicable au fond du litige », *J. Cl. Droit International* 1996, fasc. 886-9-1, n° 19, p. 6.

⁴⁴³ P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *La communauté internationale - Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, p. 303.

conséquences juridiques entraînées par les clauses de stabilisation et par les clauses d'intangibilité ne sont pas les mêmes. Tandis que les clauses de stabilisation affectent compétence et attributs généraux de la souveraineté de l'Etat partie, les clauses d'intangibilité ne se limitent qu'à la sphère contractuelle. La clause de stabilisation protège le contrat de toute modification législative de la part de l'Etat partie postérieurement à la conclusion du contrat. La clause d'intangibilité vise à empêcher et dissuader un Etat d'user de manière abusive de ce pouvoir de réglementer. Les clauses de stabilisation visent à lutter contre l'aléa législatif là où les clauses d'intangibilité visent à lutter contre l'aléa des prérogatives de puissance publique de l'Etat ou « aléa de puissance publique ».

219. Aujourd'hui, il est intéressant de se demander si ces clauses de stabilisation et d'intangibilité ne sont pas devenues des clauses exorbitantes aux mains des constructeurs étrangers. Le fait de ne pas permettre à un Etat d'exercer des pouvoirs essentiels « constitue la clause exorbitante la plus caractéristique qui soit »⁴⁴⁴. Les clauses de stabilisation et d'intangibilité n'ont pas bouleversé les rapports Etats/constructeurs. Pour que les parties soient sur un pied d'égalité et que les responsabilités soient contractuellement équilibrées, il est simplement nécessaire que les Etats parties renoncent à leurs prérogatives exorbitantes et à leurs pouvoirs souverains. D'ailleurs, malgré ces clauses de stabilisation ou d'intangibilité, les Etats parties restent relativement libres de procéder à des expropriations de chantiers de construction ou à édicter des mesures fiscales de dissuasion à l'égard des constructeurs privés étrangers⁴⁴⁵. Les clauses de stabilisation manquent d'efficacité. Leur portée est relative et leur efficacité est surtout psychologique. Souvent assujettie à la loi d'un Etat, la clause de stabilisation souffre du constat que la majorité des législations donne primauté aux prérogatives de souveraineté sur les engagements contractuels des Etats⁴⁴⁶ et considère inaliénable le pouvoir étatique législatif⁴⁴⁷.

220. Ces clauses doivent cesser d'être perçues comme contraires à la souveraineté des Etats pour la simple raison qu'elles en sont l'expression même. Les clauses de stabilisation ne contraignent pas l'Etat à ne plus légiférer. Seulement, elles le contraignent à respecter la force obligatoire du contrat et à assumer les droits et obligations consentis, en les empêchant d'opposer au constructeur la loi

⁴⁴⁴ G. COHEN-JONATHAN, *Les concessions en droit international public*, op. cit., p. 212.

⁴⁴⁵ Cela a d'ailleurs été confirmé dans la sentence *Liamco*, préc., à propos de l'expropriation, YCA 1986, vol. XI, p. 105-107.

⁴⁴⁶ Il faut conférer à la clause de stabilisation une efficacité, car elle provoque une expectative pour le cocontractant. Pour ce faire, il faudrait soumettre ces clauses au droit international ou, à l'instar de la convention d'arbitrage, admettre une autonomie de la clause de stabilisation par rapport au contrat.

⁴⁴⁷ Or, cf sentence *Aramco*, préc., « (...) rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrétractables ».

nationale nouvellement adoptée. Pour les conclure, l'Etat souverain a usé de sa capacité à contracter, rien que le fait de stipuler ces clauses atteste de l'exercice par l'Etat partie de son autonomie de la volonté et de son pouvoir souverain. Si la nullité de ces clauses était admise, cela reviendrait finalement à affirmer que l'Etat a porté atteinte à son propre pouvoir souverain, ce qui reviendrait à affirmer qu'il n'y a pas d'atteinte du tout⁴⁴⁸.

Conclusion 1) : Bien qu'un droit national puisse avoir été expressément choisi par les parties, les tribunaux arbitraux s'en détournent parfois. Si cette attitude peut permettre de répondre à certaines incertitudes liées à l'incomplétude de la loi des parties, elle doit être contestée lorsqu'elle consiste à écarter le droit des parties pour la prise en considération de certains usages du commerce international. Les règles du droit international ne doivent intervenir qu'en cas d'incomplétude du droit choisi ou en cas de violation des droits humains. Seules ces deux hypothèses peuvent justifier de mettre de côté l'application d'un droit national insuffisamment complet ou protecteur en matière de droits de l'Homme. Enfin, des arbitres ont restreint les attitudes réactionnaires d'Etats dont la législation ne laisserait aucune possibilité aux administrations nationales de choisir un autre droit que le leur dans les relations internationales. Des tribunaux arbitraux ont conditionné l'application du droit national de l'Etat contractant à des concessions ou garanties. Ce faisant, la clause de stabilisation vise à préserver le contrat de toute modification de législation de la part de l'Etat partie postérieurement à la conclusion du contrat. La clause d'intangibilité, si elle peut conduire à immuniser le contractant privé, a pour objectif premier d'empêcher et de dissuader un Etat d'user abusivement de son pouvoir de réglementer.

⁴⁴⁸ « Une telle disposition qui a pour effet de stabiliser la situation du cocontractant ne porte pas dans son principe une atteinte à la souveraineté de l'Etat Libyen. Non seulement celui-ci s'est engagé librement, mais le fait que cette clause stabilise le régime législatif et réglementaire libyen à la date de la signature de l'accord n'affecte pas dans son principe la souveraineté législative et réglementaire de la Libye. Celle-ci conserve ses prérogatives d'édicter des lois et règlements en matière pétrolière à l'égard de ceux avec lesquels elle n'a pas souscrit un tel engagement » (*Texaco Overseas Petroleum Company c. Libye*, JDI 1977, préc., n° 73, p. 371).

2) La loi applicable à défaut de choix

221. En l'absence de choix de loi par les parties, les arbitres retrouvent une certaine liberté. Il reviendra au tribunal arbitral de déterminer lui-même la loi qui sera désignée applicable au fond du litige. Pour ce faire, le tribunal arbitral peut se tourner vers une règle de conflit de lois. Cependant, les tribunaux arbitraux n'ont pas de for ; ils ne sont donc pas obligés d'appliquer les règles de conflit de lois en vigueur dans l'Etat où ils siègent. Dès lors, ils jouissent d'une certaine indépendance dans la recherche des règles de conflit de lois à appliquer. L'une des méthodes les plus usuelles des tribunaux arbitraux est de pratiquer une application cumulative des règles de conflit de lois des différents Etats avec lesquels le contentieux présente des points de contact. Il s'agira pour les arbitres d'analyser si ces différentes règles de conflit de lois tendent ou non à désigner la même loi (par exemple le lieu de la construction). C'est la convergence, exprimée par cette application cumulative des règles de conflit de lois vers un même droit applicable, qui convaincra l'arbitre d'appliquer ce droit national au fond du litige. Le tribunal arbitral a procédé de la sorte à propos d'un contrat de distribution, dans lequel les parties n'avaient pas exprimé de façon claire leur choix de loi. Les arbitres avaient alors recouru à l'application cumulative des règles de conflit de lois françaises et irlandaises, pour finalement conclure vers une convergence dirigée en faveur de l'application de la loi irlandaise⁴⁴⁹.

222. Face à l'absence de choix de loi, le tribunal arbitral peut également se rattacher aux principes généraux des conflits de lois dégagés par la majorité des systèmes juridiques nationaux ou supranationaux (tel que le Règlement Rome I). Enfin, le tribunal arbitral peut directement effectuer un raisonnement conflictuel⁴⁵⁰ et désigner la loi applicable au contrat international de construction. La méthode est alors qualifiée de « voie directe »⁴⁵¹. C'est ce que prévoit l'article 187 de la LDIP suisse imposant aux arbitres, en l'absence de choix de loi des parties, d'appliquer au fond du litige la loi présentant les liens les plus étroits avec la cause⁴⁵².

⁴⁴⁹ Sent. CCI, aff. n° 7319, 1992, *Collection of Arbitral Awards* 1996-2000, p. 300 s.

⁴⁵⁰ Sent. CCI, aff. n° 12193, 2004, *Collection arbitral Awards* 2001-2007, p. 783 s.

⁴⁵¹ Sent. CCI, aff. n° 4434, 1983, Y. DERAÏNS et S. JARVIN, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1983, vol. 110, p. 893.

⁴⁵² G. KAUFMANN-KOHLER, « Le contrat et son droit devant l'arbitre international », in F. BELLANGER, F. CHAIX et Ch. CHAPUIS, *Le contrat dans tous ses Etats : publication de la société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine judiciaire*, Berne, Staempfli, 2004, p. 402 s.

223. Le droit français, pour sa part, ne fait pas référence au raisonnement conflictuel et dispose, à l'article 1511 du Code de procédure civile, que les arbitres devront appliquer au fond du litige la loi ou les règles de droit qu'ils estiment « appropriées ». Reste à savoir ce qu'est une loi appropriée ? Une loi appropriée peut être celle présentant un lien étroit avec la situation, ce qui impose à l'arbitre une étude de proximité. Une loi peut aussi être appropriée au regard de son contenu ou au regard du résultat recherché. La conception française offre une large marge de manœuvre et une grande autonomie aux arbitres pour déterminer la loi applicable au contrat international de construction en l'absence de choix de loi par les parties. Et, en l'absence de choix de loi des parties, les arbitres ne sont pas obligés de consulter un droit étatique pour déterminer la règle applicable au litige qui lui est soumis. Dès lors, les tribunaux arbitraux peuvent être tentés d'invoquer la *lex mercatoria* dans l'optique de s'affranchir des droits étatiques qu'ils peuvent juger inadaptés. L'article 1511 du Code de procédure civile français permet implicitement le recours à la *lex mercatoria* par le tribunal arbitral en l'absence de choix de loi par les parties. Cet article ne dispose pas que « l'arbitre doit utiliser une règle nationale ou la règle de conflit de lois qu'il jugera la plus appropriée », mais cet article énonce qu'il applique les règles de fond, qu'il considère les plus appropriées⁴⁵³.

Conclusion 2) : En l'absence de choix de loi, les arbitres doivent désigner le droit susceptible de régir le rapport contractuel. Ici, la liberté des arbitres est considérable. Les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer les règles de conflit de lois applicables dans l'Etat de leur siège. Ils disposent d'une large autonomie et s'en remettent à la loi qui présente les liens les plus appropriés à la situation en cause, qu'il s'agisse d'un droit étatique ou non.

Conclusion §2 : L'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable au contrat s'impose, en principe, aux tribunaux arbitraux. Si le Règlement Rome I ne s'applique pas dans l'arbitrage, les arbitres reprennent très généralement ce principe de base, puisqu'ils tirent eux-mêmes leur office de la volonté des parties. Si la liberté de choix est garantie, elle est aussi limitée. C'est très justement que les arbitres interviennent parfois dans le contenu du contrat. Les arbitres doivent avoir toute discrétion pour écarter la loi des parties lorsque les circonstances ont révélé que ce choix a été « forcé » pour l'un des cocontractants ou lorsqu'aucune clause de stabilité ou d'intangibilité n'a été accordée au contractant privée. En outre, les arbitres jouent également un rôle important lorsque les

⁴⁵³ Sentence rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage dans l'affaire n° 4132, rendue en 1983, Y. DERAÏNS et S. JARVIS, *préc.*, p. 891.

parties n'ont pas désigné de droit applicable à leur contrat. Dans cette situation, ils ont libre cours pour désigner le droit qui sera le plus adapté.

Conclusion sous-section II : Le droit public n'a eu de cesse de s'inspirer du droit commercial, que ce soit dans le cadre de la gestion des affaires publiques ou dans la recherche d'une logique financière guidée par la quête aux profits et à l'efficacité des politiques économiques⁴⁵⁴. Dès lors qu'une personne publique se comporte comme un contractant privé, elle doit être traitée en tant que tel par les tribunaux étatiques et arbitraux. Autrement, la sécurité du commerce international sera amoindrie. Les principes du droit international privé et du commerce international en général consacrent l'autonomie de la volonté des parties dans le droit applicable à leur contrat. Les contractants publics intervenant dans la sphère du commerce international doivent s'y soumettre et consentir à l'application d'un droit différent du leur.

Devant les juges étatiques, les personnes publiques se montrent des plus réticentes à une restriction de leurs pouvoirs exorbitants du droit commun et à l'application d'une législation souveraine étrangère à leurs conventions. Dans les contrats administratifs internationaux et en dépit d'assouplissements, les contractants privés éprouvent des difficultés à l'application d'un droit étranger à celui de leur cocontractant public. La situation est meilleure pour les contrats d'Etat dont la caractérisation est justement l'acquiescement des Etats à une restriction de leurs attributs souverains dans leurs rapports privés internationaux.

Devant les tribunaux arbitraux, le choix du droit applicable par les parties est généralement préservé. Les arbitres appliquent le principe de l'autonomie de la volonté en priorité et s'en écartent principalement et, à juste titre, lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent (incomplétude du droit applicable, subordination de l'une des parties devant le droit désigné, absence de contreparties à la désignation du droit de l'Etat partie, etc.).

Conclusion section I : Les relations contractuelles en matière de construction internationale lient des contractants privés entre eux ou des contractants privés s'engageant avec des personnes publiques. Entre contractants privés, les contrats seront régis par le Règlement Rome I qui prône l'autonomie des parties dans la désignation du droit applicable. Les dispositions du Règlement Rome I s'appliquent aussi en l'absence de choix de loi, avec pour rattachement alternatif la loi de résidence

⁴⁵⁴ Ch. CONNAN, *La réception du droit privé par le droit administratif français*, thèse dactyl., Université de Poitiers, 2000, p. 164 et cf C. CHAMPAUD, « Droit administratif et droit des affaires », *AJDA* 1995, numéro spécial, p. 82-90.

du prestataire de services. L'importance du droit applicable au contrat de construction n'est pas négligeable, puisque ce droit régira un domaine essentiel au secteur, celui de l'assurance obligatoire en matière de construction.

Pour les contrats conclus entre une personne privée et une personne publique, quand bien même le Règlement Rome I ne serait pas applicable, le principe de l'autonomie de la volonté dans le droit gouverne. Ce principe s'applique devant les tribunaux arbitraux, qui n'ont pas de for et qui se soumettent plus facilement à la volonté des parties d'où ils tirent leur juridiction. Devant les juridictions étatiques, si l'administrativité du contrat prime davantage sur leur internationalité à propos des contrats administratifs, caractérisés par les pouvoirs exorbitants de droit commun des Etats, l'internationalité l'emporte dans les contrats d'Etat pour lesquels l'Etat consent à une limitation de ses pouvoirs souverains et au choix d'un droit étranger.

Les législations nationales en matière de construction sont étroitement liées à la notion de territoire, elles englobent des thèmes divers couvrant à la fois le secteur protégé du logement, les assurances ou encore les permis de construire. Le choix du droit national le plus adapté peut devenir complexe pour les intéressés, d'où l'idée couvante d'une harmonisation du droit de la construction renforcée par le recours observé aux droits anationaux par les parties.

Section II : Les contrats internationaux de construction sans droit étatique

Les droits anationaux comportent peu d'ambiguïtés techniques en fournissant un socle de règles compréhensibles pour les parties, en comparaison de certains droits nationaux de la construction dont la complexité est réelle. D'après une enquête, sur 266 affaires étudiées, les parties choisissaient les règles UNIDROIT pour trancher leurs différends dans 61 affaires⁴⁵⁵. Le choix d'un droit anational apparaît parfois comme le choix le plus adapté et le plus sage en matière de construction, notamment lorsque le contrat de construction en cause est conclu entre une personne publique et une personne privée. Dans cette hypothèse, le contractant privé pourrait ne pas être des plus enclins à se soumettre au droit de la personne publique cocontractante qu'il percevra, parfois à tort, comme insuffisamment neutre et dangereusement malléable au gré des modifications législatives de l'autorité publique. Si les droits anationaux se sont multipliés ces dernières années, c'est aussi parce que le secteur de la construction internationale ne fait l'objet d'aucune Convention européenne exclusivement dédiée à

⁴⁵⁵ www.unilex.info. Cf également S. LAKE, « An Empirical Study of the UNIDROIT Principles – International and British Responses », *RDU* 2011.

son objet. Or, des besoins pratiques d'harmonisation se font de plus en plus persistants. En la matière, l'idée d'un droit européen voire mondiale de la construction semble encore effrayer et dissuader des juristes encore nombreux à être partisans des idéaux souverainistes, accoutumés à peser et à penser un droit identifié à l'Etat. Le recours aux droits anationaux (Sous-Section I) précédera l'étude des motifs à une harmonisation du droit de la construction (Sous-Section II).

Sous-Section I : Le recours aux droits anationaux

Si Santi Romano posait le principe de l'admission du pluralisme juridique⁴⁵⁶, les débats sont virulents avec les partisans du positivisme étatique arguant qu'un contrat doit nécessairement être rattaché au droit d'un Etat. Le recours aux droits anationaux doit être rejeté pour leur incomplétude et leur inefficacité (§1), d'autant qu'un phénomène de multitude de nomenclatures anationales s'est observé ces dernières années. En matière de construction, les nomenclatures FIDIC ont acquis une réputation considérable et une exhaustivité leur offrant une place de plus en plus concurrente aux côtés des législations nationales (§2).

§1 : Un recours contesté

La notion de droit anational désigne les législations privées, c'est-à-dire les législations ne provenant d'aucun organe souverain. Il ne s'agit pas d'assimiler un contrat anational à un contrat sans droit, mais de les présenter comme des contrats qui ne sont pas soumis aux législations d'un Etat (1). Une fois cette distinction opérée, il convient de se pencher sur la pratique des droits anationaux, pour mettre en perspective leur utilisation avec les difficultés qui les environnent, autant sur les aspects de leur mise en application que sur les débats mêmes de leur existence (2). Si le recours aux droits anationaux est privilégié par les parties, les tribunaux arbitraux peuvent les appliquer en respectant leur volonté. Ils peuvent également les appliquer en l'absence de choix de loi et si un droit anational leur paraît être le plus adapté à la situation. Devant les juges étatiques, l'accueil des droits anationaux est bien moins favorable, devant l'hostilité du Règlement Rome I à ce sujet (3).

⁴⁵⁶ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2012.

1) Distinction entre contrats sans loi et contrats sans droit étatique

224. Une théorie tendait à assimiler les contrats conclus entre un Etat ou l'une de ses émanations et une personne privée à des « quasi international agreements »⁴⁵⁷. Le Professeur Verdross, père fondateur de cette théorie, soulignait que ces contrats n'étaient gouvernés ni par le droit de l'Etat d'accueil ni par le droit international public⁴⁵⁸. Cette doctrine estimait que ces contrats d'Etat ne nécessitaient pas la présence d'un droit applicable particulier, car ces contrats se suffisent à eux-mêmes. Comme l'écrivit le Professeur Weil, « ce sont eux, et eux-seuls, qui définissent les droits et obligations des contractants et il n'est point besoin d'avoir recours à un quelconque système de droit »⁴⁵⁹. Une application de cette vision était même présente dans un contrat de 1958 conclu entre la Tunisie et la Compagnie des transports par pipeline au Sahara, disposant ainsi que « la présente convention constitue la loi des parties »⁴⁶⁰. Cette théorie est éminemment discutable parce qu'elle mènerait à un contrat sans loi⁴⁶¹ et c'est la raison pour laquelle elle ne peut pas prospérer⁴⁶².

225. Dans un Rapport américain, le Professeur Symeonidas énonçait que « l'expression 'contrat sans loi applicable' est une figure de style exagérée et trop imprécise pour en permettre l'enracinement. Chaque contrat est régi par une certaine loi. Cela est vrai même dans le cas d'un contrat qui prétend être totalement autonome, lorsque les parties soumettent le contrat exclusivement à des clauses très détaillées. Ce qui rend ces clauses exécutoires n'est pas uniquement la volonté des parties, mais bien le droit de chaque partie de contraindre l'autre partie (en recourant à l'arbitrage ou

⁴⁵⁷ A. VERDROSS, « Quasi-International Agreements and International Economic Transaction », *Yearb. World. Aff* 217, 218 (1964) et du même auteur, *Protection of private property under Quasi-International Agreements*, in *Liber Amicorum Jean Pierre Adrien François*, Leiden, 1959, p. 355-362.

⁴⁵⁸ A. VERDROSS, *The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, in *Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*, Albany : M. Bender 1964, p. 104 et s. : « le contrat, créé par un accord quasi-international, est un ordre juridique indépendant, réglant exclusivement la relation entre les parties. Naturellement, la *lex contractus* peut se référer, pour son interprétation ou pour combler d'éventuelles lacunes, à l'ordre juridique de l'Etat contractant, ou de l'autre partie, ou au droit international. Mais ces ordres juridiques ne peuvent être appliqués que dans la mesure où ils sont délégués par la *lex contractus*, car ce sont les droits et devoirs mutuels des parties ».

⁴⁵⁹ P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *préc.*, p. 17.

⁴⁶⁰ P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *préc.*

⁴⁶¹ Pour une approche critique de cette théorie, cf F-A. MANN, « The Consequences of an International Wrong in International and Municipal Law », *BYIL* 1979, p. 49 : l'auteur estimait que cette théorie était « sur le plan doctrinal si peu attrayante, si peu pratique, si subversive du droit international public, si dangereuse du point de vue de la politique juridique... Il n'est guère nécessaire d'insister sur le fait que chaque relation juridique en général et chaque contrat en particulier doivent être régis par un système de droit (...) ».

⁴⁶² Sentence Aramco, *préc.*, § 312.

à une action judiciaire) à se conformer à ces clauses. Dans le système juridique moderne, cette contrainte reste le monopole de l'État et se reflète dans ses lois »⁴⁶³. Le contrat sans loi n'est que chimère, il n'existe pas en tant que tel, « un contrat quelconque ne peut exister *in vacuo*, mais doit reposer sur un droit »⁴⁶⁴.

226. Une ambiguïté doit être écartée. S'il n'existe pas de contrat sans loi, c'est qu'il n'existe pas de contrat sans droit étatique. Mais, un tel contrat peut subsister en étant soumis à d'autres droits tels que les Principes UNIDROIT ou la *lex mercatoria*. Il s'agit ici de savoir si un contrat peut vivre sans loi d'un Etat et non pas s'il peut survivre sans droit, tout court⁴⁶⁵ (« expression d'un subjectivisme aujourd'hui révolu »⁴⁶⁶).

2) Obstacles au contrat sans droit étatique

a. Une existence débattue

227. Les principes de la *lex mercatoria* ou les Principes UNIDROIT qui pourraient s'appliquer à un contrat international de construction souffrent d'un inconvénient de taille, celui de l'absence de codification⁴⁶⁷. Les parties à un contrat de construction sont susceptibles de rencontrer des difficultés pour accéder à ces principes et pour en connaître le contenu. Certes, ces droits nationaux ont acquis une valeur proche d'un droit savant et ne sont plus si informels. Les efforts doctrinaux sont

⁴⁶³ S. C. SYMEONIDES, « General Report », in *Private International Law at the end of the 20th Century : Progress or Regress ? : XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 38-40.

⁴⁶⁴ Une sentence arbitrale Aramco avait ainsi déclaré qu'il n'existe pas de principe général du droit international consacrant la notion de contrat administratif (Arabie Saoudite c. Arabian American Oil Company (Aramco) 23 février 1955), *Rev. crit. DIP* 1963.312 ; S. BASTID, « Le droit international public et la sentence Aramco », *AFDI* 1961.361 et H. BATIFFOL, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1964.653. Cette position sera confirmée dans une sentence Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen, décision au fond du 19 janvier 1977.

⁴⁶⁵ Cf P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Trav. comité fr. DIP 25-27^e année, 1964-1966-1967*, p. 209-243 et cf B. GOLDMAN, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI* 1963-I, p. 480.

⁴⁶⁶ L. GANNAGE, « Le contrat sans loi en Droit international privé », *EJCL, NVVR, Session IIBI, National Reports* ; B. GOLDMAN, *préc.*, p. 480, note 29 : « il ne s'agit pas de savoir s'il peut exister un contrat sans loi, mais un contrat sans loi d'un Etat ».

⁴⁶⁷ J-P. BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 93.

considérables et la cohérence de ses règles est en net progrès⁴⁶⁸. Et les objections tenant à l'incertitude du contenu des droits nationaux et les germes de leur imprévisibilité juridique conviennent de ne pas faire occulter que ceux-ci ne sont pas moins prévisibles que les règles provenant d'un droit non choisi par les parties et privilégiées par le juge par l'application de la règle de conflit de lois du Règlement Rome I. Pourtant, se référer à un droit national ne favorise pas le travail des juges qui, pour dévoiler les règles d'un droit national, sacrifient beaucoup de temps⁴⁶⁹ et éprouvent parfois les pires difficultés à trouver des principes généraux reconnus partout⁴⁷⁰. En ce sens, « en cas de litige, les juges ou les arbitres ne sont pas seulement invités à régler les différends spécifiques entre les parties, mais également à procéder à une analyse comparative approfondie du droit afin de déterminer les principes juridiques généralement reconnus dans divers systèmes juridiques ». Ce faisant, « les clauses de choix de la loi applicable de ce type (droit national) exigent un degré de confiance considérable et imposent une lourde charge aux juges et aux arbitres »⁴⁷¹.

228. La complétude des droits nationaux est à questionner. En ce sens, « ni la doctrine de *pacta sunt servanda* ni la *clausula rebus sic stantibus* (...) ne décideront du cas concret »⁴⁷². Dans la même veine, « le problème avec les principes généraux est qu'ils ne sont que cela. Ils traitent de sujets tels que le principe de bonne foi dans les relations conventionnelles, l'abus de droit, la notion d'État et la responsabilité individuelle. Ils sont excellents en tant que généralisation, mais ils manquent de détails suffisants »⁴⁷³. Afin de conférer davantage de sécurité juridique, il est essentiel de lier le choix d'un droit national avec un droit étatique, car « il n'est pas souhaitable de se priver de la plénitude de règles offertes par un ordre juridique interne (...) pour régler tous les problèmes entre les parties contractantes ». En effet, « il est clair que, quels que soient les progrès du droit international des contrats en cours de formation, celui-ci n'a pas encore toute la richesse normative que l'on rencontre,

⁴⁶⁸ En témoigne l'apparition de la Banque de données et de Centres de recherches pour le recensement des règles transnationales comme le « CENTRAL Transnational Law database », créé par le Professeur Klaus Peter Berger, facilitant l'accès et la diffusion du droit non-étatique.

⁴⁶⁹ G. BERMANN, *Contracts between States and Foreign Nationals : A Reassessment*, *International Contracts*, H. Smit (ed.) Matthew Bender, 1981, p. 196-201.

⁴⁷⁰ Cf le contrat de concession conclu en 1980 entre le Gouvernement d'Abu Dhabi et Amerada Hess Petroleum, faisant référence aux « principes de droit normalement reconnus par les États civilisés en général, y compris ceux qui ont été appliqués par les tribunaux internationaux », cité par A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection. Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, 2012, p. 263-264.

⁴⁷¹ A. REINISCH et I. MARBOE, « Contracts between States and Foreign Private Law Persons », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (R. Wolfrum (ed.), Oxford University Press, 2012, § 28.

⁴⁷² *Ibid.*, § 200.

⁴⁷³ N. BLACKBAY et C. PARTASIDES, avec la participation d'A. REDFERN et de M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2018, p. 209 et s.

d'ordinaire, dans les ordres juridiques internes »⁴⁷⁴. Lier à la fois un choix de droit anational avec un choix de droit étatique est susceptible d'entraîner certaines difficultés, notamment lorsque le droit étatique choisi ne se range pas de l'avis du droit anational venant en supplément⁴⁷⁵. Dans ce cas, le droit national doit primer, car ce n'est pas lui qui vient en supplément du droit anational.

229. Confrontée à toutes ces remarques, la *lex mercatoria* peut-elle réellement être considérée comme un corpus universel, comme un droit concurrent du droit des Etats, comme un ordre juridique à part entière ? Pour devenir un réel système international de normes de droit, la *lex mercatoria* doit être universellement acceptée par la Communauté internationale du commerce internationale tout entière. Or, susciter l'universalisme, dans des législations nationales aussi spécifiques relatives au secteur de la construction, est délicat, « l'universalité... dépend de l'univers »⁴⁷⁶. Se référer à une *lex mercatoria* prenant en considération les intérêts des professionnels semble vouer à l'échec puisque ces professionnels regrouperaient des maîtres de l'ouvrage, des entrepreneurs principaux ou encore des sous-traitants. Or, chacun d'entre eux défendront leurs propres intérêts, de sorte qu'il est délicat de voir comment ses rivaux pourraient se mettre d'accord sur des règles communes. L'écueil des droits anationaux, à l'exception de ceux rédigés par des juristes⁴⁷⁷, demeure celui que ces derniers ne soient que la transcription des intérêts des lobbying des parties. La société des acteurs de la construction internationale existe. Très connus et législativement influents dans les pays anglo-saxons⁴⁷⁸, les lobbys tendent à protéger un groupe d'intérêts ou un groupe de pression. Dès lors, laisser aux constructeurs et maîtres de l'ouvrage le soin d'édicter eux-mêmes un droit international de la construction contient en soi les germes de dérives de la part des intérêts lobbyistes. Le danger serait l'édification et l'appropriation d'un droit par les professionnels pour les professionnels. La défense des intérêts privés primerait systématiquement sur celle de l'intérêt général et, au sein des intérêts privés, la défense des intérêts des parties fortes l'emporterait au détriment des intérêts des

⁴⁷⁴ Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI* 2003, vol. 302, p. 278-279, § 153.

⁴⁷⁵ Cf Sent. CIRDI, *AGIP c. République populaire du Congo*, aff. n° ARB/77/1, 21 *ILM* 1982, vol. 21, p. 726 et p. 735, § 80. En l'espèce, le contrat international était soumis au droit congolais «complété par le droit international ». Un investisseur avait subi une nationalisation de sa propriété par le gouvernement du Congo. Contestant la validité de celle-ci, il avait saisi un tribunal arbitral. En application du droit congolais applicable, les arbitres avaient estimé qu'une telle nationalisation n'était pas légale. Pour autant, le tribunal arbitral avait ajouté que « ces observations concernant le droit congolais ne dispensaient pas le Tribunal d'examiner la nationalisation du point de vue du droit international ».

⁴⁷⁶ A. LOWENFELD, « Lex Mercatoria : An Arbitrator's View », *Arb.Int'l* 1990, § 146, <https://www.translex.org/126000>.

⁴⁷⁷ Les Principes UNIDROIT sont édictés par des juristes et non par des représentants des opérateurs du monde des affaires.

⁴⁷⁸ Leur influence économique leur permet d'influencer l'obtention d'une décision de construction d'un réseau autoroutier ou ferroviaire. Leur influence juridique leur permet aussi d'obtenir de la part des législateurs nationaux des réglementations favorables (visant à la protection des sous-traitants, au paiement des entrepreneurs principaux ...).

parties présumées faibles. Par conséquent, le droit transnational est tellement « incertain dans son contenu, mystérieux dans sa nature, mal défini dans son champ d'application »⁴⁷⁹ qu'il ne mériterait même pas cette appellation. Et, opter pour la *lex mercatoria* reviendrait à porter atteinte à l'Etat contractant, puisqu'en l'état, la *lex mercatoria* n'est pas partielle en ce qu'elle tend à assurer la sécurité des intérêts du commerce international et moins les intérêts des Etats.

230. L'existence de la *lex mercatoria* est contestable en ce qu'il lui manquera toujours un territoire souverain et un pouvoir coercitif⁴⁸⁰. Il s'agit d'une pratique commerciale incapable de créer des lois. Elle ne peut pas constituer une *lex contractus*⁴⁸¹ ; il n'existe pas d'ordre juridique de la *societas mercatorum*⁴⁸². D'ailleurs, en pratique un constat s'impose, celui du désintérêt par les opérateurs du commerce international pour la *lex mercatoria*. A peine 1 % des acteurs du commerce international choisirait un droit anational dans leur contrat. Ne serait-ce-t-il pas ici la démonstration du fait que la *lex mercatoria* n'est pas adaptée à leurs besoins ? Aux yeux de ses détracteurs, la *lex mercatoria* n'est, en définitive, que les manifestations d'une réalité marchande « sans structure commune apte à sécréter un ordre juridique digne de ce nom »⁴⁸³.

b. Une efficacité discutable

231. La force obligatoire d'un droit non étatique pose des difficultés conséquentes. Comme l'a fait remarquer Robert Ago, « une règle ne peut avoir de valeur juridique dans un ordre déterminé, et ne peut y produire des effets juridiques, que lorsqu'on peut la représenter dogmatiquement comme le produit d'une source de l'ordre juridique même. Il s'ensuit que si l'on veut qu'une règle quelconque puisse produire des effets dans un ordre juridique donné, il faut que ce dernier contienne un principe en vertu duquel la règle puisse être ramenée dogmatiquement à une source du même ordre juridique,

⁴⁷⁹ G. DELAUME, cité par J-F. LALIVE, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées Développements récents », RCADI 1983, vol. 181, p. 48.

⁴⁸⁰ Cass. civ. 21 juin 1950, RCDIP 1950.609, note H. BATIFFOL. Seul l'Etat est générateur de droit, il ne peut pas y avoir de contrat sans loi, le contrat du commerce international ne peut pas échapper à la loi étatique.

⁴⁸¹ Cf considérant 13 règlement Rome I, les parties peuvent « intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale », mais cela n'aura valeur que de stipulations contractuelles, ce ne sera pas la *lex contractus*.

⁴⁸² P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 et spécialement p. 135 et cf P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI 2007, t. 327, p. 65 et s., n° 46 et s.

⁴⁸³ P. LAGARDE, *préc.*, p. 133.

et puisse apparaître de la sorte comme étant une partie de ce dernier »⁴⁸⁴. Il est délicat pour un ordre juridique de reconnaître une règle dont il n'est pas l'auteur. Il faudrait donc associer les Etats aux opérateurs du commerce international pour la consécration d'un droit non étatique respectant les positions étatiques.

232. Un droit anational détient certainement une aura. Cela avait été démontré dans l'affaire Valenciana du 22 octobre 1991 à propos d'un contrat de fourniture de charbon entre une entreprise espagnole et une entreprise américaine. Un litige était survenu, une clause compromissoire était insérée au contrat et les parties demandèrent à l'arbitre, en lui délivrant un acte de mission, de statuer non pas en droit mais en équité. L'arbitre y avait consenti et avait statué en se fondant sur les principes du droit international. L'une des parties avait fait un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris qui avait rejeté la demande. Saisie, la Cour de cassation avait confirmé l'arrêt d'appel, car « en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission »⁴⁸⁵. Néanmoins, jamais la *lex mercatoria* n'atteindra la dimension d'un système juridique organisé et national et son efficience pourra toujours être questionnée. Les Principes Unidroit sont des principes et non des règles de droit. Dans plus de trente-huit sentences arbitrales ayant appliqué les Principes Unidroit, les arbitres se sont référés au terme de « Principes de droit international » ou de « standards et règles de droit international des contrats » ou de « pratiques internationales » voire encore de « règles de justice naturelle » ou de « principes généraux d'équité »⁴⁸⁶. La *lex mercatoria* doit simplement être appliquée par les tribunaux comme un appui nécessaire en cas d'incomplétude du droit national applicable. Elle aura force obligatoire en venant en tant que support à la loi nationale applicable au contrat.

⁴⁸⁴ R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, vol 58, p. 243-469 et spéc p. 303.

⁴⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1991, n° 89-21.528, *Bull. civ.* n° 275. Cf également *Texaco c Libyan Arab Republic* (1977), *ILR* 1977, vol. 53, p. 389, § 447-448 : « les contrats entre États et particuliers peuvent, sous certaines conditions, relever de la compétence d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats ».

⁴⁸⁶ F. MARRELLA, « Choice of law in Third-Millennium arbitrations : The relevance of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts », *VJTL* 2003, vol. 36, p. 1158. Cf Sent. finale CCI, n° 10114 (2000), *Bull.* 100 (2001), Sent. finale CCI, n° 9797 (2000). Ainsi, la position minoritaire demeure celle d'un tribunal arbitral qui, en présence d'un contrat sans choix de loi des parties et présentant une clause d'arbitrage, énoncerait que « le différend, la controverse ou la réclamation sera tranché conformément aux lois jugées les plus appropriées pour une résolution appropriée du différend ». Pour le défendeur, un droit national devrait être privilégié, car les Principes Unidroit ne constitueraient que des « règles de droit » ; mais pas du « droit » à proprement parler. Pour le tribunal arbitral, « (...) le mot loi ne renvoie pas uniquement aux dispositions édictées par le législateur national » (World Intellectual Property Organization Arbitration Rules Article 59(A)). Cf B. GARNER et H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, Saint-Paul West, 2009, 9^e éd., p. 800.

3) Les droits anationaux devant les juridictions étatiques

233. Le recours à un droit anational ne sera pas apprécié de la même façon, selon le prétoire saisi, qu'il s'agisse d'un tribunal étatique ou arbitral. Comme cela fut abordé dans les précédents développements, les arbitres sont réceptifs à reconnaître la force d'un usage ou d'un droit anational. Il en est autrement devant les juridictions des Etats⁴⁸⁷. Le contrat sans loi étatique peut plus aisément obtenir les faveurs des arbitres, car ces derniers ne servent aucun ordre juridique déterminé⁴⁸⁸. Et l'arbitrage tient sa source de la seule volonté des parties. Il est donc difficile d'imaginer un tribunal arbitral refuser de prendre en considération le consentement commun des parties pour un droit anational alors même qu'il fonde ses pouvoirs de ce même consentement⁴⁸⁹.

234. En application de la conception objective du contrat international, un contrat international demeure un fait social et n'existant pas de droit international unifié, il doit être soumis à un ordre juridique étatique et non à un droit anational. En application de la conception subjective du contrat international, la désignation du droit applicable n'est fondée que sur l'autonomie de la volonté des parties, seule et unique source, permettant alors de valider le choix d'un droit anational au contrat de construction. En pratique, le recours aux seuls droits anationaux dans les contrats internationaux n'est

⁴⁸⁷ M. BONELL, « The UNIDROIT Principles and Transnational Law », *RDU* 2000, vol. 5, Issue 2, p. 181 : « les tribunaux nationaux sont tenus d'appliquer leur propre droit national, qui comprend les règles de conflit de lois pertinentes. Selon l'opinion traditionnelle et encore dominante, ces règles de conflit de lois restreignent le choix de la ou des lois applicables aux contrats internationaux à la ou aux lois d'un (des) État(s), à l'exclusion de tout droit supranational ou un ensemble de règles nationales ».

⁴⁸⁸ Cf affaire n° 2139 en 1974. Y. DERAÏNS, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1975, vol. 102, p. 929 ; affaire n° 2583 en 1976, Y. DERAÏNS, « Chronique des sentences arbitrales » *JDI* 1977, vol. 104, p. 950 ; affaires n° 2745 et n° 2762 et 1977, Y. DERAÏNS, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1978, vol. 105, p. 989 ; affaire n° 3202 en 1978, Y. DERAÏNS, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 1979, vol. 106, p. 1003. Dans l'affaire *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libye, préc.*, faisant suite à des nationalisations opérées par la Libye dans les années 1970 sur l'industrie du pétrole, le contrat de concession contenait d'ailleurs une clause de choix de loi faisant référence aux « principes de droit de la Libye communs aux principes de droit international et, en l'absence de tels principes communs, conformes aux principes généraux du droit, y compris ceux qui peuvent avoir été appliqués par des tribunaux internationaux ». Dans aucune de ces affaires, le choix d'un droit anational par les parties n'a été remis en question. D'ailleurs, dans la sentence *Liamco*, il avait été énoncé que la clause de choix de loi en faveur des « principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privé (...) a toujours été accepté par les juristes internationaux » (§ 171-172).

⁴⁸⁹ Cf l'alinéa 2 de l'article 21 du Règlement CCI, disposant que « le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ». Dès lors, au stade de l'exécution des sentences, des législations nationales considèrent que l'arbitre est libre d'appliquer « les règles de droit (et non pas la loi) qu'il estime appropriées ». C'est notamment ce qui ressort de l'article 1054 du Code de procédure civile français et de l'article 34 de la loi procédurale espagnole. Ainsi, la Cour de cassation consent à l'application d'un droit anational dans l'arbitrage international, dès lors que cette application tient sa source de la volonté des parties. Dans un arrêt rendu par sa Deuxième Chambre civile, elle a énoncé qu'« en se référant aux principes généraux du droit des obligations généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient en vertu de l'article 8 de l'acte de mission, de définir le droit applicable à l'accord conclu » (Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1981, n° 80-15.306, *Bull. civ.* II, n° 212).

pas admis devant les juridictions étatiques⁴⁹⁰, par crainte que le contrat ne soit soumis à aucune autre règle que la volonté des parties. Le contrat sans loi est un contrat sans loi étatique, par lequel il revient aux parties prenantes, exclusivement, de fixer le régime juridique par des stipulations contractuelles. Cela témoigne d'un subjectivisme pur donnant une force incommensurable à la volonté des parties, qui sera longtemps combattu par la Cour de cassation française⁴⁹¹.

235. Alors que ni la Convention de Rome⁴⁹² ni la version originale du règlement Rome I⁴⁹³ ne sanctionnait le recours à un droit anational, le débat a été clôturé par le Règlement Rome I qui affirme implicitement que seul un droit national peut être choisi par les parties. Le choix d'un droit anational n'empêchera pas l'application des dispositions impératives de la loi nationale qui aurait été applicable en l'absence de choix de loi des parties au contrat international. Le considérant 13 du Règlement Rome I dispose que « le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Ce faisant, ce considérant 13 n'autorise pas les parties à opter pour un droit non étatique dérogeant à la *lex contractus*, car en énonçant « par référence », cela signifie que le choix d'un droit non étatique n'aura que valeur contractuelle et dépendra ainsi du droit applicable. Le considérant 13 ne fait que donner valeur contractuelle à des codifications privées, mais qui resteront soumises aux règles impératives du droit applicable⁴⁹⁴. S'il existe une place aux contrats sans loi étatique, celle-ci devra respecter les dispositions impératives de la *lex contractus*. D'ailleurs, même les Principes Unidroit consentent à cette approche, ces principes « ne limitant pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »⁴⁹⁵.

236. Il convient de préciser que le Règlement Rome I n'a pas le monopole d'application et en dehors de ce Règlement, plusieurs instruments admettent la faculté pour les parties de choisir un droit

⁴⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 15-28.767, *Rev. crit. DIP* 2017.431, la « référence au droit international ne peut pas valoir choix de loi pour régir les relations contractuelles », note D. SINDRES.

⁴⁹¹ Cf en ce sens l'arrêt de la CPJI, Emprunts serbes et brésiliens du 12 juillet 1929, Série A, n° 20/21 et l'arrêt *Messageries Maritimes*, *préc.*

⁴⁹² L. COLLINS, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 15^e éd., 2018; A. KASSIS, *op. cit.*, p. 402-403, § 380.

⁴⁹³ Article 3(2) du Règlement Rome I, rendant également possible pour les parties à un contrat international de choisir « les principes et les règles du droit matériel des contrats reconnus sur le plan international (...) ». Cf W.-H. ROTH, *Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts*, in *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, 2004, p. 757-772.

⁴⁹⁴ L. GANNAGE, *préc.*, p. 10, n° 18.

⁴⁹⁵ Article 1.4 des Principes UNIDROIT. Cette position est également adoptée à l'article 1.101(2) des Principes du Droit européen des contrats (PDEC) qui ne s'appliquent que « lorsque les parties sont convenues de les incorporer à leur contrat ou d'y soumettre celui-ci ».

anational pour gouverner leur contrat international. Ainsi et en application des articles 1, 7 et 9 de la Convention Interaméricaine signée en 1994 à Mexico⁴⁹⁶, sur la loi applicable aux contrats internationaux, il est affirmé que « les parties sont libres de stipuler les principes généraux du droit commercial international »⁴⁹⁷. Le droit vénézuélien consent à la désignation par le juge étatique d'un droit non étatique en cas d'absence de choix de loi par les parties. Beaucoup de rapports nationaux témoignent de leur faveur au recours aux contrats sans droit étatique par les parties, mais de leur défaveur à la désignation d'un droit non étatique par le juge en cas de silence des parties⁴⁹⁸. Des conditions sont quand même posées. Le recours par les parties à un droit non étatique ne doit pas se faire au détriment de la partie faible, car ce droit non étatique ne serait pas adapté à leur protection. Il serait également plus tolérable si le droit non étatique choisi par les parties a fait l'objet d'une codification (Unidroit, PDEC).

237. Un juge étatique français pourrait-il appliquer un droit anational en tant que choix implicite ? En priorité, le juge français appliquera ses règles de conflit de lois, par obligation. En droit français, « le juge du fond détermine souverainement la commune intention des parties, il l'interprète ainsi qu'il lui semble raisonnable pourvu qu'il ne le dénature pas ou ne commette pas une erreur de qualification »⁴⁹⁹. Si le contrôle de dénaturation par la Cour de cassation est très peu fréquent, la Cour d'appel ne s'aventurera pas à fonder sa décision exclusivement sur un droit anational mais davantage pour légitimer sa solution ou inspirer son raisonnement⁵⁰⁰. Et, il ressort des chiffres une absence totale d'application des Principes UNIDROIT dans les plus hautes décisions de justice françaises⁵⁰¹. Si la jurisprudence étatique se montre réticente à appliquer les Principes Unidroit, elle s'en sert parfois

⁴⁹⁶ L'article 7 de la Convention de Mexico consent aux contrats sans droit étatique désignés par un juge national (« le contrat est régi par la loi choisie par les parties »). L'article 9 énonce que « lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs, identifiés dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'État avec lequel il a les liens les plus étroits. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales (...) ».

⁴⁹⁷ Cf F. JUENGER, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : some Highlights and Comparisons », *AJCL* 1994, vol. 42, p. 381, 392.

⁴⁹⁸ Seul un rapport hongrois, dans l'UE, semble d'accord pour considérer qu'un juge étatique puisse appliquer un droit non étatique en cas d'absence de choix de loi par les parties. Un rapport canadien énonce également que « les spécificités des contrats commerciaux internationaux peuvent justifier d'accorder un tel pouvoir aux tribunaux tant étatiques qu'arbitraux ». Cf F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé », *RQDI* 2006.35-63.

⁴⁹⁹ J-P. BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995, note 57, p. 192.

⁵⁰⁰ P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008.494.

⁵⁰¹ Toutefois, ces chiffres demeurent trompeurs, puisque les litiges portant sur les contrats internationaux sont majoritairement portés devant les arbitres et les juges français, dans leur rédaction, ne font traditionnellement pas référence aux codifications savantes.

pour légitimer sa solution en soulignant sa conformité aux Principes Unidroit qu'elle n'applique pas⁵⁰².

Conclusion §1 : Les droits anationaux ne sont légitimes à s'appliquer qu'en soutien d'un droit étatique et non en remplacement. Si des efforts sont à noter à propos de leur exhaustivité, ils ne permettent pas de leur conférer le statut d'ordre juridique à part entière, d'autant que des incertitudes demeurent nombreuses sur leur contenu. Ne jouissant d'aucun territoire ni d'aucun *imperium*, les droits anationaux n'ont pas l'aura nécessaire pour s'imposer sur la scène internationale comme des législations concurrentes à celles des Etats. Le contrat sans droit étatique part d'un postulat mystérieux et renvoie à l'idée d'un contrat frondeur, factieux, insubordonné à toute loi étatique et hissé uniquement par la volonté des parties. « (L)e terme de contrat sans loi n'est pas sans évoquer, dans l'acception qu'il peut avoir pour le sens commun, l'idée même d'une révolte »⁵⁰³. Du fait de la conception objective du contrat international, un contrat reste un fait social et comme il n'y a pas de droit international unifié en matière de construction, il doit être soumis à un ordre juridique étatique. Le Règlement Rome I a exclu le recours aux seuls droits anationaux dans la gouvernance d'un contrat. Devant les juridictions étatiques, les droits anationaux ne doivent être appliqués que comme support à un droit étatique désigné par la règle de conflit de lois. Cela vaut également pour une nomenclature qui prend de plus en plus d'ampleur sur la scène internationale en matière de construction, à savoir la nomenclature FIDIC.

§2 : Les contrats FIDIC, une *lex constructionis universalis* ?

Les contrats-types en matière de construction sont, en extrême majorité, l'œuvre de la FIDIC. La FIDIC est une Organisation internationale pour l'industrie créée en 1913 sous l'instigation de la France, de la Belgique et de la Suisse, ayant pour but de promouvoir la construction internationale et les intérêts des sociétés de construction. La mission principale de la FIDIC est d'« améliorer le climat des affaires et promouvoir les intérêts des bureaux d'études, au niveau mondial et local, en cohérence avec la responsabilité de pérenniser des services de qualité au profit de la société et de

⁵⁰² Chambre de commerce de Zürich, 25 novembre 1994, CCI 8240/1995 ; CCI 8540/1996 et cf Ch. PAMBOUKIS, « La lex mercatoria reconsidérée », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz 2005, p. 635.

⁵⁰³ *Ibid.*

l'environnement »⁵⁰⁴. Son but est de représenter la communauté des ingénieurs, d'enrichir l'image de la construction, de promouvoir la meilleure construction possible en termes de qualité, d'éthique, d'intégrité ou encore de contribution au développement d'un pays.

Les contrats FIDIC sont des contrats-types rédigés par des experts de la construction, par des ingénieurs pour des ingénieurs. Ils contiennent un grand nombre de recommandations et servent de guides pour les opérateurs dans la gestion des chantiers internationaux de construction. Leur succès pratique ne peut plus être ignoré (1) et, fort de celui-ci, la question d'une naissance d'un droit transnational se pose (2).

1) Présentation d'un succès

238. Le mot « type » vient du latin *typus*, repris du grec *tupos*, signifiant « image, statut, modèle ». Les contrats-types viennent modéliser, modeler et cadrer les comportements des opérateurs de la construction. Cette tendance à la « *typisation* » des relations contractuelles n'est pas nouvelle⁵⁰⁵. L'historien italien du droit Paolo Grossi a d'ailleurs rappelé que si la pratique contractuelle proto-médiévale, caractérisée par la négociation entre les parties au contrat et la non-typicité, a prospéré, à l'origine pourtant « (l)es Romains optèrent pour une réalité contractuelle dominée par un vigoureux principe de typicité »⁵⁰⁶. En droit français, l'occurrence « contrat-type » ou « type de contrat » a le vent en poupe. Elle est retrouvée dans plusieurs Codes, de sorte que l'expression relève aujourd'hui du « langage du droit »⁵⁰⁷.

239. L'essor pratique des contrats FIDIC est à souligner. Auparavant, il existait un livre rouge (Condition of contract for Work of Civil Engineering construction) à propos des contrats de génie civil et un livre jaune (Condition of contract for Electrical and Mechanical works) pour les contrats de construction du secteur électronique. Désormais coexistent essentiellement un livre rouge

⁵⁰⁴ <https://fidic.org/about-us/our-values>.

⁵⁰⁵ J. LEAUTE, « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953.430 : « depuis l'Antiquité, les hommes de loi ont coutume de se référer à des formules pour rédiger la plupart des actes de leur ministère ».

⁵⁰⁶ P. GROSSI, *L'Europe du droit*, trad. de l'italien par Sylvie Taussig, Seuil, coll. Faire l'Europe, 2011, p. 42.

⁵⁰⁷ Expression de J-L. SOURIOUX. En ce sens, il peut être fait mention de l'article L. 421-6 alinéa 2 du Code de la consommation faisant référence au « type de contrat », aux six annexes du Code de la consommation à l'article R. 311-6 faisant état de « modèle type ». Le Code rural et de la pêche maritime à l'article D. 212-78 fait également référence au « contrat-type ».

(Conditions of contract for construction), un livre jaune (Conditions of contract for Plant and Design Build), un livre argent (Conditions of contract for EPC Turnkey Projects) et un livre vert (Short form contract) pour des petits contrats simples ou d'un montant inférieur à 500.000 dollars US. Environ 40 %, soit près de la moitié des contrats internationaux de construction, sont basés sur le modèle des contrats FIDIC.

240. Selon une enquête publiée en 2016⁵⁰⁸, la majorité des systèmes nationaux reconnaît le recours aux contrats FIDIC pour les chantiers internationaux de construction. D'une part, les Etats dans lesquels les contrats FIDICS sont les plus couramment utilisés pour les projets internationaux de construction et pour lesquels il n'existe pas d'autre standard national ou international couramment utilisé sont la Belgique, la Chine, la France, le Nigéria, la Serbie, le Royaume-Uni ou encore les Emirats Arabes Unis. D'autre part, il est fait mention des Etats qui disposent d'autres formes standards, nationales ou internationales fréquemment utilisées mais qui pour autant, comprennent les contrats FIDICS. C'est le cas de l'Australie ou encore du Canada. A propos du Canada, les contrats FIDICS sont surtout utilisés par les Canadiens pour leurs projets internationaux de construction, tandis que les opérateurs étrangers désirant construire au Canada optent davantage pour les contrats publiés par le Canadian Construction Documents Committee (CCDC) voire ceux du Construction Owners Association of Alberta (COAA). Le Danemark voit également, mis à part les contrats FIDICS, les contrats prévus par les General conditions AB92 et ABT93 être fréquemment utilisés dans les chantiers internationaux de construction. Les contractants en Afrique du Sud emploient à la fois les contrats FIDICS et les contrats NEC, à la fois les Joint Building Contracts Committee (JBCC) de 2014 que les General Conditions of Contract for Construction (GCC, Third Edition 2015). Le Brésil, pour sa part, ne connaît pas d'autre forme standard, national ou international, à part les contrats FIDICS, mais les parties, quand elles le peuvent, privilégieront des contrats sur-mesure aux contrats standards des FIDICS. Enfin, l'un des Etats dans lesquels les contrats FIDICS ne sont quasiment pas utilisés est le Chili (privilégiant les Stipulated sum (lump sum) contracts). L'Italie, pour sa part, est réputé pour n'utiliser aucune forme de contrats standards tout comme le Japon ou la Suisse à moindre mesure⁵⁰⁹. A Hong Kong, les contrats FIDICS sont rarement employés, surtout lorsque l'Etat est

⁵⁰⁸ « Are FIDIC contracts used commonly in your jurisdiction for international projects? », by *Practical Law UK* Articles 1-519-0075, 1^{er} janvier 2016 ; www.practicallaw.com/construction-guide.

⁵⁰⁹ *Ibid.* A propos de la Suisse, « les parties n'utilisent généralement pas de formulaires ou de contrats-types. Cependant, ils se réfèrent généralement à des normes spécifiques de la Société suisse des ingénieurs et architectes (SIA) et les incluent dans leurs accords. Les normes SIA incarnent l'état de l'art actuel pour les différents aspects de la planification et de la construction ».

partie au contrat, celui-ci privilégiant alors son propre standard. Pour autant, à Hong Kong, le standard NEC 3 fait de plus en plus son apparition dans les chantiers publics de construction.

Les modèles de contrats FIDIC sont nombreux et ils tendent à devenir la source internationale de référence en la matière. Lorsque les contractants optent pour un contrat FIDIC et qu'un différend survient postérieurement à la conclusion du contrat, pour des questions d'interprétation ou comme argument de négociation, les parties vont se référer au contenu des contrats FIDIC pour établir ce qu'elles doivent assumer.

241. La familiarité est l'une des raisons expliquant le succès des contrats FIDIC, leur caractère répétitif plaît aux opérateurs de la construction internationale, qui y trouvent des modèles de contrat auxquels ils sont habitués. La FIDIC prépare des modèles contractuels depuis plus de quarante ans. Ses modèles contractuels types sont élaborés après une large consultation de l'industrie de la construction internationale et des Institutions de financements internationaux (Banque Mondiale ...). Ces contrats FIDIC sont largement utilisés dans la pratique et même lorsqu'ils ne le sont pas, ils servent malgré tout de normes de référence. De là à constituer une norme transnationale à part entière ?

2) Un droit transnational ?

Les contrats FIDIC contiennent des clauses types. Cette constatation ne contribue-t-elle pas à faire des clauses contractuelles FIDIC, des règles coutumières ? Autrement dit, les contrats FIDIC ne constituent-ils pas une *lex constructionis* à valeur de droit transnational ?⁵¹⁰ Certaines voix s'élèvent pour faire entendre que les contrats FIDIC constitueraient un ordre juridique autonome (a). Ces voix conviennent d'être atténuées, les contrats FIDIC ne semblant pas dépasser le cadre de simples standards (b).

⁵¹⁰ Cf A. BENNANI, « Les contrats FIDIC, fondement d'une *lex constructionis* en devenir », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} juillet 2018, n° 1, p. 41.

a. Les arguments favorables

242. Aux côtés de l'espace étatique semblerait coexister un espace transnational qui relèverait d'un encadrement juridique de source privée, contraire à la théorie classique des sources du droit largement imprégnée d'un « positivisme étatique exclusiviste »⁵¹¹. Les premières manifestations de source de droit d'origine privée proviennent d'Edouard Lambert⁵¹². Dans un article publié en 1934, cet auteur énonçait l'émergence d'un nouveau droit commercial né « comme la loi marchande médiévale de la seule force des faits économiques », et ayant, à l'instar du droit marchand du Moyen Age, « l'aptitude à se répandre librement par-dessus les frontières des Etats et des nationalités »⁵¹³.

Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, l'école de Dijon avait mis en valeur l'idée d'un ordre juridique anational, en cherchant à systématiser les occurrences multiples d'un droit transnational en plein genèse⁵¹⁴. Le concept du droit transnational, développé par les Professeurs Jessup⁵¹⁵ et Lalive⁵¹⁶, est aujourd'hui considéré comme un droit neutre, mitoyen, tirant son contenu des normes internes et internationales. Il se distingue de la théorie des contrats sans loi en ce qu'il est « plus précis, plus commode dans la pratique moins “inquietant” »⁵¹⁷ pour les Etats contractants. Avec la propagation et l'utilisation constante par les opérateurs de la construction des contrats FIDIC, les lois nationales relatives aux projets internationaux de construction seraient susceptibles de détenir une force moindre au profit d'un droit transnational, potentiellement autonome.

243. L'atout principal des contrats FIDIC est d'opérer une répartition équilibrée des intérêts en présence, des risques et des responsabilités entre les parties et de permettre aux contractants d'économiser leurs efforts et du temps dans la négociation des clauses contractuelles. Plusieurs perspectives entoureraient la *lex constructionis*⁵¹⁸. La première tendrait à voir dans celle-ci une loi de

⁵¹¹ M.M. SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002, p. 38, spéc. n° 30.

⁵¹² E. LAMBERT, « Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Duchemin, 1934, t. III, p. 478-504.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 498.

⁵¹⁴ B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1964, t. IX, p. 177.

⁵¹⁵ Ph. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, n° 32.

⁵¹⁶ J-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *Préc.*, spéc. p. 47 et p. 126.

⁵¹⁷ *Préc.*, p. 48.

⁵¹⁸ K.P. BERGER, *The creeping codification of the lex mercatoria*, Kluwer Law International, 2^e éd., (2010) ; L. CRAIG, W. PARK, J. PAULSSON, G. PETROCHILOS et E.R. SILVA, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oxford University Press (2021).

soutien applicable en cas d'incomplétude d'un droit étatique. La seconde perspective tendrait à faire de la *lex constructionis* une lex commune à l'ensemble du secteur de la construction et à lui attribuer une dimension supranationale. Dans cette seconde perspective, la *lex constructionis* n'agirait plus comme un simple appui au droit étatique mais plutôt comme une véritable alternative à la loi étatique. Si les contrats sont de plus en plus nombreux à ne pas contenir de choix de loi, c'est également parce que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur une loi étatique et ne souhaitent pas que ce désaccord aboutisse à une rupture totale des négociations de conclusion du contrat. « (E)n effet, les clauses de conflit de lois sont souvent exclues des transactions commerciales internationales car leur négociation peut être très controversée et le fait de ne pas parvenir à un accord peut être un facteur de rupture de la transaction. La seule façon de conclure l'accord peut être d'omettre la clause de conflit de lois »⁵¹⁹.

244. L'existence d'une *lex constructionis* demeure débattue pour la simple raison que le secteur de la construction est extrêmement appréhendé par les législations nationales, de sorte qu'il est délicat d'envisager une *lex constructionis* autonome des droits nationaux de la construction. Toutefois, s'il est considéré que les contrats FIDICS sont contraignants, ce qu'ils ne sont pas, ils constitueraient des règles matérielles régissant les opérations des acteurs de la construction internationale. Les contrats-types FIDIC ne paraissent pas être que des simples contrats ; ils seraient plus que cela, « le contrat-type n'est pas un contrat (...). C'est une simple formule, établie par un organisme professionnel ou l'Administration, destinée à servir de modèle pour des futurs contrats que des sujets de droit concluront éventuellement plus tard »⁵²⁰. Une doctrine influente considère qu'à la lumière des travaux édités par A. De Jesus O, visant à démontrer l'existence d'une *lex petrolea*, il existe une *lex constructionis* autonome des droits nationaux de la construction⁵²¹. Cette doctrine est soutenue par des auteurs comme les Professeurs Molineaux⁵²² ou Jansen⁵²³ et elle a des justifications. Cette *lex constructionis* contiendrait une synthèse de plusieurs éléments pour en faire une symbiose. Elle engloberait plusieurs traits des législations nationales, des contrats-types, des éléments de décisions étatiques ou de sentences arbitrales et énoncerait des principes qui devront servir d'interprétation pour les juges et arbitres. Dès lors, les contrats FIDIC pourraient être perçus comme

⁵¹⁹ M. DOUGLAS, *Commercial issues in private international law : A common law perspective*, Hart Publishing (2019), p. 201-228.

⁵²⁰ J. LEAUTE, *préc.*, p. 429 et s.

⁵²¹ A. DE JESUS O. « The prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society », *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, 2012, n° 1, p. 1.

⁵²² Ch. MOLINEAUX, « Moving Toward a Construction Lex Mercatoria – A Lex Constructionis », *J. Int. Arbitr.* 1997, n° 14, p. 55.

⁵²³ Ch. JANSEN, « The Case for the European Lex Constructionis », *ICLR* 2000, n° 4, p. 593.

une source de la *lex constructionis* du fait de leurs caractères complet, concis et sûr. Les conditions FIDIC constitueraient davantage une *lex constructionis* reprenant des principes retrouvés à la fois dans la plus grande majorité des contrats internationaux de construction ainsi que dans la plus grande majorité des législations nationales, tels que les principes de bonne foi, de *pacta sunt servanda*, de compensation pour expropriation ... Plusieurs éléments témoignent du fait que les contrats FIDIC constituent un ordre juridique distinct des ordres juridiques nationaux. Parmi ces éléments, le développement d'une jurisprudence spécifique aux contrats FIDIC est éloquent⁵²⁴. Les juridictions étatiques, d'une part, reconnaissent l'obligation de prendre en considération la procédure et la décision du Comité de résolution des différends de la FIDIC s'il y a été fait recours. En ce sens, la Cour d'appel de Singapour, dans un arrêt rendu le 14 juin 2015⁵²⁵ a reconnu l'existence d'un ordre juridique distinct, dont le comité de résolution des différends de la FIDIC ferait partie intégrante. La Chambre de Commerce Internationale reconnaît cet ordre juridique distinct, comme en atteste la publication périodique par la CCI d'un Bulletin spécifique relatif aux Comités de résolution des conflits de la FIDIC⁵²⁶.

245. Et dans une sentence CCI rendue le 30 avril 1981, les arbitres s'étaient référés aux conditions FIDIC pour clarifier les termes et les obligations des parties, dans l'optique de trancher un litige relatif à un contrat international de construction⁵²⁷. Les arbitres s'étaient appuyés sur les conditions FIDIC alors même que le contrat FIDIC en question n'était pas la base du contrat. Trois sous-articles de la FIDIC étaient seulement et simplement repris dans le contrat de construction. Pour autant, pour déterminer les obligations respectives des parties au contrat, le tribunal arbitral n'avait pas hésité à se référer aux contrats FIDIC. Faute d'éléments suffisants dans le contrat pour identifier les obligations des parties, le tribunal arbitral avait rappelé que l'article 13.5 du Règlement CCI lui imposait de tenir compte des principes et usages du commerce international. Ce faisant, implicitement, le tribunal arbitral, à l'occasion de cette sentence non publiée, assimilait les contrats FIDIC à des usages du commerce international. Dès lors, il devient nécessaire de situer les contrats FIDIC au sein du vaste répertoire des sources de droit applicables.

⁵²⁴ Ch. SEPPÄLA, « The development of a case law in construction disputes relating to FIDIC contracts », in E. GAILLARD et Y. BANIFATEMI, « *Precedent in International Arbitration* », Jurisnet LCC, 2008, p. 67 et s, cité par G. HÖK, « Significant Case Law on the FIDIC Forms of Contract – Development of a FIDIC Case Law », en ligne, <http://www.dr-hock.de/FR/beitrag.asp?t=FIDIC-Significant-Cases>.

⁵²⁵ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK c. CRW Joint Operation (2015), *SGCA* 30.

⁵²⁶ ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 Issue 1, 2014 Statistics & Dispute Adjudication Boards under FIDIC Contracts, ICC Editions, 2015.

⁵²⁷ Aff. n° 3288.

246. Dans une sentence arbitrale rendue en 1997, il était question de savoir si les principes contenus dans les modèles de construction FIDIC et ENAA (Engineering Advancement Association of Japan) pouvaient être considérés comme des usages du commerce international susceptibles d'être appliqués dans le secteur de la construction⁵²⁸. Le tribunal arbitral avait répondu par la négative en estimant qu'ils ne pouvaient pas avoir la qualité d'usages du commerce international, puisqu'il n'était pas démontré que les solutions qu'ils énonçaient avaient été appliquées avec assez d'uniformité ni qu'ils pouvaient s'appliquer en l'absence d'un accord exprès des parties à un contrat international de construction. Mais, il n'est pas aisé de savoir ce qu'il faut entendre par généralité car les degrés de la généralité sont flous. Ainsi, le Chief Justice de la Cour Suprême de Singapour avait proposé l'instauration d'une Cour internationale de construction, juridiction spécialisée apte à offrir aux parties une jurisprudence propre et unifiée en matière de contrats internationaux de construction fondés sur les modèles FIDIC. La question de savoir si les contrats FIDIC peuvent ou non être traités comme des usages relève d'un enjeu majeur en matière d'arbitrage international, car s'ils deviennent des usages, la majorité des systèmes de droit civiliste seront plus enclins à leur prise en considération par l'arbitre. Accorder aux contrats FIDIC la qualification d'usage du commerce international paraîtrait discutable du fait de l'impossibilité de démontrer le pouvoir d'utiliser ces contrats dans un contexte international. Or, si pendant longtemps le caractère contraignant d'une règle fut exigé à la caractérisation d'un usage, la définition stricte de l'usage a évolué. Si la CCI adopte une conception extensive de l'usage, en s'attachant davantage au caractère répétitif, professionnel, crédible et sérieux de la règle, les contrats FIDIC répondent sans aucun doute à ces critères. Ainsi, un usage n'est pas forcément déterminé par son caractère contraignant, mais aussi par la marque de professionnalisme qu'il porte⁵²⁹.

b. Les arguments défavorables

247. Les contrats-types FIDIC ne peuvent pas constituer une norme juridique au sens strict. Aux termes du Dictionnaire juridique de l'Association Henri Capitant, la norme serait un terme

⁵²⁸ Aff. n° 8873 de 1997, *ICC International arbitration bulletin* (1997), n° 2, citée par Ch. SEPPÄLA, « Contentieux des contrats internationaux de construction : Commentaires de sentences CCI relatives aux conditions FIDIC pour les contrats internationaux », *RDAl* 1999, n° 6, p. 722.

⁵²⁹ P. MOUSSERON, *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2014, avant-propos, p. XII.

scientifique employé parfois dans une acceptation générale, comme équivalent de la règle de droit. La difficulté, quant à l'assimilation des contrats FIDIC à la qualification de norme, est la même que celle retrouvée quant à l'assimilation aux usages. Les contrats FIDIC ne sont pas des contrats contraignants. S'ils amènent une série d'obligations et de règles devant être respectées par les parties, ils demeurent soumis à un droit étatique. S'ils proposent des solutions, rien n'empêche les parties de se tourner vers le droit applicable si celui-ci prévoit des hypothèses qui leur sont plus avantageuses que le contrat FIDIC ou si le contrat FIDIC leur paraît incomplet (notamment sur la question des sujétions imprévues). Et, si les règles issues des modèles FIDIC sont très exhaustives, concises et détaillées, il est toujours nécessaire d'user un droit applicable à un contrat FIDIC. Certes, leur effet social est véritable tant ces contrats apportent aux opérateurs de la construction un réel service normatif. Néanmoins, au mieux les contrats-types ne pourraient être considérés que comme une législation privée, proposée par des professionnels pour les professionnels. Faute d'être la bouche d'une autorité habilitée à dire le droit, les contrats-types FIDIC ne peuvent pas être assimilés à une source formelle de droit, le caractère contraignant étant défaillant.

248. Il pourrait être argué que les contrats-types FIDIC soient des sources de normes en ce qu'ils contiennent des règles générales et abstraites et fonctionnent sur l'image d'un modèle qui est destiné à être répété. La jurisprudence s'attache au respect par les parties des contrats FIDIC pour lesquels elles se sont entendues. Leur force obligatoire de fait réduirait la portée de la distinction entre source formelle et source informelle de droit. Le Professeur Nicolas a posé l'accent sur un point délicat. Si les contrats-types contiennent en eux une obligation de fait en produisant des effets de droit, « le fait juridique produit aussi des effets de droit, et n'est pas une source de droit pour autant. Qu'est-ce qui différencie le modèle type d'un simple fait juridique ? »⁵³⁰. Pour répondre à cette interrogation, l'auteur a rappelé que le législateur et le juge reconnaissent le modèle type en lui faisant produire des effets de droit à l'instar d'un fait juridique. « Mais c'est en réalité la capacité d'un modèle de solution normative à produire des effets en se répétant effectivement qui fait la source de droit effective et qui la distingue du pur fait juridique – simple événement parmi les flux chaotiques du monde ». La finalité normative des contrats-types reviendrait à faire dépasser les contrats-types de la qualité de fait. Si la source n'est pas formelle, elle n'en demeure pas moins très formalisée. La force obligatoire d'un contrat-type FIDIC est particulière en ce qu'elle semble dénuée à l'origine de tout jure obligatoire. Pour reprendre l'expression de C. Thibierge, il s'agirait d'une « force obligatoire de fait » ou de

⁵³⁰ E. NICOLAS, « Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *Petites affiches* 23 octobre 2012, n° 212, p. 3.

« force obligatoire de terrain » s’obtenant par un processus de « densification normative », par opposition à la « force obligatoire initiale, abstraite, systématique, venue d’en haut » de la loi⁵³¹. C. Thibierge a ainsi proposé un élargissement de la classification des sources en introduisant la notion de « source non formelle » destinée à constituer le pendant neutre de la notion de « source formelle ». L’auteur a défini la source non formelle comme « celle qui ne présente pas les caractéristiques des sources formelles dans au moins l’un de ses deux pôles : soit l’absence de caractère formel de “ce qui crée”, en ce qu’elle n’émane pas d’une autorité habilitée à dire le droit : c’est le cas de la pratique. Soit l’absence de caractère formel de “ce qui est créé” : elle n’engendre pas de règles obligatoires : c’est le cas de la doctrine ».

249. A cette doctrine, il convient d’y opposer un veto. Un droit transnational de la construction peut naître de la symbiose entre ces contrats FIDIC et les règles impératives des droits nationaux, mais seulement d’une symbiose entre les deux. Il ne vient pas immédiatement à l’idée de considérer qu’un modèle-type de contrat puisse devenir source de droits. Le modèle type de contrat, tel qu’un contrat FIDIC, n’est qu’une simple figure contractuelle relevant de la pratique contractuelle, de la « sociologie juridique »⁵³², même si son rôle dépasse le cadre d’un statut de simple formule contractuelle. Malgré la réputation internationale, la large diffusion du contrat FIDIC, il ne doit pas constituer un ordre juridique complet qui s’impose au juge même si les parties en font la *lex contractus*. Les conditions FIDIC ne contiennent aucune stipulation réglant l’interprétation des clauses et autres notions contractuelles, d’où le besoin d’un ordre juridique étatique applicable au contrat de construction.

Admettre que la *lex constructionis* puisse constituer un ordre juridique à part entière reviendrait à admettre que celle-ci puisse être désignée par une règle de conflit de lois ou encore prétendre à s’appliquer en tant que loi de police dans certaines de ses dispositions. Si la *lex constructionis* devenait un ordre juridique à part entière, comment s’appliquerait-elle en cas d’absence de choix de loi par les parties, alors que les règles dans ces hypothèses désignent, le plus souvent, la loi nationale présentant les liens les plus étroits avec le contrat ? Une telle position ne peut pas prospérer.

⁵³¹ C. THIBIERGE, *La force de la nomenclature*, in L. NEYRET et G.J. MARTIN, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012 et du même auteur, *La densification normative – Découverte d’un processus*, Mare & Martin 2014.

⁵³² E. NICOLAS, *préc.*

250. En définitive, les contrats FIDIC peuvent simplement être assimilés à des standards. Ainsi que l'a fait remarquer le Professeur R. Bismuth, « si le contenu de standard est difficilement définissable, il est toutefois possible d'identifier les fonctions que celui-ci ambitionne d'accomplir. Règle ou un ensemble servant de point de référence à une catégorie d'acteurs donnée, le standard vise à assurer la sécurité, l'efficacité, l'efficience, la qualité, la compatibilité ou l'interopérabilité des biens, produits, services, activités et processus »⁵³³. Les contrats FIDIC sont un gage de sûreté et servent de référence à de nombreux opérateurs de la construction. En tant que standard, les contrats FIDIC pourraient alors être reconnus de facto ou alors de jure. Selon R. Bismuth, « (d)ans le contexte d'une reconnaissance de facto, le standard est considéré comme contraignant dans les faits sans pour autant être juridiquement obligatoire, la reconnaissance s'effectuant essentiellement par le biais du marché, spontanément ou par le biais d'une "alliance normative" entre l'entité à l'origine du standard et ses utilisateurs. Une étude soulignait en ce sens que "les standards résultent généralement d'une stratégie de marketing réussie qui fait d'un produit ou d'un processus particulier la norme la plus pertinente du point de vue économique pour tout concurrent dans un domaine donné. (...) Les opérateurs se conforment donc à ces standards car ceux-ci ont été intégrés ou spontanément intégrés par le marché. Une question restant en suspens – et sur laquelle il est difficile d'apporter une solution à ce stade – est celle du seuil à partir duquel l'intégration du standard au sein du marché peut être considéré comme une reconnaissance de facto »⁵³⁴. Or, les opérateurs de la construction sur la scène internationale semblent reconnaître de facto comme un standard les contrats-types FIDIC, en tant que référence. De surcroît, la FIDIC assure la promotion de ses contrats-types par des stratégies de marketing pour les diffuser et les faire reconnaître comme référence pour les acteurs de la construction et c'est parce que ces contrats FIDICS ont été intégrés par le marché, que ces acteurs les privilégient et s'y conforment.

251. Le Professeur R. Bismuth a défini la reconnaissance *de jure*. L'auteur a indiqué que « le cas de la reconnaissance de jure lui est, dans une certaine mesure, symétrique (-En référence au processus de reconnaissance de facto du standard-) puisque c'est un processus juridique qui va reconnaître la pertinence du standard. Dans le premier cas, le standard est un fait dont les caractéristiques produisent des effets juridiques en droit commun. Dans le second, il s'agit d'un fait auquel le droit reconnaît spécifiquement des effets juridiques. La reconnaissance de jure procède donc d'une dynamique qui est *prima facie* extérieure au standard et indépendante de ses effets autonomes. La reconnaissance de

⁵³³ R. BISMUTH, « Une cartographie de la standardisation internationale privée : tentative d'identification de l'objet et de ses enjeux », in R. BISMUTH, *La standardisation internationale privée : aspects juridiques*, Larcier, 2014, p. 17 et s.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 17.

jure peut prendre des formes très variées »⁵³⁵. Comme l'a fait remarquer l'auteur, « une décision obligatoire peut rendre obligatoire le standard en l'intégrant directement dans le droit positif et se trouvant in fine confondu à celui-ci »⁵³⁶. Pour se faire, il conviendrait notamment que les contrats FIDIC soient insérés dans une législation nationale. Une telle chose s'est déjà produite. En Roumanie, les livres rouge et jaune de la FIDIC furent intégrés dans la législation relative aux marchés publics. Une décision étatique peut ainsi attribuer valeur de jure aux contrats FIDIC. Puis, « en second lieu, la reconnaissance peut également s'effectuer par le biais du contrat. Si une référence à un standard dans la pratique contractuelle des acteurs peut éventuellement aboutir à une reconnaissance de facto et un processus relevant de la *lex mercatoria*, une même référence au sein des contrats conclus par des personnes publiques pour l'organisation d'activités de service public est susceptible de produire des effets juridiques sur des tiers au contrat ». Ce fut par exemple le cas lorsque la Banque Mondiale a inséré les contrats FIDIC dans la documentation contractuelle relative aux appels d'offres pour les projets de construction pour lesquels elle assure le financement. Le standard voit alors sa valeur *de jure* être reconnue par contrat, l'entreprise obtenant le marché à la suite de cet appel d'offres pourra alors devoir se conformer au standard FIDIC. Enfin, « en troisième et dernier lieu, la pertinence du standard peut se manifester par le biais d'une règle qui, sans le rendre obligatoire, va indiquer qu'une situation ou décision fondée sur ce que prescrit un standard sera réputée ou présumée en conformité avec le droit positif ». Il s'agirait ici de la reconnaissance *de jure* d'un standard FIDIC par le biais d'un renvoi mais les illustrations ne sont pas connues aujourd'hui à notre connaissance⁵³⁷.

252. Une question surgit alors. Un standard peut-il constituer un droit transnational de la construction ? La réponse est négative. Le standard est tout juste un instrument au service du juge. En ce sens, le Professeur R. Bismuth a indiqué que la « quête de reconnaissance de la norme ayant vocation à devenir un standard est d'ailleurs un élément permettant de souligner la spécificité de la standardisation internationale privée par rapport à ce qui est désigné comme le “droit transnational” ». En effet, ce dernier se manifeste par l'existence de multiples ordres juridiques transnationaux (sportifs, religieux, etc.) qui “fonctionnent en vase clos” les uns par rapport aux autres. Si des interactions entre ordres juridiques transnationaux, droits nationaux et droit international peuvent se manifester, les premiers ont pour ambition d'affirmer leur autonomie et pas celle, en premier lieu, d'assurer la reconnaissance des règles qui les constituent au sein des ordres juridiques nationaux ou de l'ordre juridique international. Si un ordre juridique international peut marquer son indifférence

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 19 et s.

⁵³⁷ *Ibid.*

par rapport aux phénomènes juridiques qui lui sont extérieurs, l'ambition spécifique de la standardisation internationale privée est au contraire d'assurer la diffusion et la reconnaissance du standard – qui ne constitue à l'origine qu'une proposition de règle – par le marché lato sensu (reconnaissance de facto) et par les ordres juridiques nationaux et international (reconnaissance de jure) »⁵³⁸. Ainsi, il faut opérer une différenciation entre le standard FIDIC et le droit transnational. En réalité, les règles de la FIDIC ne sont pas prédestinées à devenir une source de droits.

Conclusion §2 : Le succès des contrats-types FIDIC est indéniable. D'un véritable secours pour les intervenants, l'essor des contrats-types FIDIC a marqué la fin du XX^e siècle. Pour autant, leur réputation ne permet pas de leur octroyer le statut de droit transnational à part entière. Un obstacle de taille leur en empêche, celui de ne pas être dotés de caractère contraignant. Au mieux, la nomenclature FIDIC peut être assimilée à des standards dont l'objet est de venir au soutien du juge, à son service, notamment pour être appliquée en supplément d'un droit étatique désigné par les parties. En aucune mesure, un standard ne peut être constitutif d'un droit transnational. Si la nomenclature FIDIC est indépendante des législations des Etats et autonome de celles-ci, elle n'a pour réelle ambition que d'être diffusée par les opérateurs du commerce international et d'influencer les droits étatiques.

Conclusion sous-section I : Les droits nationaux permettent le plus souvent aux parties d'outrepasser les difficultés liées aux barrières linguistiques et fournissent des règles pour les parties. Cependant, l'absence de codification et l'absence de caractère contraignant de ces nouvelles sources du droit constituent des inconvénients majeurs. La complétude des droits nationaux pose encore question. Pour l'avenir, le Considérant 14 du Règlement Rome I pourrait jouer en faveur d'un droit non étatique au sens strict. Ce considérant énonce que « si la communauté adopte dans un instrument spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et des clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ». Si l'Union européenne se dote de règles matérielles contractuelles, celles-ci pourraient jouer en tant que droit applicable au contrat de construction⁵³⁹. Dans l'attente, les droits nationaux, y compris la nomenclature FIDIC, ne pourront servir que de support devant les juges étatiques à un droit étatique rendu applicable par la règle de conflit de lois.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ M. BARENDRECHT, Ch. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO et S. VAN GULIJK, *Principles of european law, Study Group on a European Civil code, Service Contracts (PEL SC)*, OUP Oxford 2007.

L'absence d'uniformité entre les législations nationales sur les problématiques relatives au droit de la construction ont donné aux droits nationaux un terrain d'élection. Il convient alors de se pencher sur la source de l'essor des nomenclatures privées.

Sous-Section II : L'appel à une harmonisation du droit de la construction

La création d'un droit mondial pour régir le commerce international paraît ambitieuse⁵⁴⁰. Deux tendances s'affrontent. D'une part les Thibautistes, héritiers de la thèse d'Anton Friedrich Justus Thibaut, qui militent pour une codification complète du droit des contrats en Europe, c'est-à-dire pour une standardisation du droit des contrats avec un organe européen pour coordonner l'action et, d'autre part, les Savigniens, portant la thèse de Friedrich Carl von Savigny, qui militent pour une harmonisation graduelle du droit des contrats en Europe⁵⁴¹. Pour les thibautistes, il existe des principes communs entre les droits des contrats nationaux et l'idée d'un Code européen du droit des contrats pourrait en être la synthèse. A contrario, les Savigniens voient dans la codification une étape bien trop avancée, rigide et peu réaliste⁵⁴². Pour les Savigniens, l'idée d'une codification ne s'impose pas, car elle impliquerait aux Etats de s'accorder sur des compromis concernant des thématiques juridiques clés (imprévision, clause pénale ...).

Si s'accorder sur une Convention internationale en la matière, sur une sorte de Code civil européen de la construction, à l'instar de ce qui existe en matière de ventes internationales avec la Convention de Vienne ou en matière de transports internationaux aurait des avantages (§1), l'ambition se heurte

⁵⁴⁰ M. BONELL, « Do we need a global Commercial Code ? », *RDU* 2000.469-481 ; O. LANDO, « The European Principles in an integrated world », *ERCL* 2005.1-18.

⁵⁴¹ Cf Z. KRYSZTOF, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique moderne », *Rev. hist. dr. Fr & étran* 1966, p. 45-59 et spéc. p. 59. Cf I. FETZE KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. dr. unif.* 2008, p. 609-647 et spéc. p. 629-633.

⁵⁴² R. ZIMMERMANN, « Savigny's Legacy. Legal History Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science », *L.Q.R.* 1996, vol. 112, p. 576-605 ; B. S. MARKESINIS, « Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity », *Euro. Rev. Priv. L.* 1997, vol. 5, p. 519-524 ; M. BONELL, « The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law », *Euro. Rev. Priv. L.* 1997, vol. 5, p. 505-506 ; O. KAHN-FREUND, « Common law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation », in M. CAPPELLETTI (dir), *New Perspectives for a Common law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 137, et spéc. p. 142 et 143.

à un protectionnisme ancré d'un droit appartenant à un secteur clé, réglementé et protégé des Etats (§2).

§1 : Les justifications

253. Par l'effet d'une harmonisation du droit de la construction, les questions de responsabilités et de droit applicable seraient directement étudiées et posées par cet accord international, ce qui offrirait plus de sécurité et de facilité pour les opérateurs du domaine de la construction internationale. Il convient avant tout penser à l'intérêt de ces derniers. Comme l'a fait très justement remarquer le Professeur Bruno Oppetit, « le droit du commerce international s'assigne pour objectif essentiel la satisfaction des seuls intérêts d'un commerce international dont l'expansionnisme ne connaît à priori d'autres limites que celle de sa propre dynamique »⁵⁴³. Il est grand temps que le droit international de la construction soit traité comme un droit des opérateurs, censé ne servir que leurs intérêts avant tout. Or, plusieurs normes nationales posent des réglementations nationales liées à la responsabilité qui ne sont pas des plus adaptées aux intérêts du commerce international (comme la responsabilité du maître de l'ouvrage envers le sous-traitant par le biais de l'action directe ou le refus de l'imprévision dans bon nombre de droits nationaux). C'est ainsi qu'il pourrait paraître préférable de retirer aux parties prenantes à un contrat de construction de la jouissance du choix d'un droit étatique applicable à leur contrat international de construction, puisque ce droit est nécessairement inadapté à leurs intérêts sur la scène internationale. Il faudrait, au sein d'une convention internationale et pour reprendre l'expression du Professeur Loquin, adopter un « syncrétisme juridique » ou un « darwinisme juridique », c'est-à-dire rechercher des principes universels consacrés par les droits nationaux et éliminer les règles qui ne seraient pas conformes à la satisfaction des besoins et des intérêts du commerce international⁵⁴⁴.

⁵⁴³ B. OPPETIT, « Droit du commerce international et valeurs non-marchandes », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 309.

⁵⁴⁴ E. LOQUIN, « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, *De Boeck Supérieur*.

§2 : Les obstacles

254. Un droit européen voire mondial de la construction entraînerait une hégémonie normative qui s'exportera dans chacun des Etats signataires à ce droit. Or, la crainte subsiste que ce droit européen ou mondial de la construction ne soit le fruit que d'un unilatéralisme substantiel et décisionnel des grandes puissances alliées, ce qui aurait pour incidence d'influer sur la culture et l'économie en matière de construction des autres Etats signataires. Une exportation d'une conception juridique négociée avant tout par les grandes puissances risquerait de modifier l'organisation sociale de tout un pays.

255. Si le projet d'une harmonisation en matière de construction internationale semble voué à l'échec, c'est parce que les Etats redoutent la méthode tenant à leur enjoindre d'adopter une réglementation modifiant profondément leur droit national. Les chantiers internationaux de construction demeurent sous une influence juridique certaine et puissante des droits étatiques nationaux. Le droit de la construction est un droit très réglementé, proche des problématiques sociétales (construction de logements, de services publics tels que des hôpitaux...), de sorte que les Etats ne semblent pas prêts à se soumettre à l'idée d'une réglementation européenne ne prenant pas en compte les spécificités culturelles de chaque pays. Des ébauches de projets avaient vu le jour, comme en témoignait le Projet communautaire pour la construction du COPAL du 8 février 1991. De même, en vue de l'achèvement du marché unique de juin 1985, un Livre Blanc avait été publié dans lequel était prévue, au paragraphe 2.6, l'adoption d'une directive traitant de la responsabilité des concepteurs et des constructeurs. Et, en 1987, M. Mathurin s'était vu confier une mission préparatoire aboutissant à la remise d'un rapport en 1989 décrivant les droits existants en matière de construction dans les douze Etats membres et faisant état de plusieurs propositions visant à leur harmonisation. La problématique de l'harmonisation de la responsabilité des constructeurs fut une préoccupation du Parlement européen, à l'occasion d'une Résolution en 1988. Enfin, le projet le plus célèbre demeure celui de la proposition de Directive du 9 novembre 1990 sur la responsabilité du prestataire de services, englobant le domaine de la construction. Néanmoins, les réactions à ce projet visant pour le groupe de travail à une responsabilité pour faute prouvée des constructeurs pouvant être limitée à cinq ans (délai court), n'ont pas obtenu l'adhésion, les Etats faisant part de leurs réactions négatives.

256. Il est désormais temps de cesser les tergiversations et d'élever les réflexions au rang de l'action, afin de mettre sur pied un projet et une méthodologie aptes à édifier une harmonisation

européenne dans le secteur de la construction internationale. Les professionnels de la construction sont invités à être réunis et consultés, pour participer à l'élaboration d'une convention européenne en la matière. L'harmonisation européenne est un besoin qui s'explique par l'importance d'accorder aux parties lésées à un contrat de construction une protection suffisante et accrue ainsi que de simplifier les rapports entre les professionnels de la construction. Aujourd'hui, le peu d'harmonisation européenne en matière de construction ne s'est réalisée que sous le prisme du maintien en l'état des droits nationaux tout en offrant aux parties la possibilité de saisir un contrat-type (les modèles des contrats FIDIC). L'Union européenne doit devenir un lieu d'expérimentation, un laboratoire en vue de mesurer les effets de l'internationalisation du droit de la construction. Autrement dit, le droit de la construction doit s'internationaliser pour devenir, lui-même, un serviteur et un levier financier. Seulement, l'harmonisation européenne en matière de construction internationale n'est pas à l'ordre du jour. L'harmonisation des régimes de responsabilités dans les contrats internationaux de construction n'est pas une priorité actuelle. Le champ d'activité du secteur de la construction est avant tout local, de sorte que la construction internationale ne concerne que les grandes entreprises, soit une minorité.

Sans être à l'ordre du jour, un projet d'harmonisation européenne dans ce domaine n'a jamais semblé baigner dans un contexte aussi propice que celui d'aujourd'hui. De multiples études ont été accomplies ces dernières années, permettant de récolter un nombre incommensurable d'informations, en matière de responsabilité, en matière d'assurance ou de prévention des risques de la construction. L'unification serait une ambition de taille, car elle imposerait de poser des règles précises pour lesquelles les Etats auraient obligation absolue de s'y conformer. L'harmonisation paraît être un but plus réaliste et réalisable, car son objectif serait de rapprocher au mieux les législations des Etats autour de principes communs, permettant ainsi aux Etats de jouir d'une plus grande marge de manœuvre.

257. Enfin, si une harmonisation des règles en matière de construction se produit, il n'est pas certain que les problèmes de droit international privé disparaissent totalement, puisqu'il pourra toujours y avoir des divergences d'interprétation de la règle de droit posée. Pour y répondre, cette harmonisation devra s'accompagner d'une unification des organes juridictionnels.

Conclusion sous-section II : Les besoins d'optimisation économique doivent tendre à l'essor des règles matérielles internationales, issues d'une Convention internationale en matière de construction⁵⁴⁵. Les législations nationales en la matière ne peuvent pas prendre en considération les exigences du commerce international. Une norme matérielle unifiée permettrait d'accorder à chaque opérateur du commerce international une certaine égalité sur le marché de la construction et d'en finir avec la disparité des normes étatiques en matière de construction. En dépit d'avantages à s'accorder sur une Convention internationale en matière de construction, les Etats demeurent malheureusement réticents sur la méthode visant à assujettir leurs réglementations nationales à une législation internationale, dans un secteur étroitement politisée et culturel.

Conclusion chapitre I : L'objet de ce premier chapitre consacré à l'étude du droit applicable dans les contrats principaux de construction a permis de faire ressortir plusieurs éléments. Les contrats principaux de construction sont des contrats régis par un principe clé, celui de l'autonomie de la volonté des parties dans la désignation du droit applicable. Ce principe gouverne avec force les contrats conclus entre des contractants privés, car pour de tels contrats, les dispositions du Règlement Rome I sont applicables. Pour les contrats principaux conclus entre une personne privée et une personne publique, le respect de cette autonomie de volonté est plus controversée. L'Etat partie au contrat pourra se montrer réticent à l'idée qu'un droit souverain étranger s'applique aux contrats qu'il négocie. Si l'administrativité du contrat l'emporte souvent sur son internationalité, des atténuations demeurent, surtout pour les contrats d'Etat dans lesquels les Etats assument un rôle de commerçant jusqu'à consentir à une mise à l'écart de leurs prérogatives souveraines.

La liberté des parties dans le choix de loi n'est pas absolue. Des limitations demeurent et des palliatifs ont dû être envisagés en l'absence de choix de loi. Si les restrictions au choix de loi ont principalement trait, devant le juge étatique, à la préservation de lois nationales d'intérêt public ou de l'ordre impératif européen et devant le juge arbitral à l'incomplétude d'un droit national ou à son application forcée par l'une des parties, les solutions en l'absence de choix de loi divergent. Pour les contrats soumis au Règlement Rome I devant un juge étatique, en l'absence de choix de loi, est compétente la loi du prestataire de services. La latitude des tribunaux arbitraux confrontés à l'absence de choix de droit par les parties est plus grande. Les arbitres pourront rendre applicable le droit, national ou anational, qui paraîtra être le plus adapté.

⁵⁴⁵ Les règles matérielles ont pour avantage de pouvoir uniformiser les solutions en la matière et de donner immédiatement une réponse à la question qui se pose. La règle matérielle internationale est une règle substantielle qui permettrait de palier au fait qu'il n'existe pas de solutions uniformisées sur une question relative au droit de la construction.

Le droit de la construction englobe des dispositions essentielles qui concernent à la fois les obligations d'assurance, les garanties au logement ou les règles de sécurité. Pour se désunir de sa complexité, les opérateurs ont la tentation de s'affranchir des droits nationaux pour des droits nationaux plus accessibles, rédigés par les commerçants eux-mêmes. Si l'efficacité des droits nationaux est largement restreinte devant des juges étatiques soumis au Règlement Rome I, elle est plus présente devant des tribunaux arbitraux qui ne sont soumis à aucun for ni tenus d'appliquer une règle de conflit de lois donnée. Le recours aux droits nationaux s'explique aussi par l'absence d'uniformité des législations nationales en matière de construction. Une certaine harmonisation dans ce secteur doit être un objectif à terme, visant à garantir une égalité de traitement entre les partenaires de la construction et un plus grand respect des exigences du commerce international. Cette ambition, qui n'en est qu'à ses balbutiements, pourra répondre aux incertitudes pouvant gouverner les questions relatives au droit applicable aux contrats principaux de construction, conclus entre contractants privés ou entre un contractant privé et une personne publique.

Après avoir envisagé l'étude du droit applicable dans les contrats principaux de construction, il convient de se pencher sur le droit applicable aux contrats de sous-traitance internationaux.

CHAPITRE II : Le droit applicable dans les contrats de sous-traitance internationaux

A l'instar des contrats principaux de construction, les contrats de sous-traitance internationaux ne font l'objet d'aucune réglementation européenne spécifique. Par conséquent, pour identifier le droit applicable à ces conventions, le jeu des règles de conflit de lois s'effectue par référence au droit commun, c'est-à-dire par le recours au Règlement Rome I. Le Règlement Rome I pose le principe de liberté de choix de loi au sous-traité (Section I). Si la loi du contrat de sous-traitance, comme en fait état l'article 12 du règlement Rome I, gouverne les questions de responsabilités contractuelles, les obligations des parties, les questions d'exécution du contrat, a-t-elle vocation à régir tous les aspects du contrat de sous-traitance ? La question du droit applicable aux actions directes en paiement et en responsabilité fera l'objet d'un développement spécifique (Section II).

Section I : Détermination de la loi applicable

Le contrat de sous-traitance internationale est assimilé à un contrat de prestation de services par lequel un sous-traitant va opérer une opération rémunérée au service de l'entrepreneur principal. Pour cette catégorie de contrats, le Règlement Rome I pose comme principe l'autonomie de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable au contrat de sous-traitance. Si la liberté est offerte aux parties, elles ne l'exercent pas toujours et surgissent, en conséquence, des difficultés en cas d'absence de choix de loi. Ici, le rattachement alternatif posé par le Règlement Rome I rendant compétente la loi du prestataire de services n'apparaît pas satisfaisant, devant les liens étroits entretenus par un sous-traité avec le contrat principal. Après être revenu sur le principe de liberté de choix de loi (§1), il conviendra de se pencher sur le droit applicable à défaut de choix (§2).

§1 : Le principe de liberté de choix de loi, exprès ou implicite

258. En l'absence de convention internationale particulière en matière de sous-traitance, le Règlement Rome I s'applique et prône la liberté de choix de loi pour les parties. Ce choix peut être exprès ou implicite. Il est d'autant plus implicite lorsque la sous-traitance est transparente. En cas de sous-traitance transparente, une relation étroite existe entre plusieurs contrats, pouvant servir d'indice pertinent permettant de localiser l'intention des parties dans le droit applicable. Le Professeur Jayme a d'ailleurs proposé de reconnaître la règle du rattachement subsidiaire « Akzessorische Anknüpfung », théorie selon laquelle les intérêts d'une bonne administration de la justice légitimeraient la soumission des contrats liés entre eux par un même droit⁵⁴⁶. Il a précisé que la transparence était si fréquente qu'elle témoignait d'une volonté implicite des parties au sous-traité de soumettre leur contrat à la loi du contrat principal.

259. Ce choix implicite en faveur de la loi du contrat principal lorsque la sous-traitance est transparente est légitime. Le contrat de sous-traitance n'est, en réalité, qu'une partie du contrat principal de construction. Le contrat principal est dépecé en plusieurs contrats pouvant être soumis à plusieurs règles et clauses, mais le lien qui unirait ces contrats doit les conduire à l'application d'une

⁵⁴⁶ E. JAYME, « Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht », *IPRax* 1987.63 et s.

loi unique. La transparence constitue une circonstance suffisante pour favoriser la loi présentant la relation la plus proche avec le sous-traité, à savoir la loi insérée dans le contrat principal, en cas d'absence de choix exprès. Ainsi, dans l'affaire *JMJ Contractors v. Marples Ridgeway* rendue en 1985, les juges ont appliqué la loi irakienne à un contrat de sous-traitance conclu entre un sous-traitant d'Irlande du Nord et un entrepreneur principal anglais, pour un projet international de construction exécuté en Irak à destination d'un maître de l'ouvrage irakien⁵⁴⁷. Les juges ont estimé que la même loi devait s'appliquer au contrat de sous-traitance et au contrat principal.

260. Et, le choix tacite peut relever d'une référence systématique dans le contrat à des articles du Code civil d'un Etat ...⁵⁴⁸ Quant au fait de présumer un choix tacite de loi en fonction de la stipulation d'une clause attributive de juridiction, la pertinence est moins évidente, car ce n'est pas parce que les parties désignent tel juge qu'elles désirent sa loi (sauf à considérer qu'elles confondent loi applicable et juridiction compétente). Le Considérant 12 du Règlement Rome I, qui n'a pas de valeur contraignante, énonce qu' « un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de loi a été clairement énoncé ». Ce Considérant laisse perplexe. Pourquoi seules les clauses attributives de juridiction Etats membres sont-elles concernées ? Et, le Considérant emploie le vocabulaire « devrait », démontrant qu'il ne s'agit pas ici d'une obligation absolue puisque l'on recherche la volonté des parties.

Conclusion §1 : Le Règlement Rome I appuie la liberté de choix de loi pour les parties. Ce choix peut être exprès ou implicite. Dans le cas d'une sous-traitance transparente, une relation étroite existe entre plusieurs contrats, devant servir d'indice pertinent permettant de localiser l'intention des parties dans le droit applicable. Le contrat de sous-traitance n'est qu'une partie du contrat principal de construction. Le lien qui unirait ces contrats doit les conduire à l'application d'une loi unique. La transparence doit être une circonstance suffisante pour privilégier la loi présentant la relation la plus proche avec le contrat de sous-traitance, à savoir la loi insérée dans le contrat principal, en cas d'absence de choix exprès. Plus la sous-traitance est transparente et plus les parties au sous-traité

⁵⁴⁷ *JMJ Contractors Ltd c. Marples Ridgeway Ltd.* (1985) 31 *B.L.R.* 100 (Eng. H. Ct.).

⁵⁴⁸ M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JO noc-282 du 31 octobre 1980, p. 1-50 et spéc. art. 3, point 3.

manifestent leur connaissance du rattachement de leur contrat à une opération de plus grande ampleur, le contrat principal.

§2 : La loi applicable à défaut de choix

Si la liberté est offerte aux parties dans le choix du droit applicable à leur contrat de sous-traitance, elles n'en font pas toujours application. En l'absence de choix de loi, le Règlement Rome I est intervenu pour déterminer la *lex contractus* à la relation de sous-traitance. Une règle de principe est posée. En l'absence de choix de loi sera compétente la loi de résidence du prestataire de services, c'est-à-dire la loi du sous-traitant (1). Ce rattachement alternatif est contesté pour son inadaptation. De plus, nous avons considéré qu'il existe en réalité toujours un choix de loi et que ce choix est implicite, en faveur de la loi du contrat principal, dans le cadre d'une sous-traitance transparente, Si la possibilité du recours à la clause d'exception pourrait aboutir à la désignation d'une autre loi, cette perspective ne doit pas devenir une règle générale (2).

1) La loi de résidence du prestataire de services pour principe

261. Dans le silence des parties, l'article 4 du Règlement Rome I pose une liste de solutions pour huit contrats, dont une spécifique pour le contrat de prestation de services à l'article 4.1 b). Celui-ci sera régi par « la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ». Une autre solution est posée à l'article 4.1 c) pour les contrats portant sur un droit réel immobilier qui seront régis par « la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ». L'article 4 énonce que si le contrat ne relève d'aucune de ces huit catégories, ce sera loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle qui sera applicable. La « résidence habituelle » est le critère essentiel à caractériser, car il permettra de désigner la loi applicable. L'article 19 du Règlement Rome I vise plusieurs lieux alternatifs, qu'il s'agisse du siège social, de l'établissement principal ou encore de l'établissement qui fournit effectivement la prestation, sans apporter plus de précision. Appliquée au contrat de sous-traitance relevant de la catégorie de la prestation de services, la loi du pays dans lequel le sous-traitant, prestataire de services, détient sa résidence habituelle sera compétente en cas d'absence de choix de loi dans le contrat de sous-traitance. Ce lieu correspond rarement au lieu de la construction.

262. Le Professeur Van Houtte a estimé qu'un sous-traitant pourrait être réputé avoir un lieu d'établissement temporaire sur le lieu d'exécution de la construction, permettant de retenir la loi de ce lieu plutôt que la loi de son établissement principal⁵⁴⁹. C'est déjà le cas déjà en matière fiscale. Selon lui, les liens les plus étroits ne résultent pas de la loi du lieu d'établissement principal du sous-traitant mais bien du lieu d'établissement dans lequel la prestation doit être accomplie. Pour autant, si cette analyse permettrait d'unifier les droits applicables du sous-traité avec le contrat principal lorsque ce dernier est soumis au droit du lieu d'exécution, encore faut-il s'assurer que le sous-traitant a effectivement eu à implanter un établissement spécifique sur le lieu de la construction. Il est alors fait mention d'établissement secondaire, cette notion impliquant selon la Cour de justice de l'Union européenne « un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison-mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers »⁵⁵⁰. Cet établissement secondaire pourrait se manifester par la réunion de moyens humains et/ou matériels possédant un certain degré de permanence, il ne suffit dès lors pas que le sous-traitant installe quelques infrastructures de chantier pour affirmer qu'il détient un établissement secondaire.

2) La clause d'exception

En application du Règlement Rome I, les tribunaux sont aptes à s'écarter de la loi de résidence du prestataire de services, par la clause d'exception prévue à l'article 4 § 3. La clause d'exception permet aux tribunaux d'appliquer au contrat la loi présentant avec lui les liens les plus étroits. Le jeu de la clause d'exception pourrait être bénéfique à l'unification des législations applicables entre des conventions liées entre-elles, à savoir le contrat principal et le sous-traité (a). Des limites doivent être relevées à la mise en œuvre de la clause d'exception, dont l'application doit rester purement objective et non substantielle. La clause d'exception ne doit pas être constitutive d'une exception générale à

⁵⁴⁹ V. VAN HOUTTE, « International Subcontracting », *ICLR* 1991.311 et s. ; cf également V. VAN HOUTTE, R. VERMEERSCH et P. WAUTELET, « La sous-traitance internationale », *La sous-traitance, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002*, CDVA ainsi que les études de F. TAHER, *La sous-traitance des contrats internationaux*, thèse dactyl., Université de Rennes, 1992, p. 371 et cf J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et L. USUNIER *op. cit.* Cf également V. Heuzé, « Sous-traitance », *Rép. intern.* 1998.10..

⁵⁵⁰ CJCE, 22 novembre 1978, *Somafer SA. c. Saar-Ferngas AG*, aff. C-33/78, *Rec.* 02183.

une règle de conflit ; elle ne doit jouer que lorsque l'espèce atteste d'une inadaptation avec le rattachement alternatif posé (b).

a. Les avantages du jeu de la clause d'exception

263. Ne résulterait-il pas de l'ensemble des circonstances que le contrat de sous-traitance présente des liens plus étroits avec la loi d'un autre pays (clause d'exception), à savoir la loi régissant le contrat principal ? Il s'agit là d'une question difficile pour laquelle « le droit positif est mal fixé sur la délicate question de la portée d'une clause de choix de loi dans un contrat qui peut se trouver lié à un ou plusieurs contrats dans divers cas de figure »⁵⁵¹. L'unification des droits applicables aux contrats liés entre eux serait une solution judicieuse, ayant déjà les faveurs de plusieurs tribunaux arbitraux⁵⁵². Il n'est pas souhaitable d'en arriver à un éclatement du droit applicable dans ce trio composé du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur principal et du sous-traitant. Ce trio constitue souvent un groupe de sociétés unies par une tâche désignée. En tant qu'unité économique, une seule et même loi semble cohérent. D'ailleurs, certains auteurs suggèrent le droit du centre de décision⁵⁵³.

264. Dans l'hypothèse où le sous-traitant est établi sur le même territoire que le lieu d'exécution du contrat principal et que la loi applicable au contrat principal est celle du lieu d'exécution du contrat, la loi applicable au contrat principal est légitime à rayonner sur le sous-traité en cas d'absence de choix de loi des parties. L'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble permettrait de faire coïncider la loi applicable à la construction internationale avec les normes et réglementations liées à l'urbanisme, l'hygiène ou la sécurité ou avec les règles environnementales.

Le jeu de la clause d'exception viserait surtout à harmoniser les deux contrats liés entre eux, plus qu'à concourir aux préoccupations de justice du droit international privé. Mais son application ne doit être que strictement limitée et doit se restreindre à corriger un rattachement prévu.

⁵⁵¹ H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J. Cl. Europe* 1996, fasc. 3200, n° 11.

⁵⁵² Cf CCI, aff. n° 2119, 1978, *JDI* 1979.997, obs. Y. DERAÏNS ou encore CCI, aff. n° 5294, 1988, *Yearbook com. arb.* 1989, p. 137, mais aussi des arrêts certains juges français comme celui de la Cour d'appel de Colmar, 16 mars 2006, *Petites affiches* 2006, IV, 2963.

⁵⁵³ J-P. LABORDE, « Droit international privé et Groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Les Activités et les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly, 1998, p. 49, p. 54 et s.

b. Une application à modérer

265. Le principe de faveur peut-il conduire à l'application plus libérale de la clause d'exception ? La clause d'exception ne peut jouer que si des « liens plus étroits » sont présents. Son application doit rester objective et sans considération substantielle. L'application de la clause d'exception doit satisfaire une complète neutralité⁵⁵⁴.

Le jeu de la clause d'exception convient d'être cantonné à une intervention exceptionnelle, comme son nom l'indique. Il faut éviter que la clause ne dérive vers une « discrétion judiciaire subversive »⁵⁵⁵. Le Professeure Pauline Rémy-Corlay s'est interrogée sur la place de la clause d'exception en se demandant si celle-ci pouvait contribuer à remettre en cause les travaux doctrinaux de Savigny sur l'effort de systématisation et d'universalisation. Les règles de conflit de lois sont-elles destinées à s'effacer devant le principe de proximité souvent offert par la clause d'exception ? En réalité, il convient « d'acclimater la clause d'exception » en l'intégrant dans le mécanisme du conflit de lois afin de la perfectionner⁵⁵⁶. S'il est dit que la clause d'exception offre flexibilité, il ne faut pas percevoir le droit international privé comme un système cloisonné à toute adaptation tant il y a déjà eu par le passé des applications du principe de proximité dans le conflit de lois et des mécanismes de flexibilité (renvoi...) afin de « tempérer la règle de conflit »⁵⁵⁷. La clause d'exception vise à ajouter de la « justice de droit international privé », la « loi la plus proche est appliquée parce qu'elle est la

⁵⁵⁴ CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, à propos de la loi applicable à un contrat de travail : « dans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la Convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit garantir qu'est appliquée, au contrat de travail, la loi du pays avec lequel ce contrat établit les liens de rattachement les plus étroits. Or, cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire (...) à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur » (§ 34), *D.* 2014.1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2014.159, note E. PATAUT ; *Europe* 2013. Comm. 495, obs. L. IDOT.

⁵⁵⁵ P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003.37.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ Cf article 1 de la loi autrichienne de 1978 qui dispose que « 1. Les situations qui présentent des liens avec l'étranger sont régies, en matière de droit privé, par l'ordre juridique avec lequel il existe le rapport le plus fort. 2. Les règles spéciales sur l'ordre juridique applicable (règles de rattachement) énoncées dans la présente loi fédérale doivent être considérées comme expression de ce principe », *Rev. crit. DIP* 1979.176, note introductive F. SCHWIND ; cf P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, p. 127 ; B. AUDIT, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Trav. comité fr. DIP* 1988, p. 59-77 ; Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Trav. comité fr. DIP*, Journée commémorative du Cinquantenaire, Paris, 23 novembre 1985, p. 59 et s. et p. 79 et s. ; Cf P. REMY-CORLAY, *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Université de Poitiers, 1997.

plus proche » et non parce qu'elle serait plus protectrice du sous-traitant⁵⁵⁸. Certes, elle est souvent rattachée au principe de proximité et si ce principe de proximité est censé demeurer neutre, son interprétation ne tend pas toujours à la neutralité. Cependant, le dessein de la clause d'exception ne doit pas être la protection d'une partie au contrat, mais la flexibilité du droit international privé. Des raisons d'uniformisation imposent la généralisation de la règle de conflit. Dans l'absolu, il serait satisfaisant que le jeu de la clause d'exception rejoigne les considérations localisatrices plus protectrices du sous-traitant.

266. L'application de la clause d'exception peut offrir une marge de manœuvre pour le juge dans la détermination du droit applicable. Si la loi applicable en application de l'article 4 § 1 b) du Règlement Rome I est la *lex fori*, le juge du for sera tenté de l'appliquer (car c'est la loi qu'il connaît le mieux et parce qu'il ne voudra pas faire de dissociation entre la compétence législative et la compétence judiciaire). Mais, si la loi désignée par l'article 4 § 1 b) est une loi étrangère, le juge du for sera tenté d'appliquer la clause d'exception, d'autant plus lorsque cette clause d'exception contribuerait à rendre applicable la *lex fori*. L'un des écueils de la clause d'exception figure dans l'arbitraire laissé au juge. Comme l'a énoncé le Professeure Rémy-Corlay, la clause d'exception ne doit pas devenir « un instrument du pouvoir modérateur du juge, mais une règle dont les conditions de mise en œuvre strictement définies permettront à la fois l'assouplissement de la règle de conflit et le contrôle par la Cour de cassation »⁵⁵⁹. Pour prévenir un manque de transparence et amoindrir l'arbitraire du juge, il faut imposer au juge de démontrer l'impertinence de l'action du rattachement habituel par rapport à l'espace et au temps, avant de rechercher s'il existe une loi présentant des liens plus étroits⁵⁶⁰.

267. S'il était question de faire jouer la clause d'exception dans le seul but de trouver un rattachement favorable au sous-traitant, présumé partie faible, il faut l'exclure⁵⁶¹. Pour une telle approche, il conviendrait de faire en sorte que le contrat de sous-traitance soit traité comme un contrat de travail ou un contrat de consommation. Ce faisant, les dispositions des articles 6 et 8 du Règlement Rome I pourraient s'appliquer, avec pour principe une liberté de choix, sous réserve que ce choix ne

⁵⁵⁸ P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003.37.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ CAA Versailles, 6 février 1991, *Rev. crit. DIP* 1991.745, note P. LAGARDE.

⁵⁶¹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986-I, t. 196.9, p. 121-126.

prive pas le sous-traitant de la protection que lui accorde la loi objectivement applicable. Il s'agirait de consacrer une autonomie *in favorem* du sous-traitant⁵⁶². La principale difficulté serait d'identifier, d'apprécier et de comparer la loi protectrice la plus favorable. Le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières a parlé d'ordre public conflictuel venant encadrer la liberté des parties et constituer une limite à la fixation par celles-ci du régime conflictuel du contrat, c'est-à-dire à la faculté de choix de loi⁵⁶³. Cet ordre public conflictuel constituerait un « encadrement réglementaire s'imposant aux parties dans l'exercice de leur activité conflictuel ». Une matérialisation de cet ordre public conflictuel est présente dans les articles 6 et 8 du règlement Rome I. Cet encadrement réglementaire poserait pour sanction que le choix de loi applicable serait inopposable au sous-traitant, « cette inopposabilité apparaît comme sanctionnant la contrariété de la clause de choix de loi à l'ordre public conflictuel mis en place par l'article 8 lui-même »⁵⁶⁴.

268. Lorsque l'élément de rattachement ordinaire n'est pas satisfaisant, la clause d'exception devient légitime. Dès lors, un juge pourrait-il appliquer d'office une clause d'exception ?⁵⁶⁵ En principe, la réponse devrait être positive en tant que suite du régime de la règle de conflit, mais il ne s'agira finalement que d'une simple faculté, que d'un pouvoir. Le juge français ne peut relever d'office que les moyens de pur droit (article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile), ce que la clause d'exception n'est pas. Lorsqu'est discutée l'applicabilité de la clause d'exception, il s'agit d'une question relative à l'évaluation des faits de l'affaire traitée, c'est-à-dire de la pertinence d'un nouvel élément de rattachement. La clause d'exception doit suivre le régime procédural de droit commun et non celui de la règle de conflit. Ainsi, la Première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 22 mai 2007 à propos de l'application d'office de la clause d'exception, a estimé que la Cour d'appel « n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui avait pas été demandée »⁵⁶⁶. Dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 septembre 2012, il a été énoncé que lorsque les droits sont disponibles, le juge devra appliquer la

⁵⁶² Considérant 23 du Règlement Rome I : « (s)'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être davantage protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ».

⁵⁶³ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI* 2016.24.

⁵⁶⁴ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Colloque du 14 mars 2014, Bruylant 2015, p. 177.

⁵⁶⁵ Sur la question, cf A. KASSIS, *op. cit.*, n° 269 et s., favorable au recensement d'office par le juge des liens les plus étroits, opposé à la position de P. REMY-CORLAY, *préc.*

⁵⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2007, n° 05-12.243, *Rev. crit. DIP* 2007.592, note P. LAGARDE, « Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome » ; T. AZZI, « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 649.

règle de conflit de lois mais pas d'office⁵⁶⁷. Il s'agira d'une simple faculté. Il en est de même pour la clause d'exception.

Conclusion §2 : Dans le silence des parties, l'article 4 § 1 b) du Règlement Rome I dispose que le contrat de prestation de services sera régi par « la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ». Appliqué au contrat de sous-traitance, la loi du pays dans lequel le sous-traitant, prestataire de services, détient sa résidence habituelle sera compétente, alors même que le contrat de sous-traitance présente des liens plus étroits avec la loi d'un autre pays (clause d'exception), à savoir la loi régissant le contrat principal. Le jeu de la clause d'exception pourrait permettre d'harmoniser les deux contrats liés entre eux. Cependant, il ne faut pas que cette clause soit la porte ouverte à la boîte de Pandore. En cela, son application ne doit être que strictement limitée et doit se restreindre à corriger un rattachement prévu, à ajuster sur-mesure un rattachement. Par une interprétation restrictive de la clause d'exception, un juge national doit d'abord constater que le droit applicable n'est pas un rattachement adapté et ensuite décider d'appliquer la loi présentant les liens les plus étroits⁵⁶⁸. Son application doit rester purement objective et sans aucune considération matérielle. L'application de la clause d'exception doit répondre à une parfaite neutralité⁵⁶⁹. La visée de la clause d'exception ne doit pas être la protection du sous-traitant. Si la clause d'exception peut y contribuer, c'est uniquement pour la flexibilité de la matière même du droit international privé qu'elle doit s'appliquer. Autrement dit, la fixité doit demeurer et pour des raisons d'uniformisation,

⁵⁶⁷ Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-20789, D. 2012.2237, obs. X. DELPECH et p. 2930, note B. HAFTEL.

⁵⁶⁸ C'est la procédure adoptée par les juridictions néerlandaises, Hoge Raad, 25 septembre 1992 : *Nederlands Juristenblad*, 1992, 3263, affaire citée par P. REMY-CORLAY, *préc.*, p. 37. Cf également l'arrêt de la CJCE, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contre Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, aff. C-133/08, dans lequel la CJCE n'a fait aucune référence à la condition de l'absence de pertinence du rattachement applicable, désavouant l'approche restrictive de la clause d'exception et a semblé pencher favorablement pour une interprétation souple, en énonçant que la clause d'exception pouvait jouer « dans tous les cas de figure » (point 60). Pour autant, la CJCE est venue encadrer l'interprétation souple, en rappelant l'objectif de sécurité élevée des présomptions (point 55), visant à restreindre une application directe de la clause d'exception. Dès lors, il faut toujours rechercher la loi désignée par les présomptions, par un souci de prévisibilité. Cf L. D'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE, *JCP G*, novembre 2009, note sous CJCE, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, aff. C-1133/08. Cette position correspond à celle adoptée par la Cour de cassation en 2006 (Cass. com., 19 décembre 2006, *RDC* 2007.467, obs. P. DEUMIER ; *Rev. crit. DIP* 2007.592, note P. LAGARDE), privilégiant une application prioritaire des présomptions en les écartant en cas de motivation spéciale et se rapproche de la jurisprudence anglaise qui exige que les circonstances attestent « clairement » la mise à l'écart de la présomption (cf P. STONE, *EU Private international law harmonization of laws*, Elgar European Law series, 3^e éd., 2016, p. 286-287 et cf M. FREEMAN, « Finding the applicable law of the contract in England », in *Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Sellier, European Law Publishers, 2006, p. 53).

⁵⁶⁹ CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, à propos de la loi applicable à un contrat de travail : « dans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la Convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit garantir qu'est appliquée, au contrat de travail, la loi du pays avec lequel ce contrat établit les liens de rattachement les plus étroits. Or, cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire (...) à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur » (§ 34), D. 2014.1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2014.159, note E. PATAUT ; *Europe* 2013. Comm. 495, obs. L. IDOT.

la règle de conflit doit rester générale. L'idéal serait que l'application de la clause d'exception réunisse les considérations localisatrices plus protectrices du sous-traitant.

Conclusion section I : La question du droit applicable au contrat de sous-traitance international est réglée par le principe de l'autonomie de la volonté des parties. En application du Règlement Rome I, en cas d'absence de choix de loi, sera compétente la loi du lieu de résidence du prestataire de services, c'est-à-dire la loi du sous-traitant. Ce lieu correspond rarement au lieu de la construction, pourtant souvent considéré comme le plus adapté. Des mécanismes ont été posés, notamment par le biais de la clause d'exception, pouvant permettre d'appliquer au contrat la loi présentant avec lui les liens les plus étroits. Pour favoriser l'unification des droits applicables aux contrats liés entre eux, le recours à la loi du contrat principal, lorsque celle-ci tend à l'application de la loi de la construction, apparaîtrait comme une solution judicieuse. Pour autant, la clause d'exception doit rester cantonnée à son rôle d'intervention exceptionnelle à un rattachement inapproprié.

Si les questions relatives au droit applicable affectent le contrat de sous-traitance dans sa généralité, elles influent également sur une thématique bien spécifique, celle de l'action directe, domaine où la question du droit applicable ne cesse de générer remous et discussions.

Section II : La loi applicable aux actions directes en paiement et en responsabilité

En principe, un contrat n'a d'effets qu'à l'égard des parties. Il ne profite ni ne nuit aux tiers, puisqu'un contrat n'a pas le pouvoir de rendre un tiers débiteur ni même créancier⁵⁷⁰. Comme l'atteste l'adage, « *non debet alii nocere, quod inter abias actum est* », chacun ne peut contracter que pour soi. Si l'effet relatif prévoit que seules les parties au contrat sont tenues par celui-ci, les entorses à ce principe sont nombreuses. Les actions directes sont des illustrations de l'immixtion de plus en plus fréquente des tiers au contrat. Il peut s'agir d'actions directes en paiement (Sous-Section I) ou d'actions directes en responsabilité (Sous-Section II). La possibilité de mise en œuvre de chacune de ces actions est indissociable d'une étude relative au droit applicable, car ces actions sont rattachées à son domaine.

⁵⁷⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, p. 98 et s.

Sous-Section I : L'action directe en paiement

L'action directe en paiement est celle par laquelle un contractant à un sous-contrat est reconnu en droit d'agir en paiement contre un contractant principal non-partie au sous-contrat. Elle ne doit pas être confondue avec l'action oblique qui permet au sous-traitant d'exercer l'action que l'entrepreneur principal impayé a négligé ou refusé d'exercer. Le sous-traitant pourrait aussi devenir le bénéficiaire temporaire d'une hypothèque sur la construction de l'ouvrage tant qu'il n'aurait pas été rémunéré de ses travaux. Cette idée d'accorder aux intervenants à une construction un droit sur la chose qu'ils ont contribué à construire est ancienne. Elle est déjà retrouvée à l'époque romaine⁵⁷¹. L'action directe en paiement d'un sous-traitant envers le maître de l'ouvrage n'est quant à elle pas des plus fréquentes en droit comparé, d'où l'importance de traiter de la question du droit applicable à celle-ci (§1). Il ressortira de ces études que la position de faiblesse du sous-traitant exercera une influence sur la loi applicable à cette action, par le biais de l'application immédiate de lois de police en la matière (§2).

§1 : Le droit applicable à l'action directe en paiement

Il ressort d'une analyse comparative que l'action directe en paiement du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage ne fait pas l'unanimité. Dans de nombreuses législations, l'effet relatif des contrats reste un principe fondamental visant à refuser à un tiers de faire exécuter un contrat et à dénier au sous-traitant d'agir directement en paiement contre le maître de l'ouvrage. D'autres mécanismes sont consacrés pour accorder une certaine protection au sous-traitant (1). En tout état de cause, ces divergences entre les législations nationales sur la question de l'action directe en paiement illustrent l'importance de la loi applicable à cette action. Or, une concurrence entre plusieurs lois s'est instaurée (2).

⁵⁷¹ Ce droit était historiquement connu du droit français, mais était limité au constructeur ayant directement contracté avec le maître de l'ouvrage (« *privilège du constructeur* »).

1) Analyse comparative

L'analyse comparative vise essentiellement à s'attacher à la position retenue par le droit français en la comparant avec celle d'autres pays de droit civil (a). De ces comparaisons, une approche médiane visera à identifier les substituts à l'action directe au sein des législations nationales de common law où elle n'existerait pas (b).

a. L'action directe en civil law

En droit interne français, la sous-traitance est gouvernée par la loi du 31 décembre 1975 qui vise notamment à assurer le paiement au sous-traitant, même en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Ce paiement est subordonné à plusieurs formalités. Si, dans un projet de construction, les liens de droit sont parfois duals, d'abord entre un maître de l'ouvrage et un constructeur, puis entre le constructeur et le sous-traitant, il se peut qu'une relation s'opère entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Par l'action directe, la relation triangulaire prend forme. Reste encore à s'entendre sur son régime (a.1). Dans les autres Etats de tradition civiliste, la reconnaissance d'une action directe en paiement au profit du sous-traitant est écartée (a.2).

a.1. L'action directe en droit français

269. Le contrat de sous-traitance est assimilable à un sous-contrat de construction ou à un contrat secondaire de construction. La loi du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de désigner lui-même le sous-traitant, sous approbation du maître de l'ouvrage⁵⁷². L'article 3 de la loi de 1975 exige de l'entrepreneur principal une double obligation déclarative ; il est appelé à déclarer le(s) sous-traitant(s) au maître de l'ouvrage en lui faisant accepter et agréer les conditions de paiements du/des sous-traitant(s). Ces obligations déclaratives peuvent s'opérer à tout moment, y compris tardivement,

⁵⁷² Article 3 de la loi du 31 décembre 1975 : « L'entrepreneur principal qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage : l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître d'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ».

même lors de l'exercice de l'action directe⁵⁷³. Il appartient au maître de l'ouvrage de mettre en demeure l'entrepreneur principal de lui présenter ses sous-traitants⁵⁷⁴.

270. Pour autant, l'article 12 de la loi de 1975, sur l'action directe, vise le sous-traitant sans opérer de distinction selon que le sous-traitant fut accepté et agréé ou non par le maître de l'ouvrage. Or, comme le souligne l'adage, lorsque la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Dès lors, l'action directe devrait être ouverte au sous-traitant déclaré et agréé comme au sous-traitant qui ne l'a pas été. Autrement, il suffirait que l'entrepreneur principal ne fasse pas les démarches nécessaires pour recueillir l'acceptation et l'agrément d'un sous-traitant ayant déjà débuté ses travaux de construction, pour faire échec à l'action directe du sous-traitant. Si la double obligation déclarative devrait être indépendante de l'action directe et ne pas devenir une condition de son exercice⁵⁷⁵, la jurisprudence française maintient la double obligation déclarative comme préalable à l'action directe du sous-traitant⁵⁷⁶.

271. Un maître de l'ouvrage est libre de refuser de délivrer son accord sur le fond de ces deux obligations déclaratives et donc, de refuser le sous-traitant, mais ce refus est appelé à être motivé⁵⁷⁷. Un maître de l'ouvrage ne peut pas conditionner son acceptation et son agrément à l'engagement par un sous-traitant de n'intenter aucune action contre le maître de l'ouvrage⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Cass. civ. 3^e, 31 mars 1993, n° 91-14.958.

⁵⁷⁴ Cass. civ. 3^e, 15 mai 2013, n° 12-16.343 et n° 12-16.561.

⁵⁷⁵ CA Colmar, 12 mai 1978, *JCP* II. 18999 (1978), *D.* 633 (1978) ; Cass. com., 19 mai 1980, *D.* 1980, jurispr. p. 443, note A. BENABENT ; *JCP G* 1980. II. 19440, note G. FLECHEUX ; *RTD civ.* 1981.168, obs. G. CORNU.

⁵⁷⁶ Les controverses jurisprudentielles ont été nombreuses sur ce sujet, opposant la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 13 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 203, p. 162) et la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 3^e, 29 mai 1980, *Gaz. Pal. Rec. bim.* mars-avr. 1981. J. p. 179, note M. VASSEUR). Finalement, la question a été tranchée par la Chambre mixte à l'occasion de trois arrêts de principe rendu le 13 mars 1981, énonçant qu'en application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, les sous-traitants n'avaient d'action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage que si celui-ci les avait accepté et avait agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance (Cass. ch. mixte., 13 mars 1981, *D.* 1981, jurispr. p. 309, note A. BENABENT ; *JCP G* 1981. II. 19568, note G. FLECHEUX ; *RTD civ.* 1981.862, obs. Ph. REMY).

⁵⁷⁷ Cass. civ. 3^e, 2 février 2005, n° 03-125.409, *Bull. civ.* III, n° 24.

⁵⁷⁸ Cass. civ. 3^e, 10 février 2009, *Sté Limoux distribution c. Sté Tolérie industrielle d'Aquitaine*, n° 08-11.818, *RDI* 2009.354, note H. PERINET-MARQUET. La clause 5.2 du Livre Rouge de la FIDIC, « Objection à la désignation » précise également que l'entrepreneur principal peut refuser un sous-traitant désigné par le maître de l'ouvrage dès lors qu'il existe des objections raisonnables à sa nomination (manque de compétence, manque de ressources ...). (« L'entrepreneur ne doit pas être obligé d'employer un Sous-traitant désigné contre lequel il élève une objection raisonnable en avisant le maître d'oeuvre aussitôt que possible, avec détails à l'appui. Une objection doit être considérée comme raisonnable si elle concerne (entre autres choses) un des problèmes suivants, à moins que le maître de l'ouvrage consente par écrit à indemniser l'Entrepreneur des conséquences du problème : (a) il existe des raisons de croire que le sous-traitant n'a pas assez de compétence, de ressources, ou de moyens financiers ; (b) le sous-traitant désigné n'accepte pas d'indemniser l'entrepreneur de toute négligence ou mauvaise utilisation des marchandises par le sous-traitant désigné, ses agents ou son personnel ; ou (c) le sous-traitant désigné n'accepte pas un marché de sous-traitance qui spécifie que

Dans la pratique, lorsque le maître de l'ouvrage reçoit une mise en demeure laissant présager de l'imminence d'une action directe, il est invité à anticiper ce risque et à bloquer les sommes pouvant être exigées par le sous-traitant. Si le maître de l'ouvrage reçoit plusieurs copies de mises en demeure du fait que son entrepreneur principal avait plusieurs sous-traitants, la pluralité d'actions directes ne pourra pas désintéresser chaque sous-traitant. Dans pareille hypothèse, le maître de l'ouvrage est amené à opérer une répartition des sommes au marc-le-franc, autrement dit il est appelé à se soustraire à une distribution proportionnelle en fonction du prorata des droits de chacun des sous-traitants, qui ne jouiront pas de l'intégralité du paiement attendu. Il est fâcheux que la loi de 1975 contienne des lacunes sur cette question, en ne fixant aucun ordre de priorité entre les sous-traitants. La jurisprudence majoritaire pallie ce silence législatif, en appliquant une répartition équitable.

272. Une relation triangulaire s'instaure dès lors qu'une relation s'établit entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant, par l'action directe. Ce lien les unissant peut être de nature contractuelle, notamment lorsque le maître de l'ouvrage s'est contractuellement engagé, au sein du contrat principal, à assurer le paiement du sous-traitant (par exemple par une stipulation pour autrui). Par le modèle de la gérance, le maître de l'ouvrage passe directement contrat avec tous les intermédiaires de la construction concernés, dont les sous-traitants. Ce modèle permettrait au maître de l'ouvrage de choisir lui-même ses sous-constructeurs et cela mettrait un terme aux polémiques liées à l'action directe et à l'effet relatif des conventions. Le maître de l'ouvrage s'engagerait contractuellement à payer le sous-constructeur en cas de défaillance de l'entrepreneur principal ou à le payer même sans défaillance, rompant le lien entre entrepreneurs principaux et sous-traitants. La proposition de loi de L. Neuwirth⁵⁷⁹ suggérait d'ailleurs l'institution d'un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Autrement dit, l'entrepreneur principal serait « réputé traiter au nom du maître de l'ouvrage avec le sous-traitant »⁵⁸⁰. Cette solution aurait eu pour avantage considérable de faire en

pour le travail sous-traité (y compris la conception, le cas échéant), il doit : (i) assumer envers l'entrepreneur des obligations et responsabilités qui permettent à l'entrepreneur de s'acquitter de ses obligations et responsabilités selon le marché, et (ii) indemniser l'entrepreneur de toutes les obligations et responsabilités survenant dues ou en rapport avec le marché et des conséquences de toute défaillance du sous-traitant pour exécuter ces obligations ou pour satisfaire à ces responsabilités. (iii) être payé que si et lorsque l'entrepreneur a reçu du maître de l'ouvrage les paiements pour les sommes dues conformément au marché de sous-traitance et conformément à la Sous-Clause 5.3 [Paiement aux sous-traitants désignés] ».

⁵⁷⁹ Proposition de loi de Lucien Neuwirth du 19 décembre 1974 tendant à assurer le paiement des sous-traitants en cas de Liquidation de biens ou de règlement judiciaire du titulaire du contrat principal, Doc. Ass. Nat. n° 1449 (Première session ordinaire 1974-1975).

⁵⁸⁰ Proposition de loi Lucien Neuwirth, *préc.*, article 5 : « lorsqu'un maître d'ouvrage donne une façon à effectuer à un artisan façonnier, celui-ci bénéficie pour le règlement de son travail des mêmes privilèges que les salariés de l'entreprise en cas de liquidation de biens ou de règlement judiciaire du maître de l'ouvrage ». Cf l'avis de Marc Lauriol, Rapporteur, « il s'agit de protéger les artisans qui, éventuellement avec deux ou trois compagnons, travaillent à façon pour un donneur

sorte qu'en cas de liquidation financière de l'entrepreneur général, le contrat de sous-traitance se poursuive de plein droit entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

273. Afin d'assurer un paiement constant du sous-traitant et palier aux défauts de paiement du constructeur principal ainsi qu'aux difficultés d'application de l'action directe en paiement, il conviendrait de diffuser davantage la méthode des « *nominated subcontractor* ». Le sous-traitant est directement désigné par le maître de l'ouvrage et le maître de l'ouvrage l'impose à l'entrepreneur principal. Rien ne changerait dans la relation entre l'entrepreneur principal et un « sous-traitant désigné » et il n'y aurait toujours pas de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le « sous-traitant désigné ». Mais, il ressort de la coutume des chantiers internationaux de construction qu'un maître de l'ouvrage est plus enclin à se réserver le droit de payer directement son « *nominated subcontractor* » en cas de défaut de paiement de l'entrepreneur principal. La tâche serait ardue pour les maîtres de l'ouvrage, qui devraient consacrer du temps à dénicher les meilleurs sous-traitants et à se créer un réseau. C'est ainsi que dans la très grande majorité des droits nationaux, les sous-traitants demeurent sélectionnés directement par les entrepreneurs principaux, de sorte que la relation entre un maître de l'ouvrage et un sous-traitant n'est pas contractuelle.

d'ordres. Il est bien évident que, socialement, ils sont dans une position très comparable à celle des salariés et, sur le fond, la commission a estimé que cette proposition était particulièrement judicieuse. Cela dit, il ne s'agit pas du fameux rapport triangulaire qui caractérise la sous-traitance, mais tout simplement des rapports d'un artisan façonnier avec un contractant. Dans ces conditions, cet amendement n'entre pas dans le cadre du texte qui nous est soumis, et c'est pourquoi la commission n'a pas estimé pouvoir l'adopter ».

a.2. L'action directe dans les autres pays de civil law

274. L'action directe en paiement du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage n'est pas tellement consacrée en droit comparé⁵⁸¹. En Europe, seuls quelques Etats européens l'admettent en s'inspirant d'ailleurs étroitement du droit français. C'est notamment le cas du droit belge⁵⁸² ou encore du droit luxembourgeois⁵⁸³. Néanmoins, l'action directe en paiement a la faveur d'une partie du monde arabe⁵⁸⁴. De manière générale, dans les législations nationales favorables à l'action directe en paiement, l'admission de l'action directe en paiement conduit à accorder au profit du maître de l'ouvrage une action contre l'entrepreneur principal qui refuserait ou se prétendrait incapable de payer son sous-traitant. Autrement, l'entrepreneur principal se contenterait de ne pas payer le sous-traitant tout en sachant que le maître de l'ouvrage sera obligé d'assurer le paiement en cas de défaut.

275. En application du §16(6) du VOB/B allemand, le maître de l'ouvrage peut prendre l'initiative de payer directement le sous-traitant dans trois hypothèses : d'une part, lorsque le sous-traitant serait, en réalité, chargé d'assurer les obligations contractuelles de l'entrepreneur principal ; d'autre part, lorsque le sous-traitant refuserait de continuer les travaux du fait des impayés ; enfin, lorsque le paiement direct permettrait d'assurer la continuité des travaux par le sous-traitant.

⁵⁸¹ Néanmoins, l'action directe en paiement a la faveur d'une partie du monde arabe (elle est ainsi prévue à l'article 565 du Code algérien, à l'article 662 du Code égyptien, à l'article 882 du Code iranien, à l'article 682 du Code koweïtien, à l'article 661 du Code libyen ou encore à l'article 682 du Code syrien. Le droit des Emirats Arabes Unis reconnaît le principe de l'action directe en paiement au profit des *nominated subcontractors*, dans la section Muqawala, article 891 du Code civil). En Asie, la situation est contrastée. L'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage n'est pas connue du droit japonais. En revanche, en Corée du Sud, il ressort du *Fair Transactions Subcontracting Act and Framework Act on the Construction Industry* que le maître de l'ouvrage est appelé à payer directement le sous-traitant, lorsque l'entrepreneur principal se trouve dans l'incapacité de le payer et ce, même si aucune relation contractuelle n'unit le maître de l'ouvrage au sous-traitant. De même, ce texte impose au maître de l'ouvrage de rémunérer directement le sous-traitant ; lorsque le constructeur n'a pas payé deux installations ou plus édifiées par le sous-traitant. Sur ces éléments de droit comparé, cf F. CHAIX, *Le contrat de sous-traitance en droit suisse. Limites du principe de la relativité des conventions*, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 35 et s. ; F. PULKOWSKI, « The Subcontractor's Direct Claim in International Business Law », *ICLR* 2004.31 et s.

⁵⁸² Article 1798 du Code civil belge, amendé par l'article 2 de la loi du 19 février 1990 : « Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier ».

⁵⁸³ Article 7 de la loi du 23 juillet 1991 : « Le sous-traitant est payé directement par le maître de l'ouvrage pour la part du marché ou du contrat dont il assure l'exécution. Le paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de faillite ou de gestion contrôlée ».

⁵⁸⁴ Elle est ainsi prévue à l'article 565 du Code algérien, à l'article 662 du Code égyptien, à l'article 882 du Code iranien, à l'article 682 du Code koweïtien, à l'article 661 du Code libyen ou encore à l'article 682 du Code syrien. Le droit des Emirats Arabes Unis reconnaît le principe de l'action directe en paiement au profit des *nominated subcontractors*, dans la section Muqawala, article 891 du Code civil. Cf F. CHAIX, *op. cit.* ; F. PULKOWSKI, *préc.*

Le droit allemand reconnaît qu'une action directe en paiement est discutable. L'entrepreneur principal peut être doté de raisons plus ou moins légitimes pour ne pas payer son sous-traitant. Par exemple, l'entrepreneur principal peut avoir pour intention d'assigner le sous-traitant pour des travaux défectueux ou pour le non-respect de ses obligations contractuelles. L'entrepreneur principal peut également vouloir retarder le paiement dû au sous-traitant en réponse au retard d'accomplissement des travaux par ce dernier. C'est pourquoi la VOB/B impose au maître de l'ouvrage, avant tout paiement direct, de communiquer avec l'entrepreneur principal afin de se renseigner sur les véritables raisons du non-paiement. Si l'entrepreneur principal ne répond pas au maître de l'ouvrage, il sera réputé avoir consenti au paiement direct du maître de l'ouvrage au sous-traitant. En revanche, si l'entrepreneur principal fournit au maître de l'ouvrage des raisons légitimes au non-paiement et que, malgré tout, le maître de l'ouvrage paie directement le sous-traitant, le maître de l'ouvrage s'exposera à des difficultés ultérieures. Le maître de l'ouvrage n'effectuera pas un paiement direct sans être assuré de pouvoir se retourner ensuite contre l'entrepreneur principal n'ayant pas payé le sous-traitant. Or, dans l'hypothèse où le non-paiement pouvait se justifier par des raisons légitimes, le maître de l'ouvrage pourra plus difficilement trouver remboursement auprès de l'entrepreneur principal.

En tout état de cause, le paiement direct demeure exclu en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal puisqu'en droit allemand, les dispositions obligatoires sur les insolvabilités primeront.

276. Si, en droit espagnol, une *accion directa* existe au profit du sous-traitant depuis la grande crise financière ayant impacté le secteur de la construction, à l'article 1597 du Code civil, ce même article exclut l'action directe en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal, afin de respecter les droits des autres créanciers. Cet article énonce que « les sous-traitants ne peuvent intenter une action directe auprès des tribunaux civils contre le maître d'ouvrage lors de la déclaration d'insolvabilité de l'entrepreneur principal et jusqu'à la fin de la procédure d'insolvabilité. La procédure judiciaire engagée à la suite d'une action directe intentée avant la déclaration d'insolvabilité est suspendue. La violation des règles ci-dessus aura pour conséquence que l'action du sous-traitant sera annulée ».

b. Les substituts à l'action directe dans les pays de common law

277. En Afrique du Sud tout comme en Australie ou en Angleterre, le paiement direct est considéré comme contraire à la clause *pari passu*. Ce paiement direct du maître de l'ouvrage au profit du sous-traitant favoriserait un des créanciers de l'entrepreneur principal et dérangerait la distribution des biens en application du droit des liquidations. Ainsi, les le paiement direct du maître de l'ouvrage irait en contradiction avec la clause *pari passu*⁵⁸⁵.

278. En droit anglais, l'effet relatif des contrats est un « principe fondamental » visant à dénier à un tiers de faire exécuter un contrat ou de bénéficier d'une action en responsabilité contractuelle contre l'une des parties du contrat pour lequel il n'est pas contractant. Le Housing Grants Construction and Regeneration Act anglais de 1996 ne contient aucune disposition visant à permettre à un sous-traitant d'agir en paiement contre le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Si dès une édition de 1963, les JCT anglais autorisaient le maître de l'ouvrage, à sa discrétion, à payer directement le sous-traitant en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal, les juges anglais n'ont eu de cesse de s'éloigner de cette disposition en considérant qu'en dépit d'un paiement volontaire, celui-ci demeurerait nul en l'absence de contrat entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Les critiques à l'encontre de ce paiement direct furent telles que l'édition de 1980 a expressément exclu le paiement direct du maître de l'ouvrage à l'égard du sous-traitant en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal. Plus aucun paiement direct volontaire du maître de l'ouvrage ne sera autorisé à sa seule discrétion⁵⁸⁶.

279. En droit américain, un sous-traitant n'ayant aucun lien contractuel avec le maître de l'ouvrage ne peut lui opposer aucune action. D'ailleurs, lorsque le maître de l'ouvrage est une personne publique, le Tucker Act énonce que les sous-traitants n'ont aucun droit d'élever une action directe contre l'Etat américain ou l'une de ses émanations, car ils n'ont conclu aucun contrat avec lui. Pour pallier l'action directe en paiement, le sous-traitant pourrait demander à l'entrepreneur principal

⁵⁸⁵ C'est également ce qui ressort de la section 107 de l'*Insolvency Act* de 1986 : « Sous réserve des dispositions de la présente loi relative aux paiements préférentiels, les biens de la société dans le cadre d'une liquidation volontaire doivent, lors de la liquidation, être affectés au règlement des obligations de la société *pari passu* et, sous réserve de cette application, doivent (à moins que les statuts n'en disposent autrement) être répartis entre les membres selon leurs droits et intérêts dans la société ».

⁵⁸⁶ Des réformes ont été proposées en Angleterre, mais aussi en Irlande, visant à atténuer ce principe en consacrant la théorie du « *benefit* », de « l'avantage ». Par cette théorie, si un contrat contient une clause conférant un bénéfice à un tiers, ce tiers peut demander l'exécution de celle-ci. Et le maître de l'ouvrage peut tenter de démontrer que les parties au contrat principal n'avaient pas l'intention d'accorder un paiement direct au profit du sous-traitant.

d'agir en son nom à l'encontre du maître de l'ouvrage. Cette approche du « bon samaritain » est bien connue du droit américain. En pratique, l'intérêt d'une telle action aux yeux du constructeur principal demeure minime. Pour ne pas dégrader ses relations avec le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal sera tenté de ne pas actionner cette action, de s'en défaire après avoir commencé l'action ou encore de ne pas être rigoureux dans la défense de celle-ci.

280. Si ni le droit anglais ni le droit américain ne consacrent l'action directe en paiement, d'autres mécanismes sont prévus par la common law pour réduire l'effet relatif des contrats. L'action directe en paiement est une action qui paraît légitime. Il est inconcevable de faire courir à un sous-traitant les aléas financiers d'une opération de construction planifiée à l'origine par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Si cette action n'est pas consacrée dans plusieurs législations nationales, il n'en demeure pas moins que d'autres mécanismes sont prévus afin de garantir le paiement du sous-traitant en tentant de modérer l'effet relatif des contrats. Il s'agit du trust, de l'estoppel, de l'assignment et de l'agency, mais ces mécanismes ne sont pas limitatifs.

Le trust. En common law et particulièrement en droit malaysien, même s'il n'existe pas d'action directe au profit des tiers au contrat, des mécanismes permettent d'assurer au sous-traitant un paiement direct venant du maître de l'ouvrage. Ainsi, à propos des contrats de construction, les juridictions malaysiennes considèrent qu'en présence d'un trust, le maître de l'ouvrage est réputé retenir l'argent d'un trust au profit du sous-traitant, le sous-traitant étant alors perçu comme le bénéficiaire du trust. Par conséquent, en cas de défaut de paiement par l'entrepreneur principal, le maître de l'ouvrage, en tant que trustee, devra payer le sous-traitant pour les travaux déjà effectués mais toujours pas rémunérés. En pratique, de nombreux contrats de sous-traitance en Malaisie contiennent une clause Trust. Dans une affaire ESPL, la Cour d'appel avait constaté que le contrat contenait une clause 27.1 stipulant que « (l)e sous-traitant (...) se réserve le droit de recevoir ces paiements sous la forme d'un fonds fiduciaire (trust) à appliquer en premier lieu au paiement des ouvriers, fournisseurs, sous-sous-traitants et autres responsables des travaux justifiant ces paiements, ainsi que toutes les taxes et assurances applicables (...) »⁵⁸⁷.

Egalement, le Subcontractor Charges Act australien de 1974 imposait au maître de l'ouvrage de retenir des fonds pour payer directement le sous-traitant, en cas de défaillance de l'entrepreneur

⁵⁸⁷ ESPL (M) Sdn Bhd v Radio & General Engineering Sdn Bhd, *CLJ*, vol. 674, p. 688-697

principal. Ce mécanisme du trust existe également à Hong-Kong où le maître de l'ouvrage peut réserver une partie de la somme due à l'entrepreneur principal au sein d'un trust, afin de s'assurer du paiement du sous-traitant. En Nouvelle-Zélande, le Construction Contracts Amendment Act de 2015 a pris note de l'injustice selon laquelle, en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal, le sous-traitant se retrouvait dénué de tout paiement. Dès lors, cet Acte a introduit un nouveau régime visant à la création d'un trust au profit du sous-traitant.

L'estoppel. La théorie de l'estoppel peut également permettre à un sous-traitant d'obtenir directement le paiement de ses travaux par le maître de l'ouvrage, lorsque le maître de l'ouvrage fait, expressément ou implicitement, la promesse à un sous-traitant de le payer en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Certaines législations d'Etats australiens reconnaissent encore force obligatoire à de telles promesses. Dès 1937, une proposition australienne énonçait que « lorsqu'un contrat, de par ses conditions expresses, prétend directement conférer un avantage à une tierce partie, il doit pouvoir être exécuté par le tiers en son nom propre, sous réserve de tous moyens de défense qui auraient été valables entre les parties contractantes (...) ». En pratique, les jurisprudences de la common law n'admettent toutefois que strictement cette exception à l'effet relatif des contrats, ce qui est d'autant plus injuste pour les sous-traitants ayant commencé les travaux en pensant avoir l'assurance d'être payés grâce à cette promesse. Des juridictions anglaises continuent d'estimer que, même si le maître de l'ouvrage s'est engagé dans le contrat principal à payer le sous-traitant en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal, un sous-traitant ne peut pas demander l'exécution de cette clause, car il n'est pas partie au contrat.

L'assignement. Les Cours de common law entendent la possibilité, pour un sous-traitant, de prétendre au bénéfice de l'assignement, qui lui permettrait d'assigner au nom de l'entrepreneur principal (the assignor), le maître de l'ouvrage. Pour ce faire, le sous-traitant doit se prévaloir d'une « affectation équitable », pouvant être, par exemple, une lettre de l'entrepreneur principal au maître de l'ouvrage par laquelle ce dernier est désigné comme devant assurer le paiement direct des sommes au sous-traitant, en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

L'agency. Les jurisprudences de common law reconnaissent la théorie de l'agency. Lorsqu'un entrepreneur principal promet, au titre d'une « agence », au maître de l'ouvrage de payer le sous-traitant, le sous-traitant peut faire exécuter cette promesse par le maître de l'ouvrage sur le fondement de l'agence. En pratique, les hypothèses de l'agence sont rares dans les contrats de construction. Ce

n'est pas chose fréquente qu'un entrepreneur principal agisse en tant qu'agent au profit du maître de l'ouvrage. Comme le souligne le principe, pour que le constructeur soit l'agent du maître de l'ouvrage dans la conclusion d'un contrat avec le sous-traitant, un accord préalable entre le constructeur et le maître de l'ouvrage est nécessaire. De plus, le constructeur doit conclure un accord avec le sous-traitant au nom du maître de l'ouvrage afin de créer un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Or, il est inusuel qu'un tel contrat existe entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage selon lequel l'entrepreneur principal entre en relation avec un sous-traitant au nom du maître de l'ouvrage.

La stipulation pour autrui. Pour permettre au maître de l'ouvrage d'engager la responsabilité contractuelle du sous-traitant, des propositions peuvent être énoncées. L'une des solutions pourrait être pour le maître de l'ouvrage de conclure un avenant au contrat principal avec le sous-traitant. Dans cette hypothèse, il pourrait être considéré que le sous-traitant devient, pour un point déterminé, partie au marché principal. Cela rendrait opposables au sous-traitant les clauses du contrat principal relatives aux délais d'exécution et aux pénalités de retard. Il pourrait aussi être envisagé de fonder une telle action en responsabilité sur le concept de la stipulation pour autrui⁵⁸⁸. La jurisprudence allemande, à partir de ce mécanisme, a créé « le contrat avec effet protecteur pour les tiers » pour reconnaître à certains tiers un droit à réparation en cas d'exécution défectueuse du contrat, notamment en cas de violation du devoir d'information ou d'un manquement à une obligation de sécurité. De plus, la jurisprudence allemande a également forgé le concept de « la liquidation de l'indemnité pour le compte d'autrui » dans l'optique de corriger les effets d'un déplacement fortuit de la charge du dommage. Ce concept a été utilisé lorsque le dommage n'avait pas atteint de façon directe le propriétaire d'un bien, mais avait affecté les intérêts d'un tiers.

Le maître de l'ouvrage doit pouvoir actionner une action directe contre le sous-traitant en cas de faute dans l'exécution du contrat de sous-traitance. Après tout, le contrat de sous-traitance est conclu uniquement dans l'intérêt de servir le contrat principal et donc, le maître de l'ouvrage et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une sous-traitance transparente. En application de la théorie de l'« Intent to benefit », une tierce partie pouvait bénéficier d'une action contre les parties en tant que bénéficiaire du contrat passé pour son propre bénéfice. Cela ressortait d'ailleurs du paragraphe 519(3) du C.J.S

⁵⁸⁸ A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse, Paris, Dalloz, 1938, n° 444 et s.

Contracts⁵⁸⁹. La juridiction du Massachusetts était la seule à ne pas autoriser une tierce partie à bénéficier d'une action en exécution d'un contrat passé pour son bénéfice⁵⁹⁰. L'« Intent To Benefit », pour s'appliquer, suppose que les parties au contrat aient manifesté leur intention de conclure un contrat pour répondre aux besoins d'une partie tierce⁵⁹¹. Si cette intention est manquante, alors le maître de l'ouvrage devient le « bénéficiaire accidentel »⁵⁹² et ne peut prétendre à bénéficier d'une action directe. De plus, si communément « l'intention de bénéficiaire » nécessite de ressortir du contrat, elle peut également ressortir des circonstances comme l'ont affirmé plusieurs juridictions américaines. Pour autant, la jurisprudence majoritaire tend aujourd'hui à considérer que le réel bénéficiaire du sous-traité soit l'entrepreneur principal. Le Professeur Corbin a expliqué qu'aucune action contractuelle n'est ouverte au maître de l'ouvrage contre le sous-traitant puisque « ces contrats de sous-traitance sont conclus pour permettre au contractant principal de s'exécuter ; et leur exécution par le sous-traitant ne constitue pas en elle-même une obligation de l'entrepreneur principal envers le maître de l'ouvrage avec lequel il a contracté »⁵⁹³. Ainsi, l'exécution du contrat principal ne bénéficie qu'à l'entrepreneur principal et n'a pour optique que de répondre à ses intérêts. Une fois exécuté, l'entrepreneur principal demeure toujours lié au maître de l'ouvrage et contraint aux obligations du contrat principal. La jurisprudence américaine résiste donc au phénomène de « contractualisation » de la responsabilité encourue au sein des groupes de contrats. Si l'adage commun en temps de guerre énonce que « les amis de mes amis sont mes amis », la formule selon laquelle « les contractants de mes contractants sont mes contractants » ne s'applique pas.

Une autre possibilité pourrait être de considérer que le constructeur stipule tant pour ses ayants-cause universels que ses ayants-cause à titre particulier, de sorte que tout ayant-cause à titre particulier tel que le maître de l'ouvrage, pourrait demander le respect des engagements promis et consentis envers le cocontractant initial, à savoir l'entrepreneur principal. Le droit italien prévoit que le contrat puisse

⁵⁸⁹ 17A C.J.S. Contracts § 519(3) (1963).

⁵⁹⁰ Gustafson c. Doyle, 329 Mass. 473, 109 N.E.2d 465 (1952) ; Cain's Lobster House, Inc c. Cain, 312 Mass. 512, 45 N.E.2d 397 (1942). Des exceptions ont cependant été posées, cf Green c. Green, 298 Mass. 19, 9 N.E.2d 413 (1937). Cf également Note, « The Third-Party Beneficiary Concept : A Proposal », *Colum. L. Rev.* 1957, vol. 57, p. 406 et s.

⁵⁹¹ Jett c. Phillips & Assocs, 439 F.2d 987, 999 (10th Cir. 1971) ; Compagnie Nationale Air France c. Port of N.Y.Auth, 427 F.2d 951, 954 (2d Cir. 1970) ; State c. Wesley Constr. Co. 316 F.Supp. 490, 495 (S.D. Fla. 1970) ; Simson c. Brown, 68 N.Y. 355, 362 (1877) ; Snyder Plumbing & Heating Corp c. Purcell, 9 App. Div.2d 505, 508, 195 N.Y.S.2d, 780, 783 (1st Dep't 1960) ; 17A C.J.S. Contracts § 519(4)(c) (1963).

⁵⁹² American Law Institute, Restatement (Second) of Contracts (Tent. Draft N° . 4, 1968 (« Un bénéficiaire accessoire est un bénéficiaire qui n'est pas un bénéficiaire visé ») & Tent. Draft n° 3, 1967). Le Professeur Arthur Corbin définissant le « bénéficiaire accidentel » comme « une personne qui bénéficiera de l'exécution d'un contrat dans lequel elle n'est pas une promesse, mais dont la relation avec les parties contractantes est telle que les tribunaux ne lui reconnaîtront aucun droit légal » (A. CORBIN, « Third Parties as Beneficiaries of Contractors' Surety Bonds », *Yale L.J.* 1928, vol. 38, § 779c, n° 40).

⁵⁹³ A. CORBIN, *préc.*, § 779D, n° 46 et cf, « Contracts for the Benefit of Third Parties in the Construction Industry », *Fordham L. Rev.* 1971, vol. 40, p. 315.

produire des effets à l'égard des tiers dans les cas prévus par la loi. La notion néerlandaise de « kwalitatief recht » peut également être définie comme « un droit issu d'un contrat qui se caractérise par un tel lien de connexité avec un bien déterminé qu'il ne présente d'intérêt que dans le chef de l'ayant cause, de sorte que ce droit est automatiquement transmis à celui qui obtient le bien à titre particulier »⁵⁹⁴.

281. Les autres substituts nationaux. Le système des garanties bancaires, des cautions est connu de la quasi-totalité des droits étatiques, si bien qu'il conviendrait d'uniformiser le système des cautions pour rendre désuet le jeu de l'action directe. La caution donnée aux sous-traitants est invitée à pouvoir prendre la forme d'un simple accord-cadre conclu entre un établissement de crédit et un entrepreneur principal. La caution flotte est un système qui consiste, pour un entrepreneur principal, à souscrire, dans le cadre d'un contrat général de cautionnement auprès d'une banque, une sorte d'abonnement par lequel l'établissement de crédit se porte caution, par avance, pour l'ensemble des sous-traitants déjà choisis ou susceptibles d'être choisis par l'entrepreneur principal⁵⁹⁵. Or, la Cour de cassation a sanctionné ces cautions flotte au motif qu'elles ne répondaient pas aux exigences de la loi, à savoir « caution personnelle et solidaire ». A peine de nullité, la Cour de cassation a ordonné une caution signée par un établissement bancaire, libellée au nom du sous-traitant et mentionnant le montant garanti, ce qui posait des difficultés lorsque l'entreprise principale concluait des centaines de contrats de sous-traitance. La caution devait ainsi désigner, en droit français, nominativement et individuellement chacun des sous-traitants et le montant du marché garanti⁵⁹⁶.

Reconnaître en droit français le système des cautions permettrait de mettre le maître de l'ouvrage à l'abri de toutes contestations⁵⁹⁷. Au lieu de pouvoir se retourner contre le maître de l'ouvrage, le sous-

⁵⁹⁴ J. CABAY, « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.* 2009, n° 16, p. 770.

⁵⁹⁵ D'ailleurs, la Cour de cassation a opéré un revirement de sa jurisprudence dans un arrêt de sa Troisième Chambre civile du 20 juin 2012, n° 11-18463, en validant un cautionnement résultant d'un accord-cadre.

⁵⁹⁶ C'est d'ailleurs ce qui ressortait de deux arrêts rendus par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation les 18 décembre 2002 (*RDI* 2003, n° 3, p. 264, note H. PERINET-MARQUET) et 15 décembre 2004 (n° 03-13.588, *Bull. civ.* IV, n° 242).

⁵⁹⁷ De plus, l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 impose à l'entrepreneur principal de fournir une caution bancaire à ses sous-traitants (« A peine de nullité du sous-traité les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié, agréé dans des conditions fixées par décret. Cependant, la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1338 du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant. A titre transitoire, la caution pourra être obtenue d'un établissement figurant sur la liste fixée par le décret pris en application de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 concernant les retenues de garantie »). Le législateur français a prévu l'action directe en paiement pour pallier les hypothèses dans lesquelles les garanties de cautionnement ne seraient pas fournies. Il est vrai que, si la caution constitue un mode de garantie efficace et sûre, elle demeure chère et les organismes sont parfois réticents à accepter de cautionner

traitant aurait un autre interlocuteur, qui serait un établissement de crédit jouant le rôle de caution de l'entrepreneur principal en cas de défaillances financières. Cela permettrait de redonner confiance aux maîtres de l'ouvrage étrangers qui seront plus enclins à traiter avec des sous-traitants français ou à effectuer leurs projets de construction sur le territoire français, en se préservant de toute action directe potentielle à leur encontre.

2) Des droits applicables concurrents

La *lex contractus* a vocation à gouverner la quasi-totalité des aspects du contrat de sous-traitance. Peut-elle aussi régir les questions relatives à l'action directe en paiement qu'exercerait un sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage ? Le sous-traitant étant celui qui exercerait l'action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage, il conviendrait, à première vue, de soumettre cette action à la loi du contrat principal. Cette solution permettrait d'accorder davantage de sérénité et de prévisibilité au profit du maître de l'ouvrage. De plus, dans l'hypothèse où la loi applicable au contrat de sous-traitance ne reconnaît pas l'action directe, mais que celle-ci serait reconnue par la loi du contrat principal, le sous-traitant se verrait reconnaître une possibilité d'action supplémentaire. Mais tel est-il le rôle de la *lex contractus* de la relation principale de conférer pareille action supplémentaire ? Une scission de l'action directe en paiement pourrait être opérée entre deux lois, à la fois celle du contrat principal et celle du contrat de sous-traitance, selon qu'il s'agisse d'aborder la recevabilité de cette action, c'est-à-dire son existence, ou son régime, autrement dit son assiette. L'hypothèse de l'application du droit du contrat principal, qui doit être défendue, (a) précédera celle contestable de l'application cumulative de deux lois, celle du contrat principal et celle du sous-traité (b).

les engagements des entrepreneurs principaux. L'inconvénient du cautionnement réside également dans l'inégalité de fait entre les entreprises. Alors que les multinationales ne rencontreront aucune difficulté à trouver un établissement de crédit leur accordant une caution pour un coût raisonnable, les entrepreneurs principaux de petites et moyennes tailles connaîtront bien plus de difficultés. De plus, un pouvoir exorbitant serait aux mains des établissements de crédits, puisqu'à défaut de caution, le sous-traité serait nul. Dès lors, ces établissements de crédit détiendraient un pouvoir exorbitant sur le devenir du contrat international de sous-traitance, mais aussi du contrat principal lorsque la sous-traitance est indispensable à l'entrepreneur principal. Ainsi, c'est face aux difficultés pratiques relatives au cautionnement que le législateur français est venu consacrer, en parallèle et au profit du sous-traitant, une action directe en paiement, jouant le rôle de garantie subsidiaire. Le mécanisme de la caution intervient à titre principal, mais préventif, tandis que le jeu de l'action directe ne joue qu'à titre palliatif lorsque l'entrepreneur ne serait pas parvenu à souscrire à une caution effective et efficace.

a. Le droit du contrat principal

a.1. Une application autonome du fondement de l'action directe

282. La matière délictuelle est une « catégorie résiduelle comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la notion de matière contractuelle (...) »⁵⁹⁸. L'action directe en paiement n'est pas une action délictuelle, car le sous-traitant ne veut pas mettre en jeu la responsabilité du maître de l'ouvrage, mais simplement à obtenir le paiement. S'il pourrait être considéré que le maître de l'ouvrage se rend responsable d'une faute en ne payant pas l'entrepreneur principal et que ce non-paiement causerait un dommage pour le sous-traitant, il n'existe pas de lien de causalité, la faute du maître de l'ouvrage n'étant pas en lien avec le défaut de paiement du sous-traitant. En réalité, c'est le défaut de paiement de l'entrepreneur principal qui est la première cause du dommage du sous-traitant. Et même à considérer, à tort, que l'action directe en paiement du sous-traitant aurait un fondement extracontractuel, l'article 4 § 1 du Règlement Rome II dispose que la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays dans lequel le dommage est intervenu. Le fait dommageable trouverait sa source dans le refus définitif du maître de l'ouvrage à se soumettre à une demande d'action directe en paiement émise par le sous-traitant⁵⁹⁹, rendant compétente la loi du pays du maître de l'ouvrage, qui est généralement la loi applicable au contrat principal.

283. L'action directe pourrait s'assimiler à un quasi-contrat. L'action *in rem verso* constitue l'indemnisation de la personne qui, par son action, a contribué à l'enrichissement d'une autre personne. L'action directe du sous-traitant aurait pour objet de garantir son paiement, lui qui a participé à la création d'un ouvrage nouveau allant enrichir le patrimoine du maître de l'ouvrage⁶⁰⁰. En réalité, l'action directe n'est pas un quasi-contrat ; car dans l'action *in rem verso*, le demandeur exige le remboursement de ce qu'il a dépensé, dans la limite de l'enrichissement causé. Dans le cadre

⁵⁹⁸ CJCE, 27 septembre 1988, *Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co. and others*, aff. C-189/97.

⁵⁹⁹ Cependant, l'alinéa 2 prévoit une exception lorsque les deux personnes ont leur résidence habituelle située dans un même Etat au moment de la survenance du dommage : « toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique ».

⁶⁰⁰ V. HEUZE, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *Rev. crit. DIP* 1996.16 et s.

de l'action directe, le sous-traitant demande le paiement intégral avec bénéfices des travaux accomplis. En tout état de cause, même rattachée à la catégorie des quasi-contrats, lorsque l'enrichissement sans cause allégué est survenu à l'occasion de l'exécution d'une relation sous-jacente, et notamment d'un contrat, il convient de lui appliquer la loi de cette relation⁶⁰¹, ce qui conduirait à l'application de la loi du contrat principal. Si l'action directe a un fondement quasi-contractuel et s'assimile à l'invocation d'un enrichissement sans cause, la loi applicable sera alors la loi de « la résidence habituelle » de l'une et l'autre des parties ou, à défaut d'une telle résidence commune des parties, la loi « du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit »⁶⁰².

284. Et, si l'action directe en paiement du sous-traitant était assimilée en une sorte de cession de créance consentie par l'entrepreneur principal à son sous-traitant impayé⁶⁰³, alors la loi du contrat principal s'exercerait en tant que loi de la créance cédée. C'est ce que dispose l'article 14 § 2 du Règlement Rome I. Si l'action directe du sous-traitant était confondue avec la saisie-attribution, la loi du contrat principal jouerait également. Selon l'article 43 alinéa 1 de la loi du 9 juillet 1991, « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers saisi ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ». Or, la loi du 31 décembre 1975 a prévu que l'envoi par le sous-traitant de la copie de la mise en demeure qu'il a adressée à l'entrepreneur principal avait pour effet de bloquer entre les mains du sous-traitant les sommes qui lui étaient dues. Le sous-traitant serait, dès ce moment, titulaire d'un droit exclusif sur ces sommes et le maître de l'ouvrage ne pourrait se libérer qu'entre ses mains. En matière de saisie-attribution d'une créance, il est considéré que le bien à saisir est localisé au domicile du tiers saisi. La loi du domicile du tiers saisi s'appliquerait, soit la loi du domicile du maître de l'ouvrage, qui sera souvent la loi applicable au contrat principal. De même, la loi du contrat principal régira le paiement direct dès lors que le sous-traitant se prévaudrait d'une novation par changement de débiteur ou d'une délégation. Dans ces deux hypothèses, la loi applicable à ces conventions sera la loi qui régira l'obligation à laquelle elles se rapportent⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ H. CHANTELOUP-GUERIN, *La loi applicable aux quasi-contrats*, thèse dactyl., Université Paris X, 1994, p. 194.

⁶⁰² C'est d'ailleurs ce que disposent les articles 10 § 2 et 10 § 3 du Règlement Rome II : « Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 et que les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait donnant lieu à l'enrichissement sans cause survient, la loi applicable est celle de ce pays » ; « Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base des paragraphes 1 ou 2, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'enrichissement sans cause s'est produit ».

⁶⁰³ R. RODIERE, note sous CA, Aix-en-Provence, 5 octobre 1954, *Petites affiches* 1955. II. 8548.

⁶⁰⁴ V. HEUZE, « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. comité fr. DIP* 1998, p. 319.

285. L'action directe en paiement doit être perçue comme une action contractuelle. La matière contractuelle a été définie par la CJCE dans l'arrêt Jakob Handte, à propos de l'action directe d'un sous-acquéreur contre le fabricant d'une chose viciée, comme « un engagement librement assumé d'une partie envers une autre »⁶⁰⁵. En l'occurrence, cet engagement n'existerait pas puisqu'aucun lien contractuel n'unit le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Pour autant, sans le contrat principal, l'action directe serait impossible. L'action directe en paiement est étroitement liée au contrat principal, elle vise à chercher dans le contrat principal une créance qui appartient à l'entrepreneur principal. Il existe entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant des liens qui s'apparentent à des liens contractuels, le sous-traitant et le maître de l'ouvrage ne sont pas des tiers véritables, ils sont des parties éloignées, des parties qui appartiennent à un même groupe de contrat⁶⁰⁶. Comme l'a souligné le Professeure Mireille Bacache, l'action directe nécessairement contractuelle n'emporte pas un effet translatif mais attributif. Le sous-traitant ne se substitue pas à l'entrepreneur principal mais s'y ajoute par un nouveau lien d'obligation. Le sous-traitant s'introduit dans le contrat principal. Or, ce contrat principal demeure la source de l'action directe que peut exercer contre le maître de l'ouvrage, les tiers. Il serait donc bienveillant de faire gouverner l'action directe par la loi du contrat principal.

a.2. L'application justifiée du droit du contrat principal

286. Sous l'influence du Doyen Batiffol et du Professeur Jacques Flour, la doctrine a d'abord pris part à la thèse dite légaliste de l'action directe. « Rechercher si le créancier bénéficie d'une action directe, seule la loi du titre, c'est-à-dire de la créance protégée, a qualité pour en décider : l'action directe est en effet une garantie de paiement, une sûreté que la loi accorde à un créancier qu'elle juge digne d'intérêt ; c'est à la loi qui gouverne la créance d'aménager les accessoires qu'elle entend y attacher »⁶⁰⁷. En d'autres termes, l'action directe est un mécanisme spécialement destiné à la protection du sous-traitant ; elle est un attribut de sa créance et doit alors être soumise à la loi du

⁶⁰⁵ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *Rec. CJCE*. I. 3697, concl. F.G. JACOBS : *JDI* 1993.469 et s., note J-M. BISCHOFF ; *JCP G* 1993. I. 3666, n° 3, obs. M-Ch. BOUTARD-LABARDE ; *Rev. crit. DIP* 1992.730 et s., note H. GAUDEMET-TALLON ; *JCP E* 1992.363, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1993.131, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 1992. II. 21927, note Ch. LARROUMET ; *RTD eur.* 1992.712 et s., note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.

⁶⁰⁶ Cf Cass, 5 décembre 1980, arr. cass. 1980-1981, p. 382, n° 212, action directe contractuelle directe du sous-acquéreur contre le vendeur initial.

⁶⁰⁷ M. COZIAN, *L'action directe*, LGDJ, 1998, n° 546.

contrat de sous-traitance, c'est-à-dire à la loi régissant la créance. Néanmoins, si le curseur se place du côté des intérêts que la règle de droit international privé aurait charge à protéger, la loi du contrat principal doit être privilégiée, puisque les attentes légitimes du maître de l'ouvrage conviennent d'être préservées.

287. Les contrats relatifs à une construction internationale sont liés mais autonomes. S'il est considéré que l'action directe est un des effets possibles du contrat principal, le maître de l'ouvrage se serait librement engagé envers un entrepreneur principal et, en acceptant le recours à la sous-traitance, il en accepterait toutes les conséquences potentielles. La loi du contrat principal a ses justifications pour régir l'action directe, car lorsque le sous-traitant demande paiement auprès du maître de l'ouvrage, il demande finalement l'exécution du contrat principal à son profit. L'action directe en paiement est appelée à être régie par la loi du contrat principal en ce que le sous-traitant n'en bénéficie non pas par effet du contrat de sous-traitance, mais par sa simple qualité de sous-traitant. La loi du contrat principal devrait s'appliquer « dans la mesure où ses actions ont pour objet d'étendre au demandeur (le sous-traitant) le bénéfice d'une obligation contractée envers un tiers (l'entrepreneur principal) pour le défendeur (le maître de l'ouvrage) »⁶⁰⁸.

288. Puisque que l'action directe remet nécessairement en cause le principe de l'effet relatif des contrats, la loi du contrat principal doit jouer pour préserver les attentes du maître de l'ouvrage. Lorsque la loi du contrat principal auquel le maître de l'ouvrage s'est soumis et pour laquelle il a exécuté toutes les attentes, ne prévoit pas d'action directe, il serait particulièrement injuste et néfaste de lui opposer la loi du sous-traité pour faire jouer à son encontre l'action directe en paiement. La prévisibilité du sous-traitant ne serait pas mise à mal en cas d'application de la loi du contrat principal, puisque les sous-traités ne précèdent pas les contrats principaux. En conséquence de quoi, lorsqu'un maître de l'ouvrage désire éluder l'action directe, il cherchera la loi contraire à celle-ci et le sous-traitant pourra toujours vérifier, avant de conclure le sous-traité, la loi applicable au contrat principal. C'est au sous-traitant d'anticiper le droit applicable au contrat principal. D'ailleurs, l'article 12 § 1 b) du Règlement Rome I précise que les contestations découlant d'un contrat sont soumises à la loi de ce contrat. Concernant l'action directe, le sous-traitant cherche bien à se voir appliquer des droits conférés par un contrat principal pour lequel il n'est pas partie. Accessoire de la créance que le sous-

⁶⁰⁸ Cf V. HEUZE, « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *Rev. crit. DIP* 1996.243-266.

traitant détient contre le constructeur principal, l'action directe n'est qu'une demande de paiement du sous-traitant auprès du maître de l'ouvrage, autrement dit une demande de l'exécution du contrat principal à son profit.

b. L'application cumulative de deux lois

289. Malgré les légitimités de la loi du contrat principal, des voix soulèvent que le sous-traitant mérite la prévisibilité des paiements⁶⁰⁹. D'ailleurs, le sous-traitant a pu afficher sa volonté de conclure le sous-traité en ayant pris connaissance que, même en cas de non-paiement par l'entrepreneur principal, la loi du sous-traité ouvrirait la voie à l'action directe en paiement. Toute est une question de balance des intérêts, entre les attentes du sous-traitant et celles du maître de l'ouvrage.

290. Selon une partie de la doctrine, la recevabilité de l'action directe, autrement dit son existence, devrait être gouvernée par la loi du contrat de sous-traitance et, son régime, son assiette, par la loi du contrat principal⁶¹⁰. C'est naturellement que l'existence de l'action directe au profit du sous-traitant serait appelée à être régie par la loi du sous-traité, car c'est le sous-traitant qui en demande le jeu et parce que c'est la loi qui régit la créance du sous-traitant. Et, l'exercice, le régime et l'assiette de l'action directe devraient être soumis à la loi du contrat principal, puisque dès lors qu'une action directe est actionnée, elle s'exerce sur une créance qui est née de la relation contractuelle principale. Le principe de l'action directe, la question de son existence, n'affecte finalement que la situation du demandeur, c'est sa loi qui doit être privilégiée. A contrario, le régime de l'action directe affecte le maître de l'ouvrage rendant alors légitime l'application de sa loi. Un temps, cette scission avait eu les honneurs de la jurisprudence en étant consacrée dans un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 15 janvier 1991. Cette scission pouvait se justifier, par la cession de contrat⁶¹¹ entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant et parce qu'une application cumulative des deux lois permettait au juge d'éviter d'avoir à choisir en faveur de l'une d'entre elles. L'avantage

⁶⁰⁹ Or, rendre dépendante de la loi du contrat principal l'action directe en paiement entraîne le risque de faire dépendre la possibilité même de l'action de la volonté de deux contractants qui n'en seront pas bénéficiaires.

⁶¹⁰ P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in C. GAVALDA, *La Sous-traitance de marché de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 ; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Etude dans le domaine du conflit de lois*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon Assas, 2008, n° 1262 et s et 1308 et s.

⁶¹¹ Cf J. DJOUDI, *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon Assas, 1993.

d'une application cumulative de la loi du contrat principal et de la loi du sous-traité serait d'éviter les difficultés de qualification relative à l'action directe et de conférer plus de simplicité dans l'étude de l'action directe du sous-traitant.

Conclusion §1 : La scission du droit applicable à l'action directe en paiement est prônée. Le principe de l'action devrait être régi par le droit du sous-traité et son régime par la loi du contrat principal. Cette scission ne convainc pas et se doit d'être contestée, car elle peut priver le sous-traitant du jeu de l'action directe alors même que l'une des deux lois l'aurait autorisée. Ce cumul de plusieurs lois pose de nombreuses difficultés, puisqu'il aboutit, en définitive, à l'application de la loi la plus stricte. Le sous-traitant risque de se voir priver de l'action directe que lui accorde pourtant potentiellement la loi du contrat principal, dès lors que le contrat de sous-traitance ne lui reconnaît pas une telle action. Même si la recevabilité de l'action directe est admise par la loi du sous-traité, son efficacité serait nulle dès lors que le contrat principal ne reconnaît pas l'action directe en paiement. Ainsi, l'action directe convient d'être entièrement, dans sa recevabilité et dans son régime, gouvernée par la loi du contrat principal⁶¹². Le sous-traitant, par le jeu de l'action directe en paiement, réclame des droits conférés par un contrat auquel il n'appartient pas. La loi du contrat principal est la seule légitime à décider et dans quelles conditions si un tiers peut se prévaloir des effets du contrat principal⁶¹³.

Toutes ces questions perdent aujourd'hui de leur éclat, puisque, dans une optique de protection des sous-traitants, l'action directe en paiement a valeur de loi de police et s'applique dès lors qu'un juge français est saisi de la question.

⁶¹² V. HEUZE, *préc.*, n° 24, 35 et 36.

⁶¹³ A noter que la solution n'a pas encore eu l'occasion d'être tranchée par la CJUE, rendant donc envisageables toutes les options énoncées.

§2 : Le cas particulier des lois de police

Les sous-traitants sont perçus comme étant des contractants placés dans une situation de faiblesse dans la chaîne de construction. Dès lors et dans une optique de protection des sous-traitants, l'action directe en paiement est une disposition française qui a été qualifiée de loi de police (1). Cette qualification fait l'objet de tant de controverses quant au but recherché et quant à ses critères d'application dans l'espace, que des moyens de contournement se sont édifiés (2).

1) Le temps de la consécration de lois de police française en matière de sous-traitance

a. La proclamation

291. L'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 pose le principe de l'action directe en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur principal. Une question s'est posée devant les juridictions françaises, celle de savoir si un sous-traitant pouvait se prévaloir de l'action directe prévue par cette loi, alors que le droit choisi par les parties ne prévoirait pas une telle possibilité ?

292. La Première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un célèbre arrêt *Campenon Bernard* du 23 janvier 2007, a répondu par la négative à cette question⁶¹⁴. Un contrat d'entreprise avait été signé entre un maître de l'ouvrage français et un entrepreneur principal allemand. La société allemande avait conclu un contrat de sous-traitance avec un sous-traitant français et le contrat de sous-traitance était soumis à la loi allemande. L'entrepreneur avait fait face à une procédure collective. Le sous-traitant avait exigé d'être payé et, pour ce faire, s'était appuyé sur des mécanismes français en demandant l'application du mécanisme de l'action directe en paiement contre le maître de l'ouvrage français, de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, estimant qu'il s'agissait d'une loi de police. La Cour de cassation s'était abstenue, dans cet arrêt, à déroger à la loi des parties et ce, même si ce choix de loi aboutissait pour le sous-traitant à une loi moins protectrice que la loi française. La Cour

⁶¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, *Société Campenon Bernard Méditerranée*, n° 04-10.897.

de cassation avait démontré son attachement à la prévisibilité contractuelle et aux arbitrages opérés par les parties au moment de la conclusion du contrat.

293. Cette solution n'était pas surprenante compte tenu de la conception française restrictive des lois de police. Les lois de police s'appliquent avant toute consultation de la règle de conflit de principe et, quelle que soit la loi désignée applicable par celle-ci. Dans l'arrêt *Campenon Bernard*, le pourvoi estimait que la loi de 1975 était d'ordre public interne et donc, qu'une disposition étrangère qui lui serait contraire aurait porté atteinte à l'ordre public international français. L'article 16 de la Convention de Rome en vigueur disposait que l'exception d'ordre public international ne jouait que lorsque l'application d'une loi étrangère était manifestement incompatible avec l'ordre public du for. L'adverbe « manifestement » témoignait qu'il ne suffisait pas de qualifier un droit étranger d'incompatible à l'ordre public international du for, mais qu'il fallait une atteinte manifeste, suffisamment grave à l'ordre public du for. Or, la Cour de cassation ne voyait pas dans l'absence d'action directe en paiement, au sein du droit allemand, une telle atteinte. Elle estimait que seuls étaient en cause des intérêts privés et non des intérêts vitaux, que ce n'est pas le caractère d'ordre public interne, mais plutôt la contrariété aux impératifs français qui justifiait d'accueillir l'exception d'ordre public international. Par conséquent, une loi qualifiée d'ordre public interne ne justifie pas sa qualification automatique d'ordre public international. Une loi d'ordre public interne ne prime pas sur une loi étrangère applicable au contrat de sous-traitance internationale⁶¹⁵. A moins qu'une règle de droit étrangère ne vienne porter atteinte à une disposition française essentielle ou à tout autre principe considéré comme fondamental, le juge français ne se permettrait pas d'écarter la loi étrangère normalement applicable, à savoir la loi choisie par les parties.

294. Enfin, « le pourvoi agitait implicitement le spectre de la fraude »⁶¹⁶. L'article 15 de la loi du 31 décembre 1975 énonce que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi ». Implicitement, si des parties optent pour une *lex contractus* ne reconnaissant pas l'action directe, n'ont-elles pas consenti d'un « arrangement » visant à faire échec aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur l'action directe ? La Cour de cassation a rejeté cet argument et dénié à l'article

⁶¹⁵ Le Tribunal de Grande Instance de Charleville Mézières, dans un jugement du 19 juin 2000, a estimé que « si cette loi de 1975 est considérée sur le plan interne comme une loi de police faisant l'objet d'une application directe par les tribunaux français, cette solution paraît difficilement transposable lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise liant des entreprises de nationalités différentes » (Ch. ROTH et A. BRÜNING, « La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975 », *Les Annonces de la Seine*, 23 juillet 2007, n° 51, p. 5).

⁶¹⁶ E. BORYSEWICZ, « Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat », *D.* 2007.2008.

toute valeur de loi de police. Ni la Convention de Rome ni le Règlement Rome I n'énoncent que le choix d'une loi étrangère puisse être constitutif d'une fraude à la loi. En ce sens, aucun de ces textes n'impose qu'il existe un lien quelconque entre la loi choisie par les parties et les différents éléments de rattachement géographique du contrat.

Ainsi, la Cour de cassation ne reconnaissait, implicitement, à la loi du 31 décembre 1975 et l'action directe en paiement, qu'une valeur d'ordre public interne. Pour autant, par la notion de lois de police, les Etats peuvent rétablir un certain équilibre entre les parties et protéger la partie la plus faible. En ce sens, la solution retenue par l'arrêt de 2007 était appelée à être discutée, puisque l'action directe en paiement a incontestablement pour optique de protéger le sous-traitant.

295. La Cour de cassation, dans un arrêt de sa Chambre mixte du 30 novembre 2007, avait à répondre à une problématique similaire⁶¹⁷, celle de savoir si un sous-traitant lié à un entrepreneur allemand par un sous-traité soumis à une loi allemande, pouvait effectuer une action directe contre le maître de l'ouvrage français ? En l'espèce, la société française Basse avait fait appel à un entrepreneur principal allemand, la société SAB, pour la construction d'un immeuble à usage industriel en France. Les travaux de « tuyauterie » avaient été sous-traités par la société SAB à une société sous-traitante française, la société Agentis. Le contrat principal et le contrat de sous-traitance étaient soumis au droit allemand. L'entrepreneur principal allemand SAB fut placé en procédure collective et le sous-traitant français n'avait pas été payé pour ses prestations. Le sous-traitant avait alors agi contre le maître de l'ouvrage qui lui refusa le paiement au motif que le contrat principal et le contrat de sous-traitance se trouvaient soumis au droit allemand, ne reconnaissant pas l'action directe en paiement et au motif qu'il n'avait pas accepté Agentis comme sous-traitant. Les juges du droit ont estimé que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi de 1975, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ». Des maîtres d'ouvrage pourront se voir opposer des dispositions de la loi française de 1975 et ce, alors même qu'ils ont eu recours à des entrepreneurs étrangers, dès lors que la construction s'opèrera sur le territoire français.

296. Ce revirement de jurisprudence était plus ou moins attendu. La loi française de 1975 étant

⁶¹⁷ Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, *préc.*

impérative en droit interne, la Cour de cassation avait constaté que de nombreux plaideurs tentaient d'en bénéficier dans les relations internationales en se fondant sur la notion de loi de police⁶¹⁸. La consécration des lois de police permettait d'appliquer à un sous-contrat de construction, la loi de situation de l'immeuble, ce qui constituait notamment un remède à la restriction des clauses d'exception en cas d'absence de choix de loi. Le choix de la loi applicable à l'action directe est déterminant dans le cas où le caractère de lois de police rattaché à cette dernière n'est pas appliqué, soit parce qu'un juge étranger est saisi soit, encore, parce que l'immeuble n'est pas construit en France. Cependant, cette question de la loi applicable à l'action directe ne se pose pas lorsque la construction se réalise en France, avec la jurisprudence *Agentis*, parce qu'alors l'action directe en paiement pour le sous-traitant sera automatiquement ouverte et ce, quelle que soit la loi applicable au contrat principal et au contrat de sous-traitance internationale. Les lois de police permettent ici d'éviter de se prononcer sur la loi applicable à la question litigieuse en application d'une règle de conflit de lois. Le recours à la qualification de loi de police permet d'éviter les difficultés inhérentes à la méthode conflictuelle⁶¹⁹.

297. La méthode demeure contestable. Si tous les Etats établissaient des lois de police pour préserver leurs sous-traitants nationaux, ce serait la fin de la loi d'autonomie à la sous-traitance internationale. Si les contractants du sous-traité ont choisi un autre droit que le droit français, c'est qu'ils ont sciemment écarté l'application de la loi française. Au lieu d'appliquer directement au sous-traitant les dispositions sur l'action directe en paiement issues de la loi du 31 décembre 1975 au titre de lois de police, la Cour de cassation aurait pu se montrer davantage respectueuse du respect de la loi des parties. La Cour de cassation aurait pu appliquer la règle de conflit de lois applicable au contrat de sous-traitance, qui aurait désigné un droit étranger pour ensuite l'écarter au nom de l'ordre public du for. Si le résultat aurait été le même et aurait conduit à l'application de la loi française de 1975, sur le principe, l'application de la règle de conflit de lois aurait été plus respectueuse du jeu du droit international privé. L'application directe et immédiate des lois de police néglige le principe même du droit international privé. Ainsi, la Cour de cassation aurait pu s'inspirer de l'un des plus célèbres arrêt de droit international privé, rendu par le Bundesverfassungsgericht allemand le 4 mai 1971. Dans cet arrêt, il était question du mode d'application des droits fondamentaux. Les juges allemands ont estimé que ces droits pouvaient s'appliquer soit de manière directe et immédiate, réduisant le rôle du droit

⁶¹⁸ G. DURAND-PASQUIER, « La loi applicable à la sous-traitance internationale : bilan et perspectives », *Construction – Urbanisme* janvier 2008, n° 1, note sous Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, n° 06-14.006 – Résolution Législative du Parlement Européen, 29 novembre 2007, <http://europarl.europa.eu>.

⁶¹⁹ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *op. cit.*

désigné par la règle de conflit de lois, soit de manière indirecte⁶²⁰. L'article 6 de l'EGBGB énonça sa faveur pour la deuxième méthode, plus respectueuse du principe du jeu de la règle de conflit de lois, en estimant qu'un droit étranger ne sera pas applicable notamment « lorsque son application est incompatible avec les droits fondamentaux ». Or, en promouvant la méthode de l'application directe et immédiate, le juge français ne se préoccupa même pas de savoir, au préalable, ce que poserait la règle étrangère désignée par la règle de conflit de lois. Cette règle étrangère aurait très bien pu porter les germes de la solution édictée par la loi de police française.

b. La portée

298. En consacrant la valeur de loi de police à l'une des dispositions de la loi du 31 décembre 1975, le risque était que cela conduise à un effet d'entraînement. Naturellement et à partir du moment où il est reconnu la présence de loi de police en matière de construction à propos de l'action directe, le champ pourrait être étendu. Chaque droit national pose des normes relatives aux permis de construire, à l'urbanisme, à la santé publique, à l'accès au logement et ces règles sont étroitement liées aux contrats de construction. Rien n'entrave un juge national de voir, parmi elles, des lois de police. Les lois de police en matière de construction serviraient alors à assurer une totale reterritorialisation du droit de la construction, alors qu'elles sont destinées à s'appliquer de manière exceptionnelle⁶²¹.

299. L'arrêt *Agentis* détient une formulation tellement large que toutes les dispositions protectrices de la loi de 1975 pourraient éventuellement être considérées comme des lois de police. Cependant, après une lecture attentive de cette solution, il peut en être déduit que la loi du 31 décembre 1975 n'est pas, dans son intégralité, une loi de police. Seules les dispositions protectrices du sous-traitant auront valeur de lois de police. La référence aux « dispositions protectrices du sous-traitant » est vague et conduira à une application distributive des dispositions de la loi de 1975, comme l'ont d'ailleurs fait les textes européens en faveur des consommateurs.

⁶²⁰ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, Martinus Nijhoff, 2011.

⁶²¹ Par l'adverbe « crucial », les institutions européennes ont traduit leur volonté de traiter les lois de police comme un mécanisme exceptionnel en leur attribuant un moins large domaine, comme l'anticipait d'ailleurs déjà le considérant 37 du Préambule du règlement Rome I: « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

300. Parmi ces dispositions protectrices du sous-traitant, se trouve bien entendu la disposition relative à l'action directe en paiement. L'article 3, posant l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire accepter ses sous-traitants par le maître de l'ouvrage et de lui faire agréer ses conditions de paiement, serait également une disposition protectrice du sous-traitant. Son optique est de lutter contre la sous-traitance occulte. La procédure de l'agrément et de l'acceptation est une disposition qui peut être reconnue comme valant loi de police et qui devra être respectée quelle que soit la loi applicable au contrat. Certes et comme l'a fait remarquer le Professeur Lagarde, cette double obligation (déclarative et d'agrément) « intervient directement dans les rapports entre maître de l'ouvrage et entrepreneur principal ; il est donc logique qu'une telle obligation relève de la loi du contrat qui les unit ». L'auteur insista « sur l'idée que l'article 3 tend non seulement à la protection du sous-traitant mais aussi à celle du maître d'ouvrage en permettant à ce dernier de vérifier qu'une rémunération décente est offerte au sous-traitant et que celui-ci aura en conséquence la possibilité de remplir ses obligations ». Ainsi, il « semble – sauf un démenti possible de la jurisprudence – que l'obligation d'obtenir du maître de l'ouvrage l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement n'est requise que si le contrat principal est soumis à la loi française »⁶²². Néanmoins, la loi du 31 décembre 1975 n'a pour objectif principal que de protéger le sous-traitant. En ce sens, seul le sous-traitant peut invoquer la sanction de l'article 3 § 2. Par conséquent, n'étant sanctionnée que dans la seule sphère du contrat de sous-traitance, l'obligation d'acceptation et d'agrément est une obligation légale rattachée au contrat de sous-traitance et non au contrat principal, si bien que cette obligation ne devrait pas être rattachée à loi du contrat principal. Et, le respect des dispositions de l'article 3 est la condition *sine qua non* au jeu de l'action directe, ce qui témoigne de sa valeur protectrice pour le sous-traitant.

301. L'article 14 de la loi de 1975 pourrait se voir reconnaître un caractère de loi de police, cet article posant l'obligation pour l'entrepreneur principal de faire garantir par une caution personnelle et solidaire, les sommes dues au sous-traitant ou de déléguer le maître de l'ouvrage. En ce sens, la Cour de cassation a estimé que la disposition prévoyant la fourniture d'une caution par l'entrepreneur principal « trouve sa justification dans l'intérêt général de protection du sous-traitant »⁶²³. La caution personnelle et solidaire de l'article 14 permet d'apporter au sous-traitant une indéniable sécurisation financière. Avec cette caution, le paiement du sous-traitant ne dépend plus de la solvabilité de

⁶²² P. LAGARDE, « La sous-traitance en droit international privé », in C. GAVALDA, *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, p. 186 s. et spéc. p. 193-194.

⁶²³ Cass. civ. 3^e, 10 juin 2014, n° 14-40.020, *Bull. civ.* III, n° 79.

l'entrepreneur principal ni de celle du maître de l'ouvrage, mais uniquement de l'intervention d'un tiers au contrat. L'inconvénient réside dans le fait que le cautionnement a un coût dont l'entrepreneur pourrait bien vouloir se passer, quitte à ne pas faire appel à un sous-traitant français ou à convaincre le maître de l'ouvrage de délocaliser la construction de l'immeuble, ce qui serait préjudiciable à l'économie française et à la création d'emplois sur le territoire national.

302. Enfin, les dispositions protectrices issues des articles 14-1 § 2 (posant obligation pour le maître de l'ouvrage qui a connaissance de la présence du sous-traitant de mettre en demeure l'entrepreneur principal de faire accepter ce sous-traitant et de faire agréer ses conditions de paiements) et 14-1 § 3 (posant obligation pour le maître de l'ouvrage d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni une caution si le sous-traitant agréé dont les conditions de paiement ont été acceptées ne bénéficie pas d'une délégation de paiement) pourraient être assimilées à des lois de police. Les dispositions relatives à l'article 13-1 (sur l'interdiction pour un entrepreneur principal d'opérer une cession ou un nantissement des créances issues du contrat principal dans la mesure où elles correspondent à des travaux sous-traités) seraient aussi des lois de police. A propos d'une sous-traitance mobilière, la Cour de cassation, avait rejeté la qualification de loi de police à propos de cet article, en l'absence de lien de rattachement avec la France⁶²⁴. A contrario, l'article 13-1 aurait été assimilé à une loi de police si l'élément de rattachement eut été caractérisé. En l'espèce, un entrepreneur principal s'était vu consentir une ouverture de crédit par un établissement bancaire, en garantie de laquelle il avait cédé à cet établissement, la créance qu'il détenait sur le maître de l'ouvrage, par une cession dailly. Or, l'article 13-1 interdit à l'entrepreneur principal de céder ou de nantir ses créances, sous réserve d'obtenir le cautionnement de sous-traitance visé à l'article 14. L'entrepreneur principal n'avait pas versé les paiements dus au sous-traitant, car il traversait une phase de redressement judiciaire. Le sous-traitant avait alors invoqué l'inopposabilité de la cession dailly à son encontre. Le contrat de sous-traitance était soumis au droit suisse, mais le sous-traitant demandait l'application de l'article 13-1 de la loi française du 31 décembre 1975. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel en estimant que, s'agissant d'une sous-traitance industrielle, l'exigence d'un lien de rattachement n'était pas réuni, ce qui excluait l'application de cet article à titre de loi de police.

⁶²⁴ Cass. com., 27 avril 2011, n° 09-13.524, *Bull. civ. IV*, n° 60.

2) Une consécration contestée

La consécration de lois de police en matière d'action directe en paiement dans les contrats de sous-traitance est contestée. Si l'application d'une loi de police s'impose, c'est avant tout du fait de son objet, de son but (a). Une politique législative peut faire l'objet de dispositions à valeur de lois de police, dès lors qu'il existe une corrélation entre l'efficacité de cette politique et le champ d'application dans l'espace. Il est question de « rattachement-objectif », impliquant un lien entre la délimitation du domaine d'application de la loi de 1975 et les objectifs poursuivis par le législateur (b)⁶²⁵. Devant les confusions relatives à la finalité discutée des lois de police sur la sous-traitance et à leur application contestée dans l'espace, des moyens de contournement de celles-ci conviennent d'être mis en exergue (c).

a. Les discussions quant au but recherché

303. Le mécanisme de l'action directe en paiement permettrait d'assainir le marché de la construction. Il apporterait davantage de recul et de réflexion dans le modèle tripartite, le maître de l'ouvrage cherchant à améliorer sa sélection des entrepreneurs principaux pour limiter tout risque de défaillance de ces derniers et éluder toute mise en jeu d'action directe en paiement du sous-traitant. Certes, le jeu de l'action directe pourrait faire de la sous-traitance un risque pour le maître de l'ouvrage qui pourra être tenté d'en exclure le recours dans le contrat principal. Un tel filtre basé sur la sélection d'entrepreneurs principaux consentant à l'exclusion de la sous-traitance reviendrait, en pratique, à restreindre drastiquement le nombre de candidats dans les appels d'offres. En réalité, le maître de l'ouvrage ne doit pas devenir, avec l'action directe, le super-responsable, celui sur qui pèse une présomption de meilleur indemnisateur naturel. L'économie française pourrait même pâtir de la consécration des lois de police dans les contrats internationaux de sous-traitance. Une véritable fuite des maîtres de l'ouvrage vers l'étranger, craignant de se voir imposer des dispositions protectrices des sous-traitants, risque de se manifester ces prochaines années, si l'impossibilité pour un sous-traitant de renoncer à l'application d'une loi de police en sa faveur perdure. Il convient avant tout de protéger les intérêts, la défense des maîtres d'ouvrage, car « le maître de l'ouvrage est à l'origine du projet global et a voulu mettre en œuvre un équilibre économique (...). Donc, si un autre droit que celui choisi par les parties venait à s'appliquer, cette application imprévisible risquerait de rompre

⁶²⁵ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note sous Cass.com. 27 avril 2011, n° 09-13.524, *JDI* janvier 2012, n° 23, p. 2.

l'équilibre économique voulu par les parties et ne manquerait pas de générer des incohérences préjudiciables à l'exécution sereine du contrat. La prévisibilité rime avec sérénité »⁶²⁶.

304. Pour qualifier une loi de police, la jurisprudence se fonde, outre que sur le motif d'intérêt général lié à la sécurité du territoire ou à l'organisation économique du pays, sur la protection d'une partie faible au contrat. Le Règlement Rome I est venu définir la notion de loi de police et modifier son régime, à son article 9 : « (u)ne loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». La définition est posée pour la première fois⁶²⁷ et reprend essentiellement les termes posés par la communautés européennes⁶²⁸. La Convention de Rome ne définissait pas les lois de police par référence à l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays⁶²⁹. Dès lors, il était plus facile pour une règle de droit privé d'obtenir qualificatif de loi de police sous l'auspice de la convention de Rome que sous celle du Règlement Rome I.

305. Antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement Rome I, la CJCE n'a pas hésité à affirmer que l'intérêt public pouvait être en cause devant des normes destinées à préserver et à protéger les parties faibles privées⁶³⁰. L'intérêt public de l'Etat serait remis en cause si le choix d'un droit étranger

⁶²⁶ Ch. ROTH et A. BRÜNING, *préc.*, p. 1.

⁶²⁷ A. BONOMI, « Le norme di applicazione necessaria nel regolamento 'Roma I' », in N. BOSCHIERO (eds), *La nuova disciplina comunitaria della lege applicabile al contratti*, Turin, Giappichelli éd. 2009, p. 173 s. spéc. p. 175.

⁶²⁸ CJCE, 23 novembre 1999, noc-369/96, *AJDA* 2000.307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES ; *Rev. sciences crim.* 2000. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000.727, chron. J-G. HUGLO : dans cet arrêt, la Cour a assimilé les lois de police comme « des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

⁶²⁹ Article 7 de la Convention de Rome, Lois de police : « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

⁶³⁰ CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (M^{me}) c/ Centro Movil Milenium SL*, noc-168/05, *D.* 2006.2910, obs. V. AVENA-ROBARDET, *préc.*, 3026, obs. Th. CLAY, *préc.*, 2562, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *RTD civ.* 2007.113, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Rev. arb.* 2007.199, note L. IDOT : la Cour a mentionné dans cet arrêt « (l) a nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs » (§ 38).

visée à exclure l'action directe et donc à affecter l'efficacité de la politique publique de l'Etat⁶³¹. La règle de droit privé doit être « matériellement impérative et conflictuellement dérogatoire », en faisant référence à l'« impérativité » de la disposition et à son application souhaitée « quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Comme l'a souligné le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, cette nouvelle définition accroît l'appréciation souveraine des juges par l'imprécision des termes employés et par la portée à octroyer aux « intérêts publics de l'Etat ». Les « intérêts publics de l'Etat » semblent être pris en considération en priorité, avant même le critère de la « sauvegarde » de « l'organisation politique, sociale ou économique du pays »⁶³². Or, des intérêts privés, en l'occurrence ceux des sous-traitants, peuvent-ils nuire aux intérêts publics d'un Etat ? A juste titre, une partie de la doctrine l'exclut⁶³³. Cette nouvelle définition de la loi de police empêcherait les lois de police de s'appliquer en droit immobilier, le débat se déplaçant sur la notion des « intérêts publics » de l'Etat. Cette formulation témoignerait d'une publicisation de la notion de loi de police qui serait « de nature à remettre en cause les pratiques nationales préexistantes, qui se servent de l'échappatoire des lois de police pour la protection catégorielle des intérêts privés particuliers d'une partie jugée faible »⁶³⁴. Il ne serait donc pas à exclure que la CJUE en vienne à contester la qualification française des lois de police en matière de sous-traitance internationale. Comme l'a noté le Professeur Deumier, « longtemps, l'ordre public de protection n'a pas été considéré comme pouvant bénéficier de la force des lois de police, s'adressant à l'intérêt général et non aux intérêts catégoriels »⁶³⁵. Les enjeux de protection d'intérêts privés ne méritent pas de déroger à la méthode conflictuelle. Comme l'a souligné le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, il existe désormais une exigence d'un lien de cause à effet entre le respect de l'intérêt public où il existe une loi considérée et la dérogation à la règle de conflit. « L'inadaptation du facteur de rattachement (doit) résulte(r) de ce qu'à s'en tenir à lui, l'intérêt public de l'Etat s'en trouverait altéré »⁶³⁶.

306. Il est délicat de considérer qu'un sous-traitant puisse être une partie faible au contrat, alors que l'un des aspects de la sous-traitance est justement l'indépendance entre les parties au contrat. Le

⁶³¹ A. BONOMI, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 s, spéc. p. 235-238 ; et « Le norme di applicazione necessaria nel regolamento 'Roma I' », *préc.*, p. 69.

⁶³² P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, n° 53, p. 207.

⁶³³ L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165 ; S. FRANCOQ et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357 s. spéc. p. 361-366. Ces auteurs ont cependant utilisé le conditionnel et se sont intéressés à la condition (note 122, p. 392), pour les lois de police étrangères, qu'elles « protègent des intérêts privés et non publics ».

⁶³⁴ L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *préc.*, p. 2166.

⁶³⁵ P. DEUMIER, « Action directe du sous-traitant : la loi française est finalement une loi de police », *RDC* 2008.508.

⁶³⁶ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *préc.*, n° 21.

sous-traitant est juridiquement indépendant. D'ailleurs, en ce sens, il peut être fait mention de l'article L-132-8 du Code de commerce, instaurant une action en paiement au profit du transporteur professionnel, qui n'a pas été considérée par la jurisprudence française comme étant une loi de police. Il conviendrait donc de ne pas étendre abusivement la qualification de « partie faible ». La finalité doit justifier l'impérativité internationale d'une loi nationale et, la finalité demeure la politique législative. Si cette finalité n'est pas démontrée, le doute l'emporte comme dans l'arrêt de 2010 sur l'action directe du transporteur routier où « l'ensemble (des) éléments, sans exclure que la garantie de paiement instituée par l'article L-132-8 du Code de commerce ait la nature d'une loi de police, n'en apporte cependant aucune preuve déterminante » excluant alors la qualification de loi de police à son action directe⁶³⁷. De plus, le Professeur Fouchard rappelait que, dans le secteur de la construction, il était concevable que des lois de police soient posées pour engager la responsabilité pénale, pour l'urbanisme, la sécurité, les règles de droit administratif gouvernant les marchés publics de construction ... Mais, jamais il n'avait cité la sous-traitance internationale⁶³⁸. Le seul état de dépendance économique issue d'un contrat ne peut pas suffire à justifier une atteinte à la loi d'autonomie. Les contrats internationaux sont tous, relativement, disproportionnés et l'équilibre parfait est souvent un leurre. Ainsi, « seule une inégalité existant au moment de la conclusion du contrat et risquant de se traduire par une faiblesse dans la négociation justifie une atteinte à la loi d'autonomie. Cela vise essentiellement les personnes qui concluent un contrat assurant la satisfaction d'un besoin vital et, celles qui se présentent isolées, sans expérience juridique, devant une entreprise puissante, pour l'essentiel les salariés, les locataires, les consommateurs stricto sensu et, les assurés »⁶³⁹. Dès lors, il n'est jamais fait mention, dans une grande partie de la doctrine, de la présence des sous-traitants comme partie faible. Les entreprises internationales de sous-traitance sont parfois dotées de structures et d'une taille très importantes et dotées d'un capital financier supérieur à celui de l'entrepreneur principal.

307. Les lois de police françaises sur la sous-traitance internationale traduisent peut-être davantage du *desideratum* d'asseoir une véritable *lex polici* de la construction sur le territoire français, que d'immuniser une partie présumée faible telle que le sous-traitant. En assurant au sous-traitant qu'il sera payé, on garantit au maître de l'ouvrage que les travaux sous-traités seront bien exécutés. Du fait

⁶³⁷ Cass. com., 13 juillet 2010, *Soc Tranzimaz et Système U*, n° 09-13.354, *JCP G* 2010.972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT, « La Chambre commerciale, l'article 132-8 du Code de commerce et la qualification des lois de police » ; H. BATIFFOL, *Problème de base de la philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 258.

⁶³⁸ Ph. FOUCHARD, « La responsabilité des constructeurs », *Rapport Français, Ass. Capitant*, 1991, p. 293-309.

⁶³⁹ P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, t.261, p. 513.

de l'importance économique des métiers liés à la construction immobilière et des niches d'emplois que ce secteur comprend, l'intérêt national serait en jeu. Le secteur de la construction est une sphère économique de premier ordre. Le but des lois de police en matière de sous-traitance est d'éviter que des chantiers soient brutalement interrompus, provoquant faillites et licenciements au sein de la catégorie des sous-traitants. « (R)ien n'interdit de considérer que les dispositions protectrices du sous-traitant sont "cruciales" pour la sauvegarde des intérêts publics de la France, car elles ont notamment pour objectif de protéger l'économie française contre le risque de faillites en cascade d'entreprises travaillant sur un même chantier »⁶⁴⁰. L'action directe en paiement préserve toute une catégorie de contractants, ce qui vient dépasser le cadre d'intérêts strictement privés pour atteindre celui d'intérêts collectifs ou catégoriels. De même, la protection des sous-traitants permet de veiller à protéger jusqu'à l'intérêt général, par le prisme de la valorisation de la libre concurrence et du bon fonctionnement du marché de la construction. L'aspiration principale de la loi de 1975 est d'éviter tout risque d'une faillite en cascade des sous-traitants à la suite des faillites de leurs entrepreneurs principaux.

b. Les discussions quant au critère d'application dans l'espace

Lorsqu'un juge français décide de qualifier une loi de police, il convient de déterminer son champ d'application dans l'espace⁶⁴¹. Pour la réalisation de l'objectif de la loi, il est nécessaire de faire insérer le rapport de droit dans le domaine spatial de la disposition concernée. Une relation de dépendance existe entre le rattachement retenu par la loi et l'objectif qu'elle vise⁶⁴². Ainsi, « dans cette optique, on peut avancer que la loi de police se présente comme une disposition prise en exécution d'une politique législative dont l'efficacité importe à son auteur au point qu'elle détermine, à ses yeux, l'étendue de son rayon d'action »⁶⁴³. Si l'objet affirmé par la jurisprudence française est d'imposer ses lois de police à toute construction réalisée en France, la pertinence de ce critère fait débat (b.1) ouvrant la voie à la possibilité d'un autre critère, davantage favorable à un simple lien de rattachement avec la France (b.2).

⁶⁴⁰ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *op. cit.* et spéc. n° 542 et s.

⁶⁴¹ Selon la vision de Ph. FRANCESKAKIS, *ancien Répertoire droit international privé*, D. V° Qualification, n° 46.

⁶⁴² I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n° 135, p. 131.

⁶⁴³ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *préc.*, n° 33.

b.1. Le critère de la construction d'un immeuble en France, un critère cohérent ?

308. Le domaine spatial « se détermine à partir de considérations tirées directement de l'efficacité de la politique législative qui les inspire »⁶⁴⁴. La consécration du critère d'une « construction de l'immeuble en France » concourt à la juste concurrence entre les sous-traitants opérant sur le sol français. Ce critère est plus protecteur que celui de la nationalité française du sous-traitant puisqu'il soumet les sous-traitants étrangers à la même situation que les sous-traitant français. Cette égalité de traitement entre eux se justifie par le but d'éviter que, sur un même territoire, voire sur un même chantier, plusieurs sous-traitants voient leur situation différer, en fonction de leur nationalité. Autrement, le coût d'un cautionnement imposé à un entrepreneur principal contractant avec un sous-traitant français, provoquerait des différences entre les sous-traitants. Il en résulterait une atteinte à la libre concurrence, le sous-traitant étranger pouvant être moins onéreux que le sous-traitant français. En ce sens, « en présence des marchés internationaux mettant en concurrence des sous-traitants de diverses nationalités, il n'est probablement pas dans l'intérêt des sous-traitants d'imposer à l'entrepreneur, comme le prévoit la loi française, la constitution d'un cautionnement dont le coût n'est pas négligeable »⁶⁴⁵. De plus, il lui sera difficile de trouver un garant, « qui accepterait de cautionner, et à quel taux, une entreprise qui sous-traite 50 %, en l'espèce, de son chiffre d'affaires ? »⁶⁴⁶. Si cette obligation de cautionnement n'est pas exigée envers le sous-traitant étranger, dans le droit du sous-traité, ni imposé par une loi de police française, l'entreprise principale privilégiera la conclusion de contrats de sous-traitance internationale avec des sous-traitants étrangers pour minimiser ses coûts et ses obligations.

309. L'avantage du critère d'une « construction d'un immeuble en France » réside dans le fait que, tous les sous-traitants en France sont logés à la même enseigne. Il n'y a pas de distorsion de concurrence ni de discrimination entre eux. Comme l'a noté F. Monéger dans son rapport, « nous sommes au moins sûr qu'un sous-traitant étranger ne sera pas choisi à l'occasion d'un chantier immobilier en France parce qu'il est moins onéreux qu'un sous-traitant français pour cause de loi de 1975 »⁶⁴⁷. L'égalité de concurrence doit être préservée⁶⁴⁸. En présence d'une loi de police française applicable selon la nationalité française du sous-traitant, l'entrepreneur principal sera incité à

⁶⁴⁴ *Ibid.*, n° 33.

⁶⁴⁵ Pierre Mayer, *Répertoire international*, Dalloz, V° lois de police (1998).

⁶⁴⁶ Philippe Malinvaud, *Sous-traitance et principe de réalité*, RDI, 255, 256 (2011).

⁶⁴⁷ F. MONEGER, Rapport, Cass. 30 novembre 2007, *préc.*

⁶⁴⁸ Cf V. PIRONON, « Brèves remarques sur la protection du sous-traitant étranger », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution* 2015.459.

privilegier un sous-traitant étranger, que ce soit pour préserver le maître de l'ouvrage d'une action directe en paiement ou pour échapper aux coûts des garanties financières posées par la loi de 1975. L'objectif affirmé par l'arrêt *Agentis*, était d'étendre et d'imposer ces lois de police à toute construction réalisée en France. Ainsi, il ne serait fait aucune distinction selon que le sous-traitant est français ou, étranger. Ce faisant, la Cour de cassation a veillé à ne pas aboutir à une solution posant des discriminations fondées sur la nationalité prohibées à l'article 7 du Traité de Rome, article ayant pu être murmuré aux oreilles des juges du droit, d'autant que la CJUE n'hésite plus aujourd'hui « à confronter les lois de police des Etats-membres aux principes du droit communautaire. Or, les juridictions françaises omettent parfois de procéder à un tel contrôle de compatibilité des lois de police au droit communautaire. Et, retenir le critère de la nationalité aurait revenu à s'exposer à une censure luxembourgeoise »⁶⁴⁹.

310. Dans un arrêt rendu le 23 octobre 2018 par la Cour d'appel de Paris, il avait été énoncé qu'un tribunal arbitral avait affirmé une autolimitation de la loi du 31 décembre 1975 pour la rendre inapplicable à l'espèce sur une construction effectuée à l'étranger⁶⁵⁰. Un recours avait eu lieu en France, mais il en était ressorti un refus de contrôle de la sentence. Pour le tribunal arbitral, qui avait pris note de l'arrêt *Agentis*, il s'agissait d'une construction au Maroc et non en France, de sorte que la loi du 31 décembre 1975 n'était pas destinée à s'appliquer. Un recours en annulation fut formé contre la sentence. Si les arbitres avaient décidé que la loi française était applicable, ils l'avaient évincé sous approbation ultérieure de la Cour d'appel. Le tribunal arbitral avait estimé que cette loi ne comportait aucun champ d'application dans l'espace alors que, dans l'arrêt *Agentis*, c'est parce que le contrat était soumis à un droit étranger que le droit français avait été déclaré nécessairement applicable en raison des objectifs des règles françaises.

311. Pour le Professeur Bernard Audit, l'importance à la détermination du critère visant à délimiter l'application dans l'espace d'une loi de police ne pouvait pas être ignorée. « Le bon usage des lois de police exige l'identification dans chaque espèce de l'intérêt effectif d'appliquer la disposition en cause au regard du rattachement particulier de la situation à l'ordre juridique dont elle émane, rapporté à la politique législative poursuivie »⁶⁵¹. Cependant, selon l'auteur, c'est simplement afin de valider

⁶⁴⁹ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *op. cit.*

⁶⁵⁰ CA Paris, 23 octobre 2018, n° 16-24374, *RDC* 7 mars 2019, n° 01, p. 79, note M. LAAZOUZI, « L'autolimitation par l'arbitre des lois de police de la *lex contractus* ».

⁶⁵¹ B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, n° 1, p. 25 et s.

l'intervention d'une loi de police dans une espèce soumise à un droit étranger, que le contrôle de la délimitation de la règle dans l'espace se pose⁶⁵². La sentence arbitrale n'a pas été assez motivée car elle s'appuyait notamment sur la défense de la concurrence loyale sur le sol français. Or, la loi du 31 décembre 1975 n'a aucune indication sur son champ d'application territorial ni sur la concurrence. Les arbitres ont procédé à une autolimitation que ni la loi ni le juge n'ont fait. Il convient de respecter le législateur qui, n'ayant pas délimité sa loi, prohibe à un juge privé de le faire à sa place. Ainsi, « lorsque la règle est silencieuse sur le domaine spatial d'application, rien ne justifie de lui en assigner un, sauf à démontrer la pertinence de cette autolimitation prétorienne »⁶⁵³.

312. Certes, le critère d'applicabilité des dispositions protectrices des sous-traitants de la loi de 1975 comme lois de police, soit le critère de la localisation du lieu de construction de l'immeuble en France, peut paraître discutable. D'ailleurs, le Professeur Louis d'Avout a parlé de « la résurgence d'un vieux réflexe territorialiste, de ce « tabou immobilier »⁶⁵⁴. Si ce critère semble peu pertinent, c'est parce qu'il n'emporte pas spécialement protection des sous-traitants installés en France et parce que la notion de « construction d'un immeuble en France » est floue. « Que faut-il entendre par “construction d'un immeuble” ? »⁶⁵⁵. « La conception, la livraison, le montage et la mise en service de machines et d'équipements pour une unité de fabrication de panneaux de fibres » peuvent-ils vraiment être qualifiés de « construction d'un immeuble »⁶⁵⁶ ? Ici, il serait davantage question d'immeubles par destination ou par incorporation mais pas, stricto sensu, d'une construction d'un immeuble. Or, la solution de l'arrêt *Agentis* n'a pas précisé si, par référence à la « construction d'un immeuble en France », elle englobait aussi les immeubles par nature, par incorporation et par destination. De même, si ce critère d'une « construction d'un immeuble en France » laisse perplexe, c'est parce qu'il ne prend pas en compte ni le siège d'implantation de l'entrepreneur principal ni celui de l'entreprise sous-traitante. Dès lors, la protection de l'ensemble des sous-traitants est standardisée. Tous les sous-traitants qui opèrent sur le sol français sont protégés par la loi du 31 décembre 1975 en ses dispositions protectrices, et non plus seulement les sous-traitants établis en France. Le champ

⁶⁵² *Ibid.*, n° 13. La solution du tribunal arbitral n'était pas nouvelle. Déjà le Professeur Pierre Mayer avait rappelé qu'en 1981, un arbitre avait refusé d'appliquer une loi de police sans pour autant remettre en cause la compétence du droit applicable et il avait été considéré que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur dans la désignation du droit applicable. Il en avait simplement commis une dans l'application du droit désigné en refusant de tenir compte du champ d'application spatiale de la règle (P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981.199 et s., spéc. p. 334 et s.).

⁶⁵³ CA Paris, 23 octobre 2018, *préc.*

⁶⁵⁴ M. HANCOCK, « Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws : The Disadvantages of Disingenuousness », *Stanford L. Rev.* 1967.40 et L. D'AVOUT, « S'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi française sur la sous-traitance est une loi de police », *JCP G* 2008.1.

⁶⁵⁵ Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, *Société Agentis et autres c/ Société Basell production France*, n° 06-14.006, *Bull. ch. mixte*, n° 12, *JDI* 2008.1, note L. PERREAU-SAUSSINE.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

d'application est très élargi. De plus, le critère de la localisation de l'immeuble ne protégera pas le sous-traitant établi en France, mais engagé pour une construction à l'étranger. Celui-ci ne verra pas les dispositions protectrices de la loi du 31 décembre 1975 être considérées comme des lois de police. Les objectifs de protection des sous-traitants français et de protection de l'économie française contre les risques de faillites en cascades, dès lors qu'ils opéreraient à l'étranger, ne sont plus retrouvés.

313. Malgré ces réserves, retenir le critère de la localisation en France de la construction de l'immeuble se justifie par défaut d'autres critères plus pertinents⁶⁵⁷. Et, le sous-traitant, même étranger, est créateur d'emplois en France et mérite autant de protection que le sous-traitant français. En définitive, retenir la localisation de la construction, donc l'exécution de l'obligation caractéristique du contrat de sous-traitance, évite aux sous-traitants de se trouver défavorisés dans les appels d'offres internationaux par l'existence de l'action directe⁶⁵⁸. Dès lors que la construction s'opère en France, tous les sous-traitants auront droit à l'action directe en paiement⁶⁵⁹. Le maître de l'ouvrage ne pourra pas désigner un sous-traitant étranger en espérant éluder l'action directe française.

b.2. Vers un nouveau critère en faveur d'un simple lien de rattachement avec la France ?

314. La Cour de cassation a-t-elle changé sa position en exigeant, préalablement à l'application des lois de police de la loi de 1975, non plus que la construction d'un immeuble soit réalisée en France, mais la présence d'un simple lien de rattachement avec la France ? Cette interrogation se retrouve dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 avril 2011. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que l'application de la loi de 1975 dans une situation internationale de sous-traitance était subordonnée à la caractérisation de « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants ». L'approche serait téléologique, « un simple lien matériel ou géographique avec la France ne suffira pas. Il est nécessaire que ce lien soit significatif au regard de la finalité de la loi de 1975, à savoir la protection des sous-traitants »⁶⁶⁰. La Cour de cassation a estimé, qu'il appartenait aux juges du fond « d'identifier les données de fait qui, dans le rapport de droit examiné, le rattachent à la France, pour déterminer si

⁶⁵⁷ S'il avait pu être privilégié de protéger les sous-traitants exécutant des travaux en France, quel que soit le lieu de leur établissement, une telle option aurait encouragé la délocalisation et la réalisation de la sous-traitance à l'étranger.

⁶⁵⁸ V. HEUZE, « Sous-traitance », *préc.*, n° 35.

⁶⁵⁹ CA, 23 octobre 2018, *préc.*

⁶⁶⁰ J-B. RACINE, « Arbitrabilité et lois de police », *Revue brésilienne de l'arbitrage*, 2009, n° 1, p. 23 et du même auteur, « Droit économique et lois de police », *RIDE* 2010.1.

elles sont pertinentes au regard des critères spatiaux d'applicabilité de la loi de police tels qu'ils s'évincent de ses objectifs ». Ce faisant, la Cour de cassation s'est rapprochée de certaines approches doctrinales qui soulignaient que la catégorie des lois de police était « caractérisée par le lien rationnel entre leur contenu et leur but, d'une part, le critère spatial qui définit le domaine de leur compétence nécessaire d'autre part »⁶⁶¹. C'est la première fois que la Cour de cassation fait référence au « rattachement-objectif » devant présider la délimitation du domaine spatial de la loi de police. Les critères de rattachement avec la France pourraient concerner la nationalité française du sous-traitant ou l'exécution des travaux de sous-traitance en France, notamment⁶⁶². Mais, dans cet arrêt, il n'y avait pas de lien entre la fixation d'un domaine spatial spécifique pour l'article 13-1 et la quête de la pleine efficacité de la protection du sous-traitant. Il n'y avait pas de compétence exclusive.

315. Pour caractériser un lien de rattachement de l'opération avec la France, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu par sa Chambre commerciale le 20 avril 2017, s'est montrée pédagogue en listant plusieurs éléments pouvant constituer un lien de rattachement suffisant au regard de l'objectif de protection du sous-traitant⁶⁶³. Elle a énoncé que l'élément de rattachement sera satisfaisant si peut être mis en valeur le bénéficiaire économique de l'opération, le lieu d'établissement du sous-traitant, le lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités. La liste énoncée dans cet arrêt n'est pas limitative puisque la Cour de cassation a précisé que « tout autre critère de rattachement à la France qui soit en lien avec l'objectif poursuivi, 'tels que' (...) mais également (...) ou (...) ». Il s'agit d'une liste aux critères alternatifs, l'absence de l'un de ces éléments pouvant être compensée par la présence d'un autre. Il en résulte, finalement, un rôle essentiel attribué à la casuistique et à une appréciation *in concreto* des juges, pouvant nuire à la prévisibilité juridique. En l'occurrence, dans l'arrêt, tous ces critères étaient dirigés vers l'Italie et le fait que l'entrepreneur principal ait été une société française ou que le financement de l'opération a été opéré par un établissement de crédits français, ne constituaient pas des éléments suffisants. En l'espèce, certes un lien de rattachement en France était démontré par le fait que l'entrepreneur principal partageait la même nationalité française que l'établissement de crédits, mais un tel élément n'apparaissait pas

⁶⁶¹ Cf P. MAYER, « Lois de police », *préc.*

⁶⁶² Cass. com., 20 avril 2017, n° 15-16.922, *Bull. civ.* Dans cet arrêt, s'agissant d'une sous-traitance industrielle, il a été apporté quelques précisions quant au critère de rattachement. La Haute Juridiction a énoncé qu' » en l'absence de tout autre critère de rattachement à la France qui soit en lien avec l'objectif de protection du sous-traitant, tels que le lieu d'établissement du sous-traitant, mais également le lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités, lesquels sont tous rattachés à l'Italie, la condition du lien de rattachement à la France, exigée pour faire, conformément à l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, une application immédiate à l'opération litigieuse des dispositions des articles 12 et 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 n'est pas remplie ».

⁶⁶³ Cass. com., 20 avril 2017, *préc.*, *D.* 2017.916 ; *AJ Contrat* 2017.289, obs. V. PIRONON.

suffisant aux yeux de la Cour. Encore fallait-il que les liens de rattachement existent au regard de l'objectif de protection des sous-traitants. Un ordre public de protection selon la personne protégée justifierait-elle la protection du sous-traitant de nationalité française exclusivement ? La réponse doit être négative en ce qu'elle conduirait à une solution trop nationaliste de l'ordre public de protection qui doit aussi s'appliquer envers un sous-traitant étranger, mais à la condition que le sous-traitant étranger ait désiré se rattacher à la loi du 31 décembre 1975. Or, dans cet arrêt, le sous-traitant étranger avait affirmé sa volonté d'être soumis au droit suisse et non au droit français.

316. S'il y avait eu un lien de rattachement, la loi de police aurait été caractérisée⁶⁶⁴. Pour d'autres auteurs, comme le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, « d'un rôle de critère d'application de la loi française de 1975 prise comme loi de police, l'existence d'un lien de rattachement entre l'opération et la France au regard de l'objectif de la loi de 1975 passerait à un rôle de critère de qualification de ladite loi comme loi de police »⁶⁶⁵. Le rattachement serait pris en considération au moment de la qualification de la loi et non postérieurement au moment de son applicabilité. Le champ d'application dans l'espace d'une loi serait « directement tributaire de (sa) finalité »⁶⁶⁶. Par conséquent, il appartiendrait aux juges de vérifier que « l'objectif que se fixe la loi exige, pour sa correcte réalisation, de faire entrer le rapport de droit dont il est saisi dans le domaine spatial de la disposition concernée en raison des liens de rattachement entre l'opération et l'Etat auteur de la législation »⁶⁶⁷.

317. Cependant, il n'était pas question, dans les arrêts de 2011 et de 2017, d'une sous-traitance immobilière, contrairement à la jurisprudence *Agentis*, mais d'une sous-traitance mobilière, le contrat principal étant conclu pour la fourniture de matériel de télécommunication. Il peut être question de se demander si la solution des arrêts de 2011 et de 2017 peut être étendue à la sous-traitance immobilière et de marché. La réponse doit demeurer négative en l'absence de jurisprudence contraire. Certes, le critère du « lien de rattachement » bénéficie d'un lobbying de certains sous-traitants français qui souhaiteraient que ce critère puisse être étendu à la sous-traitance de marché. Ce faisant, les dispositions protectrices de la loi de 1975 auraient valeur de lois de police dès qu'un élément de rattachement avec la France serait présent (comme la nationalité du sous-traitant), qu'importe que la

⁶⁶⁴ Cass. com., 27 avril 2011 n° 12, *préc.*, cf Y-E. LE BOS, note sous l'arrêt, *D.* 2011.1655 et cf H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *D.* 2012, n° 4, p. 1228.

⁶⁶⁵ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note sous Cass. com., 27 avril 2011, n° 12.

⁶⁶⁶ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du statut prohibitif (Droit savant et tendances régressives) », *in Etudes à la mémoire de Bruno Oppetit*, LexisNexis 2010, p. 7 et spéc. p. 22 et 23.

⁶⁶⁷ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *préc.*, n° 22.

construction de l'immeuble ait lieu à l'étranger. Mais, il est bien heureux que l'action directe du sous-traitant français ne soit pas une loi de police dès lors que la construction s'établie hors du territoire français. Autrement, dans les appels d'offres internationaux, les sous-traitants français seraient rapidement défavorisés et écartés.

c. Les moyens de contournement

Plusieurs contournements au jeu des lois de police peuvent apparaître, notamment par le biais de l'insertion au contrat de sous-traitance d'une clause d'arbitrage (c.1) ou d'une clause attributive de juridiction (c.2). Ces deux clauses participent alors au « phénomène de dilution de l'impérativité »⁶⁶⁸, visant à neutraliser l'impérativité d'une loi étatique.

c.1. Les clauses d'arbitrage

318. Si, saisi en vertu d'une clause d'arbitrage, un tribunal arbitral peut se voir opposer par les parties l'existence de loi(s) de police nationale(s) à appliquer, les arbitres n'ont pas de for. Toutes les lois de police sont étrangères au tribunal arbitral qui n'a donc pas obligation d'appliquer une loi de police française, sauf si les parties ont choisi la loi française comme étant la loi applicable au fond. Autrement dit, le tribunal arbitral est uniquement appelé à donner effet au choix de loi des parties.

En pratique, l'attitude des arbitres face à une loi de police nationale extérieure à la *lex contractus* peut varier. De leur réaction peut dépendre l'efficacité d'une loi de police nationale. L'arbitre accorde un grand intérêt à l'efficacité de sa sentence et peut ainsi ne pas donner effet à la *lex contractus* choisie par les parties, si cette loi est contraire à l'ordre public international du siège de l'arbitrage ou du lieu d'exécution prévisible. Dès lors qu'un tribunal arbitral siège en France, le juge de l'annulation sera le juge français. Or, le juge de l'annulation français pourra être tenté d'annuler une sentence arbitrale ne respectant pas le jeu de ses lois de police. De même, si la sentence arbitrale est amenée à être exécutée en France, le juge français pourra ne pas accorder l'exequatur. L'arbitre ne va pas négliger de rechercher si des lois de police sont applicables au litige. Les considérations d'intérêt général ne

⁶⁶⁸ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, 5^e éd., 2021, n° 557, p. 563.

sont plus étrangères à l'arbitrage et un litige mettant en cause une loi de police n'en est pas moins arbitral⁶⁶⁹. Pour autant, le juge de l'annulation français pourra annuler la sentence arbitrale seulement si cette dernière emporte une violation flagrante, effective et concrète (violation contribuant à une véritable dénaturation de la loi de police), depuis l'arrêt *Thales*⁶⁷⁰. Ainsi et en principe, la simple violation, par la sentence arbitrale, d'une loi de police française ne suffira pas à caractériser la contrariété à l'ordre public international, ce qui peut entraîner un atténuation de l'impérativité internationale des lois de police françaises relatives à la sous-traitance internationale. Le juge de l'annulation n'opérera ici qu'un contrôle de l'évidence, qu'un contrôle *prima facie*⁶⁷¹.

319. A contrario, si le tribunal arbitral ne siège pas en France, le juge de l'annulation du siège de l'arbitrage, n'étant pas la France, ne prendra pas forcément en considération le non-respect d'une loi de police étrangère. Il suffit donc de soumettre le sous-traité à une clause d'arbitrage -ou d'étendre à ce sous-traité une clause d'arbitrage présente au contrat principal (cf *infra*)- et de localiser le siège de l'arbitrage à l'étranger, pour éluder l'application des lois de police française en matière de sous-traitance.

c.2. Les clauses attributives de juridiction

320. Loi de police et clause attributive de juridiction. L'efficacité politique législative d'un Etat peut-elle faire pression sur la compétence des tribunaux du for ? Une compétence internationale directe pour le juge du for doit-elle être admise dès lors qu'une loi de police du for est applicable au différend ?⁶⁷² L'atout serait certes de garantir une efficacité de la politique juridique de cette loi de police, et d'éviter l'inapplication de celle-ci par un juge étranger, une mauvaise application ou une mauvaise interprétation. Cette solution est exclue en droit international privé européen. Le Règlement Bruxelles I bis renonce à ce que l'applicabilité d'une loi de police du for soit un chef de compétence directe ou exclusif. Dans le cas contraire, il en résulterait une extension immodérée de la compétence des juridictions étatiques. Une loi de police ne peut pas venir faire échec à une clause attributive de juridiction. La volonté des parties est supérieure à la politique législative. Comme l'a rappelé la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière dans un arrêt *Bloch* rendu le 14 octobre 1977, les

⁶⁶⁹ CA Paris, 1^{re} Ch. suppl. 19 mai 1993, *Rev. arb.* 1993.645.

⁶⁷⁰ CA Paris, 18 novembre 2004, n° 2002/19606.

⁶⁷¹ Contrairement au contrôle qu'il opère en cas d'atteinte à l'ordre public procédural.

⁶⁷² Cf L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.

juridictions françaises ne peuvent pas se reconnaître internationalement compétentes au seul motif de l'applicabilité d'une loi de police française. « (L)e respect des prévisions des parties prime sur les valeurs impératives des lois de police françaises »⁶⁷³.

321. Telle était la problématique de l'arrêt *Monster Câble*, « neutraliser la clause attributive pour sauvegarder l'impérativité de la loi de police du for ou faire jouer la clause dans l'intérêt du commerce international au risque de voir désactivée cette même impérativité »⁶⁷⁴. Notons que cette problématique n'aurait pas eu lieu d'être si une certaine harmonisation du droit de la construction avait été opérée entre les Etats, car une telle harmonisation aurait ôté toute nécessité à l'impérativité de la compétence internationale⁶⁷⁵. Dans cet arrêt, il fut jugé qu'une clause attributive de juridiction donnant compétence à des Tribunaux de Californie convenait d'être mise en œuvre et dérogeait à la compétence des tribunaux français alors même qu'une loi de police était applicable au fond.

En l'espèce, un contrat de distribution exclusive avait été conclu entre une société de droit américain, *Monster Cable*, confiant la distribution de ses produits en France à une société de droit français, *Audio Marketing Services (AMS)*. Le contrat contenait une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions de San Francisco. La société *Monster Cable* avait résilié unilatéralement le contrat et avait été assignée par la société *AMS* devant les tribunaux français pour abus de dépendance économique. La société *Monster Cable* avait clamé l'incompétence du Tribunal de commerce de Bobigny en raison de la clause attributive de juridiction présente au contrat désignant les juridictions de San Francisco comme compétentes. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel en estimant que « la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions constitutives de lois de police fussent-elles

⁶⁷³ M. AUDIT, S. BOLLEE et P. CALLE, *op. cit.* Cf Cass. ass. plén., 17 octobre 1977, *Bloch c. Sté Filtex*, *Bull. civ. I*, n° 6, *Rev. crit. DIP* 1978.166 ; *JDI* 1978.305, note G. LYON-CAEN ; *D.* 1978.417, note P. LAGARDE : « si l'ordre public peut être invoqué pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère contraire à des conceptions fondamentales du droit français, tel n'est pas le cas en l'espèce où le caractère d'ordre public de la loi de fond ne commande pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de loi interne » ; *Rev. crit. DIP* 1978.166, note H. BATIFFOL. Cf également F. JAULT-SESEKE, « L'applicabilité d'une loi de police n'entrave pas le jeu de la clause attributive de juridiction », *D.* 2009.200.

⁶⁷⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *préc.*, p. 1.

⁶⁷⁵ Et il a souvent été présupposé que seuls les litiges de nature contractuelle seraient aptes à relever de la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat. L'arrêt *Monster Câble* a inversé le raisonnement, par l'énonciation du principe selon lequel peu important la nature de l'action, contractuelle ou délictuelle, « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat ». Ainsi, que la responsabilité du maître de l'ouvrage soit de nature contractuelle ou délictuelle, il s'agira quand même d'un litige né du contrat (Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *Bull. civ. I*, n° 233, *D.* 2009.200, note F. JAULT-SESEKE, *D.* 2008.2790, obs. I. GALLEISTER).

applicables au fond du litige »⁶⁷⁶. L'arrêt *Monster Cable* entre en cohérence avec la jurisprudence Labinal de la Cour de cassation selon laquelle l'arbitrabilité n'est pas affectée par l'applicabilité d'une loi de police au litige⁶⁷⁷.

Il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul précédent avec la Directive 96/71 du 13 décembre 1996 qui visait la protection du salarié détaché avec des dispositions protectrices issues de ladite directive qui étaient applicables à tout salarié détaché dans un Etat membre, quelle que soit la loi applicable au contrat de travail et qui donnait compétence expresse et impérative au juge de l'Etat membre de détachement pour toute action du salarié détaché destinée à obtenir protection et garantie de ses droits issus de la directive⁶⁷⁸. Autrement, l'existence d'une loi de police applicable au fond du litige ne détermine pas la compétence d'une juridiction⁶⁷⁹.

Il convient de préserver la volonté des parties, la prévisibilité juridique de ces dernières et de respecter la force obligatoire de la clause contractuelle d'élection du for. Les parties s'attendent légitimement à ce que le tribunal compétent soit celui qu'elles ont librement et communément désigné. En cas d'application systématique des lois de police devant les clauses attributives de juridiction, le choix du droit applicable dans les contrats internationaux de construction faisant intervenir un Etat serait vidé de tout sens, puisque l'Etat fera de toutes les dispositions de son droit national qui lui importe, des lois de police. L'Etat sera alors à la fois contractant et législateur. Pour maintenir la *summa divisio* du droit international privé séparant le *forum* et le *jus*, la clause attributive de juridiction doit obtenir plein effet même en présence d'une loi de police du for. Aujourd'hui, la multiplication parfois peu justifiée des lois de police nécessite la présence des clauses attributives de juridiction afin de les

⁶⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *préc.* ; Cass. com., 24 novembre 2015, n° 14-14.924, *Bull. civ.* 2016, *RTD civ.* 2016.98, obs. H. BARBIER ; *D.* 2016.1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, IV, n° 161 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2017, n° 15-26.105, *D.* 2017.1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE et *AJ Contrat* 2017.139, obs. C. NOURISSAT.

⁶⁷⁷ Cass. com., 17 octobre 1995, n° 94-18.396 : « il aurait été quelque peu illogique d'admettre l'arbitrabilité du litige et de refuser la compétence du juge étatique étranger, à moins de considérer que l'on peut davantage faire confiance à l'arbitre qu'au juge étranger pour appliquer la loi de police française, parce qu'il n'a pas de for et qu'il va, en toute objectivité, localiser la situation litigieuse, les lois de police étant, pour lui, toutes étrangères ».

⁶⁷⁸ Cf P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *préc.*, n° 74.

⁶⁷⁹ Et cela sera confirmé dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 24 novembre 2015, *préc.* : « seules les règles de conflit de juridiction doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient-elles applicables au fond du litige ». Egalement, dans un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 18 janvier 2017, *préc.*, il n'y avait pas de clause attributive de juridiction, si bien que la Cour d'appel avait estimé que « l'article L-442-6, 1, 5 du Code de commerce est reconnu comme loi de police au sens de l'article 3 du Code civil, qui s'impose en tant que règle obligatoire par le juge français ». La Cour de cassation censurera l'arrêt d'appel, alors que « seules les règles de conflit de juridiction doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient-elles applicables au fond du litige ».

« neutraliser ». Ainsi, même en présence d'une loi de police, la compétence du juge français ne peut pas devenir efficiente en tant que for de nécessité tant qu'il n'existe pas de risque d'atteinte au droit d'accès au juge, d'absence de juridictions étrangères compétentes ou de lien ténu entre la France et le litige. La compétence du for de nécessité est subordonnée au fait qu'une juridiction étrangère ne puisse être saisie⁶⁸⁰.

322. Juge compétent en l'absence de clause attributive de juridiction. Le Règlement Bruxelles I bis sur la compétence judiciaire a donné priorité aux conventions internationales et, en leur absence, à l'application des règles de compétence ordinaires contenues dans ledit règlement. Ces règles de compétence ordinaires posent deux chefs de compétence ; un chef pour les tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur et un chef pour les compétences spéciales ressortant de l'article 7 du Règlement Bruxelles I bis. La question de l'application de ces dispositions est délicate lorsqu'elle se pose en rapport avec la qualification de l'action directe en paiement. Cette action constitue-t-elle une action contractuelle ou une action délictuelle ?⁶⁸¹. La qualification contractuelle ou délictuelle ne fait l'objet d'aucune définition au sein du Règlement Bruxelles I bis qui se contente de simplement lister ce qui ne fait pas partie de son champ d'application. Pour autant, aujourd'hui, la méthode de la qualification interprétative ou universelle demeure encore possible, car la CJUE a défini les notions de matière « contractuelle ou délictuelle ». Comme cela fut énoncé dans les développements précédents, l'action directe en paiement doit être considérée comme une action contractuelle. Elle sera soumise à l'article 7 § 1 a) du Règlement Bruxelles I bis et compétence sera attribuée au juge du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande.

323. Loi de police et compétence du juge français indépendamment de toute clause attributive de juridiction. Si la Cour de cassation a admis dans un arrêt de sa Première Chambre civile du 17 décembre 1985 la licéité de principe des clauses attributives de juridiction en matière internationale, il convenait de se demander si des exceptions ne pouvaient pas être apposées à ce principe, notamment en cas de présence d'une loi de police du for et lorsque la clause attributive de juridiction ferait « échec à la compétence internationale impérative d'une juridiction française »⁶⁸².

⁶⁸⁰ B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n° 417 et n° 396. Certains auteurs considèrent qu'est exigée la seule « circonstance qu'aucun tribunal étranger n'est pratiquement saisissable » (P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *op. cit.*, n° 288, p. 212).

⁶⁸¹ E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne (Cours général de droit international privé) », *RCADI* 1995.251.

⁶⁸² D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? », *préc.*, p. 1, et cf Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, *Rev. crit. DIP* 1986.537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986. IR. 265, obs. B. AUDIT, Grands arrêts, n° 72.

La Convention de Lugano est le pendant du Règlement Bruxelles I bis et a été conclue entre les Etats membres de l'Union européenne et les Etats de l'Association européenne de libre-échange (AELE) afin d'accorder à ces Etats tiers à l'Union européenne le régime de coopération judiciaire applicable entre les Etats membres. Que ce soit dans la Convention de Lugano ou dans le Règlement Bruxelles I bis, il sera présumé que la compétence en faveur d'un tribunal choisi sera exclusive, accordée à la juridiction désignée, excluant alors toutes les autres. Mais, dans les deux textes, la portée de la clause attributive de juridiction est limitée, car elle est exclue pour tous les différends dans lesquels il y a un chef de compétence exclusif et elle est limitée en présence d'une partie faible au contrat⁶⁸³.

Un courant doctrinal considère que l'applicabilité d'une loi de police doit entraîner de façon automatique l'impérativité de la compétence des juridictions françaises. Ce courant estime qu'autrement, les clauses attributives de juridiction constitueraient un détournement des « dispositions impératives pour lesquelles les Etats entendent sauvegarder leurs intérêts essentiels ». Il serait donc « peu raisonnable d'autoriser les parties à convenir d'une clause dont l'effet mécanique est de rendre incertaine l'application d'une loi d'application nécessaire ». Ainsi, le mécanisme des lois de police devrait être « étendu jusqu'à la compétence et marquer celle-ci du caractère d'impérativité »⁶⁸⁴. L'objectif est de préserver les dispositions impératives du for. Il convient d'opter pour un courant opposé. Une telle solution conduirait à une proximité excessive de la compétence législative et de la compétence judiciaire⁶⁸⁵. L'article 31 du Règlement Bruxelles I bis pose la supériorité de la compétence du tribunal désigné sur celle du tribunal rejeté, ce dernier devant alors surseoir à statuer. En présence d'une loi de police, le Professeur Etienne Pataut a parlé de supériorité des règles de compétence exclusives à raison de la matière concernée, qui préleveraient sur toutes les autres règles de compétence et qui pourraient être imposées d'office par le juge et justifier un refus de reconnaissance de la décision étrangère rendue sans les respecter. Selon lui, dès lors que des intérêts publics sont en cause, un Etat ne peut pas désirer qu'une juridiction étrangère donne une solution au litige. Quid cependant s'il s'agit d'une juridiction d'un autre Etat membre ? Un principe de confiance mutuelle ne devrait-il pas être prépondérant à toutes ces prétentions ? Il serait légitime d'assouplir la compétence exclusive dès lors qu'une certitude est apportée sur l'équivalence des solutions dans d'autres juridictions⁶⁸⁶. Exclure la compétence d'un juge étranger en présence d'une

⁶⁸³ H. GAUDEMET-TALLON et M.E. ANCEL, *op. cit.*, n° 98 et s.

⁶⁸⁴ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Sirey, 5^e éd., 2006, spéc p. 656.

⁶⁸⁵ Cf sur ces points Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

⁶⁸⁶ E. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », in S. BOLLEE, L. CADIET, E. JEULAND et E. PATAUT, *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, vol. 43, p. 16.

loi de police française permettrait de s'assurer d'un meilleur respect des intérêts publics français et de l'efficacité de la politique législative française. D'ailleurs, le Règlement Bruxelles I bis semblait limiter les possibilités de ce détournement des lois de police en énonçant qu'une clause attributive de juridiction ne pouvait être édictée qu'en faveur d'un Etat membre. La volonté d'un pays d'attribuer le qualificatif de loi de police à une disposition nationale devrait, selon une partie de la doctrine, nécessairement s'accompagner d'un chef de compétence juridictionnelle⁶⁸⁷ puisqu'autrement, une loi de police serait susceptible d'être trop aisément déjouée. L'interrogation d'Etienne Pataut revient. Un Etat peut-il considérer que son intérêt est engagé, au point qu'il faille écarter la mise en application de la règle de conflit de lois en édictant une loi de police, sans accorder la possibilité à ses juridictions de se réclamer compétentes pour appliquer cette loi ?⁶⁸⁸ Ce raisonnement est suivi par plusieurs juridictions étrangères, notamment en Angleterre et en Belgique, de sorte que les parties ne sont pas encouragées à porter leur contentieux devant un juge étranger sous la double sanction de l'inefficacité de la clause attributive de juridiction qui pourra être invoquée ou d'un refus de reconnaissance du jugement étranger. Une Cour d'appel de Munich a rejeté le jeu d'une clause attributive de juridiction car il existait un risque concret que le juge désigné ne respecte pas une loi de police nationale ou n'applique pas une loi arrivant au même résultat que la loi de police étrangère⁶⁸⁹.

A suivre ce raisonnement, l'inflation contemporaine des lois de police poserait une complexité, car elle entrainerait en cascade la compétence impérative des juges du for, ce qui reviendrait à consacrer une véritable négation du droit international privé. Aussi et comme l'a fait remarquer le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, la méthode américaine vise quant à elle, en présence d'une clause attributive de juridiction désignant des tribunaux étrangers et d'une loi de police américaine⁶⁹⁰, à prôner l'efficacité de la clause attributive de juridiction « conditionnée au fond »⁶⁹¹. Les juridictions américaines assujettissent l'efficacité d'une clause attributive de juridiction à la preuve que le droit applicable devant le juge étranger « prévoit des remèdes suffisant pour protéger les investisseurs »⁶⁹²

⁶⁸⁷ Ph. GUEZ, *préc.*, p. 27 ; et en ce sens et comme le soulignent les auteurs B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, la notion de loi de police pourrait bien être « étendue jusqu'à la compétence et marquer celle-ci du caractère d'impérativité ».

⁶⁸⁸ E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, LGDJ, 1999, n° 264.

⁶⁸⁹ OLG München. Urt. V., 17 mai 2006 ; *EwIR* 2006.621, note R. EMDE.

⁶⁹⁰ P. DE VAREILLES-SOMMIERES « Lois de police et politiques législatives », *préc.*, n° 77.

⁶⁹¹ H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002.509 et s.

⁶⁹² Cour fédérale d'appel des Etats-Unis, 7^e circuit (3F.3d 156) 1993, *Bonny v. Society of Lloyd's*. Devant les juges américains, il a été exposé que le jeu d'une clause attributive de juridiction donnant compétence à un juge étranger, en l'occurrence aux juridictions anglaises, aurait pour effet d'éluder l'application des dispositions impératives du Securities Act 1933 et du Securities and Exchange Act de 1934. En l'espèce, les juges américains ont estimé que la clause attributive de juridiction pouvait s'appliquer du fait que la législation anglaise contenait des dispositions similaires aux dispositions impératives américaines sur la question. Par une vérification *ex ante*, les juges américains ont admis la clause d'élection du for de la même manière qu'une clause d'élection du droit applicable.

et offre ainsi « une protection substantiellement équivalente à celle des lois de police américaines »⁶⁹³. L'optique est de protéger la politique législative américaine, de la préserver même en présence d'une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger. Et, le droit québécois n'a pas hésité à estimer que l'efficacité d'une politique législative sensible pouvait justifier la compétence de la loi québécoise sur le terrain du conflit de lois mais également, la compétence des juridictions québécoises (règle de compétence internationale directe). En ce sens, l'article 3151 du Code civil du Québec expose une compétence exclusive des tribunaux québécois en ce qui concerne les actions en responsabilité résultant de dommages causés par l'amiante produite au Québec⁶⁹⁴. Pour la politique législative sur les actions en responsabilité pour les dommages causés par l'exposition ou l'utilisation d'« une matière première provenant du Québec » (surtout l'amiante, le Québec en étant un important producteur), le législateur a prévu une application impérative de la loi nationale quel que soit le lieu du dommage où le préjudice s'est produit⁶⁹⁵. Pour assurer cette politique législative, une compétence exclusive a été posée en faveur des juridictions québécoises pour connaître de ces actions⁶⁹⁶. Le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières s'est interrogé sur l'incompétence du juge étranger en cas de lois de police étrangères. Il estime peu probable qu'un juge étranger exclut de lui-même sa propre compétence, car « pour un for, décliner sa compétence judiciaire en présence d'une disposition de police étrangère applicable en vue de favoriser son respect, ce serait d'abord refuser de seconder la politique juridique poursuivie par la loi, avant même que de refuser de courir le risque de mal l'interpréter ». Selon lui, si un Etat « n'assortit pas, ne serait-ce qu'implicitement, une loi qu'il a prononcé par ailleurs comme étant 'de police' sur le terrain du conflit de lois, de dispositions en matière de conflit de juridiction, et plus particulièrement de règles attribuant compétence exclusive à ses juridictions pour l'application de ladite loi, l'Etat auteur de la loi de police envoie aux sujets de droit le signal qu'il n'entend pas assurer une efficacité maximale à la politique juridique qu'il poursuit à travers cette loi »⁶⁹⁷. Ainsi, au Québec, un jugement étranger contraire aux lois de police sur l'amiante ne sera ni reconnu ni exécuté au Québec. L'efficacité de la politique législative est sauve⁶⁹⁸.

⁶⁹³ H. MUIR WATT, *préc.*, n° 12, p. 520.

⁶⁹⁴ Article 3151 du Code civil du Québec : « Les autorités québécoises ont compétence exclusive pour connaître en première instance de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 3129 ». Cf également P. GLENN, « La guerre de l'amiante », *Rev. crit. DIP* 1991.41 et s.

⁶⁹⁵ Article 3129 Code civil québécois : « Les règles du présent Code s'appliquent de façon impérative à la responsabilité civile pour tout préjudice subi au Québec ou hors du Québec et résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec, soit de son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non ».

⁶⁹⁶ Article 3151 du Code civil québécois *préc.*

⁶⁹⁷ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *préc.*, n° 79.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, n° 76 et cf P. GLENN, *préc.*, p. 41.

324. Juge étatique et loi de police étrangère. Une clause de règlement des litiges peut amoindrir la force des lois de police dans la sous-traitance internationale⁶⁹⁹. Certains juges étrangers sont, par nature et légitimement, hostiles à la reconnaissance et au jeu de lois de police étrangères. Par conséquent, le jeu des lois de police issues des dispositions protectrices de la loi du 31 décembre 1975 peut être subordonné à la saisine des juridictions françaises⁷⁰⁰.

Toute loi de police est étrangère dès lors qu'elle n'est pas invoquée devant son juge. La loi de police étrangère est une loi qui poursuit une fonction sociale si importante qu'elle doit survivre même en dehors des frontières de l'ordre juridique national qui en est à l'origine. La problématique du traitement des lois de police étrangères est ancienne. Dès 1920, avant même la célèbre conception de Franeskakis, la Court of Appeal avait eu à répondre à la question du traitement à attribuer à un Décret espagnol qui venait fixer de façon impérative le montant total d'un affrètement, inférieur au prix accordé par les parties, sous un contrat régi par la loi anglaise⁷⁰¹. L'article 9 § 3 du Règlement Rome I donne la possibilité au juge d'un Etat membre de faire jouer une loi de police étrangère. Les lois de police étrangères ne peuvent être appliquées que si elles ont été « édictées dans l'Etat dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être exécutées » (une loi de police française ne jouera que si l'obligation contractuelle qui pèse sur le sous-traitant doit être exécutée en France) et si elles « rendent cette exécution illégale ». Et, l'application d'une loi de police étrangère se fera sous réserve d'un test du juge du for sur l'objet et les conséquences de cette loi. Ainsi, le Règlement Rome I fait de l'application de la loi de police étrangère une exception. Il pose un principe d'inapplicabilité de la loi de police étrangère qui ne jouera à la place de la *lex contractus* que dans des situations strictement délimitées.

L'affaire Nikiforidis traitait de la question des lois de police étrangères. En l'espèce, Mr. Nikiforidis était professeur à Nuremberg au sein d'une école gérée par l'Etat grec. En 2010, une nouvelle loi grecque a réduit les dépenses publiques, contribuant à diminuer les salaires des professeurs, pour respecter la surveillance budgétaire des finances publiques par la Commission européenne, la BCE et le FMI. Le professeur a réclamé en Allemagne un supplément de salaire. Si la Cour fédérale

⁶⁹⁹ « En choisissant leur juge, les parties peuvent espérer éluder certaines lois de police », J-B RACINE, « Arbitrabilité et lois de police », *préc.*, p. 23 ; du même auteur cf « Droit économique et lois de police », *préc.*, p. 1. Cf également A. NUYS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen, Bruxelles », in *Mélanges John Kirkpatrick, Bruylant, 2004*.

⁷⁰⁰ M. AUDIT, S. BOLLEE, P. CALLE, *op. cit.*

⁷⁰¹ Court of Appeal. King's Bench Division, *Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Aznar* [1920] 1 K.B. 614, 26 mars 1920.

allemande a estimé que la nouvelle loi grecque était une loi de police, elle s'est demandée si cette loi de police grecque pouvait s'appliquer à un contrat de travail soumis au droit allemand et exécuté en Allemagne ? La Cour fédérale allemande a posé la question à la CJUE. Pour la CJUE, l'article 9 du Règlement Rome I ne s'oppose pas à « la prise en considération, en tant qu'élément de fait », des lois de police étrangères⁷⁰². Les Etats sont libres de prendre en compte des lois de police étrangères, en tant qu'éléments de fait, dans l'application de la *lex causae*, contrairement à ce que notait la Commission européenne dans ses observations contrecarrées par les conclusions convaincantes de l'avocat général. La loi de police étrangère sera alors analysée comme *local-datum*, c'est-à-dire comme une donnée permettant l'interprétation d'une notion-cadre prévue par la *lex causae* (comme la bonne foi ou les bonnes mœurs par exemple). Si, en principe, le Règlement Rome I prohibe l'application des lois de polices étrangères autres que celles du lieu d'exécution des obligations contractuelles, la CJUE a rajouté davantage de souplesse. Reste désormais à savoir ce qu'il faut entendre par « prise en considération » ? La frontière est ténue, la jurisprudence confondant parfois « l'application » et « la prise en considération »⁷⁰³, ce qui ne conforte pas le principe de la prévisibilité juridique.

Le refus d'application par un juge étranger des lois de police françaises à titre de lois de police étrangères pourrait se voir sanctionner en France au titre de l'ordre public, en cas de contrôle en France de la décision. Le juge français pourrait refuser de reconnaître l'exequatur d'un jugement étranger. Mais, le juge français ne pourra plus, depuis l'arrêt *Cornelissen*, refuser de donner effet à un jugement étranger qui n'aurait pas appliqué une loi de police française, sur le fondement du contrôle de la loi appliquée⁷⁰⁴. Par conséquent, il ne pourra l'annuler que sous réserve de la fraude ou en cas d'atteinte à l'ordre public international. L'ordre public international constitue « l'ensemble des principes considérés à un moment donné en France comme les principes fondamentaux du système français »⁷⁰⁵. Le juge français compétent appliquera la règle de conflit de lois, mais écartera la loi désignée si elle est choquante pour lui (réserve d'ordre public). Ainsi, contrairement à la loi de police, la réserve d'ordre public a lieu postérieurement à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Les

⁷⁰² CJUE, 18 octobre 2016, *République hellénique c. Grigorios Nikiforidis*, aff. C-135/15. Cf notamment L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », *D.* 2008.2165 et s. ; P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008.727 et s., spéc. n° 47 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politique législative », *préc.*, n° 58 et s. ; P. MAYER, « Lois de police », *préc.*

⁷⁰³ Cf Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *JCP G* 2010.530, L. D'AVOUT et D. BUREAU.

⁷⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *D.* 2007, Jur. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *AJ fam.* 2007.324, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2007.420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 123, chron. M-L. NIBOYET ; *JDI* 2007.1195, note F-X. TRAIN.

⁷⁰⁵ H. FULCHIRON, C. NOURISSAT, E. TREPPOZ et A. DEVERS, *Travaux dirigés Droit international privé*, LexisNexis, coll. Objectif Droit TD, 2013, 5^e éd., p. 107.

lois de police mettent en sommeil la règle de conflit de lois au préalable et s'appliquent dès la conclusion du contrat. Si le non-respect d'une loi de police par un jugement étranger peut constituer une contrariété à l'ordre public international et donc, intégrer la réserve de l'ordre public, toutes les lois de police ne seraient pas forcément concernées. En ce sens, la loi de police française sur l'action directe en paiement ne doit pas être intégrée à l'ordre public international. Si l'exception d'ordre public international permet à un juge d'écarter la loi étrangère applicable par la règle de conflit de lois en cas de contrariété aux grands principes de son ordre juridique, pour lui privilégier sa propre loi nationale, le recours à l'ordre public international est surtout utilisé pour la sphère des droits fondamentaux de la personne⁷⁰⁶. Un tri doit être opéré, de sorte que seules les lois de police « fondamentales » doivent être prises en considération et non les lois de police protectrices d'intérêts catégoriels comme celles sur la sous-traitance internationale.

325. En définitive, il n'est pas possible d'aligner le régime des lois de police étrangères sur celui de l'application des lois de police du for, car en cas d'application d'une loi de police du for, le juge du for est lié par une volonté d'appliquer cette dite loi au point d'accepter d'écarter la règle de conflit de lois. Une telle volonté n'existe pas pour les lois de police étrangères, puisque le juge du for n'est pas soumis à un législateur étranger et n'a pas, à priori, de raison particulière d'accepter l'application d'une loi de police étrangère sur le simple critère de l'efficacité de la politique législative étrangère. Son seul intérêt résiderait dans l'attente d'une réciprocité future de la part du juge étranger. L'efficacité d'une loi de police étrangère est très relative, en ce que son application vient déroger à une règle de conflit de lois émanant de l'ordre juridique du juge du for qui statue. Et la qualification des lois de police est fixée unilatéralement par un Etat, entraînant le risque d'une extension de lois qualifiées comme loi de police. Le juge du for ne dérogera à la méthode savignienne que de façon exceptionnelle, si cela est pertinent, si le contenu de la loi de police étrangère est compatible avec les valeurs du for et si les conditions de l'article 9 du Règlement Rome I sont respectées.

Conclusion §2 : Les lois de police fixent elles-mêmes leur champ d'application dans l'espace et seule la finalité, la politique législative peut légitimer l'impérativité internationale d'une loi nationale. Il convient d'inciter le juge à prendre en considération l'importance des objectifs d'une politique législative pouvant influencer sur son champ d'application dans l'espace avant de la qualifier de loi de police et d'appliquer la « règle du doute » en cas d'incertitude. Le paiement du sous-traitant garantie

⁷⁰⁶ Par exemple, la lutte contre les formes modernes d'esclavage, Cass. soc. 10 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 168 ; ou la prohibition de la répudiation unilatérale d'un époux, Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 2006-03397.

un assainissement du marché économique de la construction. Le but recherché est d'éviter les faillites en cascades.

Pour autant, l'application des lois de police en matière d'action directe doit être contestée. Le Règlement Rome II permettait de faire jouer la loi de 1975. Il était donc inutile d'en faire une loi de police, car la politique législative aurait pu être préservée autrement. De même, consacrer une loi de police n'est pas nécessaire lorsque la politique législative poursuivie l'est également et de la même manière par la loi étrangère normalement applicable. Plusieurs altérations au jeu des lois de police françaises devaient apparaître, notamment par l'application du droit européen qui veille à ce que la mise en œuvre des lois de police ne constitue pas une entrave aux échanges. Ces altérations sont bienvenues tant « la prolifération des lois de police ouvre une brèche dans la méthode conflictualiste classique »⁷⁰⁷. Une grande majorité de lois nationales tend à l'organisation de la société, si bien qu'affirmer que les lois de police ont spécifiquement pour objet d'assurer l'organisation de la société revient à ne rien affirmer du tout.

Avec les clauses attributives de juridiction et les clauses d'arbitrage, les lois de police sont devenues à juste titre des règles d'application « semi-nécessaires » ou « quasi-nécessaires », « du moment qu'elles perdent leur caractère d'application nécessaire chaque fois que ce n'est pas le juge du for qui exerce la juridiction »⁷⁰⁸. La clause de règlement des litiges donne compétence à des juges qui, sans elle, n'auraient pas forcément été compétents en application des règles de conflit de juridiction⁷⁰⁹.

Conclusion sous-section I : L'action directe en paiement est une exception au principe de l'effet relatif des contrats. Par cette action, le sous-traitant vient contraindre un maître de l'ouvrage, qui n'est pas partie au sous-traité, à verser la somme que lui doit l'entrepreneur principal défaillant. Cette action répond en droit français à des conditions strictes. Minoritaire en droit comparé, l'action directe en paiement doit répondre, dans le principe de son existence comme dans son assiette, à la loi du contrat principal plus qu'à la loi du contrat de sous-traitance. En effet, lorsque le sous-traitant demande paiement auprès du maître de l'ouvrage, il réclame l'exécution du contrat principal à son profit et cherche à se voir appliquer des droits attribués par un contrat principal auquel il n'est pas partie. De surcroît, la loi du contrat principal doit jouer pour préserver les attentes du maître de l'ouvrage.

⁷⁰⁷ J-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *RIDE* 2010/1 t. XXIV p. 61-69.

⁷⁰⁸ L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction et arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP* 2003.25.

⁷⁰⁹ S. CARBONE, « Article 4, dans le Commentaire à la loi n° 218 de 1995 », in *Le nuovo leggi civili commentate*, 1996, p. 926 et s. ; cf A. BUCHER et A. BONOMI, *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 3^e éd., 2013, p. 31 ; et cf L. G. RADICATI DI BROZOLO, *préc.*, n° 14, p. 1.

La question du droit applicable à l'action directe en paiement est aujourd'hui minorée par l'intervention des lois de police en la matière. Les juridictions françaises ont opté pour cette méthode pour consacrer l'action directe en paiement au profit de tous les sous-traitants, français et étrangers, dès lors que la construction de l'immeuble s'opère en France, l'objectif poursuivi étant la poursuite des chantiers de construction jusqu'à leur terme et la protection d'un secteur clé de l'économie face aux faillites en cascades éventuelles. La méthode de l'usage des lois de police demeure contestable. Si tous les pays venaient à créer des lois de police pour protéger leurs sous-traitants nationaux, ce serait la fin, par négation exacerbée du droit international privé, de la loi d'autonomie à la sous-traitance internationale. Par hypothèse, si les parties à un sous-traité ont choisi une loi autre que la loi française, c'est qu'elles ont volontairement exclu l'application de la loi française. De surcroît, toutes les législations établissent des dispositions relatives aux permis de construire, à la santé publique, à l'accès au logement et ces normes sont très liées aux contrats de construction. Rien n'empêche un juge national de voir, parmi elles, des lois de police. Ainsi, portant atteinte à la méthode savignienne, les lois de police doivent pouvoir être désactivées par l'insertion au sous-traité d'une clause de règlement des litiges. La méthode savignienne a encore de beaux jours devant elle en la matière, que ce soit concernant l'action directe en paiement ou l'action directe en responsabilité dont les problématiques tenant au droit applicable subsistent.

Sous-Section II : L'action directe en responsabilité

Dans une chaîne de contrats, les questions de responsabilité sont nombreuses et les responsables peuvent être liés avec les victimes de dommages, ou n'entretenir aucun lien contractuel avec elles. La loi applicable à l'action directe en responsabilité dépend de la question de savoir s'il s'agit d'une action contractuelle ou d'une action délictuelle, exercée par le maître de l'ouvrage contre son sous-traitant (§1) ou par le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (§2).

§1 : L'action directe en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant

326. La loi applicable à l'action directe en responsabilité dépend de la question de savoir s'il s'agit d'une action contractuelle ou d'une action délictuelle. Déjà en 1969, le Professeur Maurice Cozian énonçait qu' « une étude générale du statut de l'action directe en droit international privé méritait d'être entreprise »⁷¹⁰, signe que le sujet est ancien. En vertu de l'arrêt Jakob Handte⁷¹¹, l'action du sous-acquéreur contre le fabricant qui n'est pas le vendeur n'est pas de nature contractuelle. Transposée à la matière de la construction, il semblerait alors que l'action directe en responsabilité enclenchée entre un sous-traitant et un maître de l'ouvrage, soit une action délictuelle. En droit interne français et depuis le célèbre arrêt Besse, l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage dirigée contre un sous-traitant est une action de nature délictuelle⁷¹². La loi applicable à l'action directe peut alors donner lieu au jeu des méthodes du conflit de lois et à l'application du Règlement du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, disposant en son article 4 que la loi applicable serait la loi du lieu de résidence commune du maître de l'ouvrage et du sous-traitant et, en cas de résidence différente, la loi du lieu de survenance du dommage. Ainsi, si un tiers se plaint d'un délit causé par le contractant, il enclenchera une action directe délictuelle soumise à la loi délictuelle. Mais, s'il se plaint d'une inexécution contractuelle du contractant, il conviendra de se pencher sur la *lex contractus* du contrat, afin de voir si celle-ci autorise un tiers à agir en responsabilité contractuelle contre un contractant. Cependant, si l'application de cette loi issue de l'article 4 diffère de la loi du contrat de sous-traitance, les prévisions du sous-traitant s'en trouveront bouleversées. De surcroît, le maître de l'ouvrage serait dans l'incertitude de pouvoir agir en responsabilité contre le sous-traitant, incertitude qui aurait pu être levée si s'appliquait la loi du contrat principal⁷¹³. Si l'article 4 désigne la loi française, du fait de la distinction entre les fautes contractuelles et les fautes délictuelles, le maître de l'ouvrage ne pourrait pas se prévaloir d'un manquement du sous-traitant aux obligations contractuelles qu'il a contractées envers l'entrepreneur principal.

⁷¹⁰ M. COZIAN, *op. cit.*, n° 525, p. 317.

⁷¹¹ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *Rec. CJCE*. I. 3697, concl. F.G. JACOBS : *JDI* 1993.469 et s., note J-M. BISCHOFF ; *JCP G* 1993. I. 3666, n° 3, obs. M-Ch. BOUTARD-LABARDE ; *Rev. crit. DIP* 1992.730 et s., note H. GAUDEMET-TALLON ; *JCP E* 1992.363, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1993.131, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G* 1992. II. 21927, note Ch. LARROUMET ; *RTD eur.* 1992.712 et s., note P. DE VAREILLES-SOMMIERES.

⁷¹² Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, n° 90-13.602, *Bull. civ.* 1991, n° 5.

⁷¹³ Cf V. HEUZE, *préc.*

327. Par conséquent, la qualification contractuelle de l'action directe en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant doit s'imposer. Soumettre l'action directe du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage ou du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, au régime de l'action délictuelle est bien trop discutable. Certes, aucun contrat n'est conclu entre eux deux. S'attacher à la qualité de la victime en retenant une responsabilité contractuelle lorsque celle-ci est cocontractant de la personne responsable du litige ou une responsabilité délictuelle lorsqu'elle n'est pas le cocontractant du responsable revient de manière légitime à différencier les régimes selon les victimes. Outre le risque d'une multiplication de recours issus de tiers s'estimant lésés par une inexécution contractuelle, pourquoi ne pas prévoir une responsabilité contractuelle pour toutes les victimes pâtissant d'une inexécution contractuelle ?

§2 : L'action directe en responsabilité du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage

328. L'action directe en responsabilité engagée par un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage est peu fréquente, contrairement à celle engagée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Pour autant, alors que le maître de l'ouvrage tend à arguer des bienfondés d'une action contractuelle contre un sous-traitant, l'hypothèse inverse devrait être considérée. « (C)e serait une proposition monstrueuse de dire qu'une personne était partie au contrat dans le but de poursuivre en justice à son avantage, et non une partie en vue d'être poursuivie »⁷¹⁴.

329. Comme l'a souligné le Professeur Vincent Heuze⁷¹⁵, deux hypothèses principales existent : soit le maître de l'ouvrage a contribué à un dommage aux biens ou à la personne des préposés du sous-traitant sur le lieu de la construction ; soit un dommage est causé par le refus d'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, privant alors le sous-traitant de son action directe en paiement, alors même que le sous-traitant a déjà exécuté ses prestations « au vu et au su du maître de l'ouvrage »⁷¹⁶. En droit interne français, cette première action sera de nature délictuelle, mais cette affirmation peut être discutée pour la seconde hypothèse dès lors que la *lex loci delicti* ne prévoirait

⁷¹⁴ Tweddle v Atkinson | [1861] EWHC QB J57.

⁷¹⁵ V. HEUZE, *préc.*

⁷¹⁶ L'article 14-1 de la loi de 1975 exige du maître de l'ouvrage, qui a connaissance de la présence d'un sous-traitant, de mettre en demeure l'entrepreneur principal de soumettre les conditions de paiement du sous-traitant à son agrément : « le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ».

à la charge du maître de l'ouvrage aucune obligation concernant l'agrément du sous-traitant. Ici, le maître de l'ouvrage étant mis en cause, la loi du contrat principal devrait jouer.

La prévisibilité impose dans ce cas précis que l'action directe en responsabilité soit soumise à la loi applicable au contrat où le défendeur est partie, sur la base de la violation des obligations nées du contrat auquel le défendeur est partie, excluant alors toute qualification délictuelle à l'action en responsabilité contre le maître de l'ouvrage. D'ailleurs, les sous-traitances sont parfois occultes et inconnues du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur principal peut les cacher et s'engager avec un sous-traitant, car il n'a pas les moyens de réaliser les travaux ou parce qu'il souhaite réaliser une marge commerciale et réaliser à moindre coût la construction en faisant appel à des sous-traitants en situation de dépendance économique. C'est pourquoi l'article 3 de la loi de 1975 impose à l'entrepreneur principal de faire accepter et agréer les conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. Si le maître de l'ouvrage n'y consent pas, l'action directe ne sera pas possible. Mais, il y a toujours des sous-traitants non déclarés qui n'apparaissent pas sur les comptes-rendus du chantier, de sorte qu'en pratique, il revient souvent aux sous-traitants de se manifester directement auprès du maître de l'ouvrage.

Conclusion sous-section II : La qualification contractuelle de l'action directe en responsabilité du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant ou du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage doit prévaloir, même en l'absence de liens contractuels entre eux. Il convient de ne pas différencier les victimes collatérales d'un dommage ou d'une inexécution contractuelle selon le régime. Les actions directes en responsabilité doivent être régies par la *lex contractus* du contrat dans lequel le défendeur est partie, pour garantir sa prévisibilité, à savoir la loi du contrat principal lorsque le sous-traitant agit en responsabilité contre le maître de l'ouvrage et la loi du sous-traité, lorsque le maître de l'ouvrage agit en responsabilité contre le maître de l'ouvrage.

Conclusion section II : Le domaine de la loi applicable au contrat de sous-traitance est en apparence vaste, mais en réalité assez restreint. Si les questions relatives aux obligations contractuelles, à l'exécution du contrat, aux droits des parties sont rattachées à la loi applicable au contrat de sous-traitance, les problématiques relatives aux actions directes ne s'en rattachent pas toujours. L'action directe en paiement du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage doit relever du domaine du contrat principal plus que du domaine du sous-traité ou d'un partage avec le domaine du sous-traité,

puisque le sous-traitant demande l'exécution du contrat principal à son profit. Seule une impérativité consacrée par un droit national pourrait la détacher de la loi du contrat principal. De même, les questions des actions directes en responsabilité doivent davantage être gouvernées par la loi du contrat dans lequel le prétendu responsable du dommage causé est partie, afin de préserver sa prévisibilité.

Conclusion chapitre II : Le droit applicable aux contrats de sous-traitance internationaux est caractérisé par une autonomie de la volonté des parties dans sa désignation. Ces contrats sont assimilés à des contrats de prestation de services. Le Règlement Rome I pose un rattachement alternatif au profit de la loi de résidence du sous-traitant, en l'absence de choix de loi. Ce rattachement alternatif pourrait désunir les droits applicables dans un chantier de construction entre le sous-traité et le contrat principal dans une sous-traitance transparente. La clause d'exception pourra garantir cette unité, mais elle n'a vocation à jouer que dans des cas limités pour des faits déterminés. Elle ne peut pas fixer une règle générale.

Si la détermination du droit applicable aux contrats de sous-traitance internationaux est assez limpide, telle n'est pas le cas des actions rattachées au domaine de la loi applicable au sous-traité. L'action directe en paiement et l'action directe en responsabilité sont des actions pouvant être exercées par un sous-traitant. Elles ne seront pas nécessairement rattachées à la loi du sous-traité, mais au droit du contrat principal, notamment pour prévenir le maître de l'ouvrage défendeur. Concernant l'action directe en paiement, celle-ci est exercée par le sous-traitant qui peut s'appuyer sur la force des lois de police française à son profit, en cas de construction d'un immeuble sur le territoire français, l'objectif poursuivi étant de préserver le secteur de la construction de potentielles faillites en cascades. Cependant, le recours aux lois de police en la matière doit être contesté. Les lois de police viennent renier le principe même de la loi d'autonomie à la sous-traitance internationale. De surcroît, l'économie française pourrait même pâtir de la consécration des lois de police dans les contrats internationaux de sous-traitance. Une véritable dérobade des maîtres de l'ouvrage vers l'étranger, craignant de se voir appliquer des dispositions protectrices des sous-traitants, risque de se produire ces prochaines années, si l'impossibilité pour un sous-traitant de renoncer à l'application d'une loi de police en sa faveur persiste. Enfin, le critère d'une « construction d'un immeuble en France » pour la mise en jeu des lois de police en matière d'action directe en paiement laisse perplexe, car il ne prend pas en compte le siège d'implantation de l'entrepreneur principal ni celui de l'entreprise sous-traitante. Dès lors, la protection de l'ensemble des sous-traitants est standardisée. Tous les sous-traitants qui opèrent sur le sol français sont protégés par la loi du 31 décembre 1975 en ses dispositions

protectrices, et non plus seulement les sous-traitants établis en France. Les clauses de règlement des litiges permettent un contournement des lois de police en la matière.

Conclusion partie II : La question du droit applicable aux contrats internationaux de construction est cruciale, car elle conditionne le régime de ces contrats et leur domaine. Dans les contrats principaux, le droit applicable se heurtera à des problématiques différentes, selon que le contrat est conclu entre deux personnes privées (soumis au Règlement Rome I) ou avec une personne publique. Dans la première hypothèse, les difficultés concerneront essentiellement l'inadaptation de la loi applicable à défaut de choix, favorable au lieu de résidence du constructeur plutôt qu'au lieu de situation de l'immeuble et aux conséquences du choix de loi sur les mécanismes d'assurance obligatoire. Dans la seconde hypothèse, le choix de loi sera restreint pour les contrats administratifs internationaux, mais plus ouvert pour les contrats d'Etat. L'absence d'harmonisation du droit de la construction sur la scène internationale a ouvert la voie à la concurrence des droits nationaux qu'il a fallu restreindre.

A propos des sous-traités internationaux, les problématiques relatives au droit applicable ne peuvent être dissociées du lien que ces contrats entretiennent avec les contrats principaux. Si le droit applicable à défaut de choix est la loi du sous-traitant, en application du Règlement Rome I, elle mérite d'être substituée à la loi du contrat principal, avec laquelle elle présente véritablement les liens les plus étroits.

Enfin, le domaine de la loi applicable à la sous-traitance est controversé. Si les actions directes sont rattachables à une loi étatique, alors il faudra s'interroger sur celle qui sera la plus légitime à s'appliquer à celles-ci, la loi du sous-traité ou la loi du contrat principal. Si la loi du contrat principal détient le plus de légitimité, elle s'effacera en pratique, du fait du mécanisme très fortement discuté des lois de police s'appliquant, sous conditions, à l'action directe en paiement.

En violation du droit applicable gouvernant le contrat, les responsabilités s'enclenchent et sont réglées par les organes compétents.

PARTIE III : LE REGLEMENT DES LITIGES

Deux voies de règlement des litiges s'ouvrent aux parties : les règlements judiciaires et les règlements extrajudiciaires. Les règlements judiciaires se démarquent par l'intervention d'un juge étatique, tandis que les règlements extrajudiciaires nécessitent l'intervention d'un tiers rendant une décision finale. Dans une économie mondialisée et un secteur de la construction internationalisé, le développement de procédures accélérées de règlement des litiges est devenu inévitable et répond à des besoins pratiques inéluctables. Si la justice étatique n'est pas adaptée au domaine de la construction internationale, c'est du fait de sa lenteur et également parce qu'elle se traduit par un déficit de technicité des juges. De surcroît, les intérêts des parties sont relégués au second plan devant des juges étatiques à la recherche du juste droit. Pointilleux et complexes, les litiges en matière de construction doivent être tranchés par des organes expérimentés et indépendants, dotés de ressources suffisantes pour les régler dans les meilleures conditions et dans les plus brefs délais. Le mode juridictionnel de règlement des litiges dans le secteur de la construction internationale n'a pas la faveur des parties qui lui préfèrent généralement des modes alternatifs, modes pour lesquels les législateurs nationaux garantissent le libre recours. Concrètement, le choix se portera soit sur l'arbitrage international (Chapitre I) soit sur d'autres modes amiables de règlement des différends répondant à une économie nouvelle et globalisée exigeant rapidité et efficacité (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'arbitrage international

L'arbitrage est « l'institution par laquelle les parties à un litige conviennent d'attribuer le pouvoir de trancher ce dernier à un ou plusieurs particuliers choisis en raison de leur autorité morale ou technique »⁷¹⁷. En se référant à l'arbitrage, les parties renoncent à toute résolution amiable du conflit (médiation, conciliation ...) qui n'avait pas pour but de le trancher, mais de les rapprocher pour parvenir à des compromis entre elles et mettre fin à leur différend.

Il convient de distinguer l'arbitrage de droit commun, c'est-à-dire l'arbitrage commercial, et l'arbitrage d'investissement. La première distinction est d'ordre temporel. Officiellement, l'arbitrage de droit commun existe depuis plusieurs siècles, alors qu'en réalité, l'arbitrage d'investissement n'est apparu qu'avec le premier traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan⁷¹⁸ et avec la Convention de Washington de 1965⁷¹⁹. La seconde distinction a trait au fait que, dans l'arbitrage d'investissement, le droit international public est nécessairement concerné du fait de la présence d'un Etat partie au TBI ou au contrat de construction. D'autres détails attestent de la différence entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement, le choix du droit applicable étant plus notable et le caractère confidentiel de l'arbitrage plus marqué dans l'arbitrage de droit commun que dans l'arbitrage d'investissement. Enfin, alors que l'arbitrage commercial résulte généralement d'un contrat, l'arbitrage d'investissement découle le plus souvent d'un traité d'investissement.

Le recours aux tribunaux arbitraux peut s'opérer par le biais de l'arbitrage de droit commun (Section I) ou par le biais de l'arbitrage, plus spécifique, d'investissement (Section II).

⁷¹⁷ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2020, 11^e éd., p. 843. Cf l'ouvrage de J. ORTSCHIEDT et Ch. SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, 2^e éd. Cf également J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et L. USUNIER *op. cit.*

⁷¹⁸ Traité n° 6575 entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements, signé à Bonn, le 25 novembre 1959, Nations-Unies, Recueil des Traités, 1963, p. 47-57.

⁷¹⁹ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, approuvée par l'Assemblée fédérale le 12 mars 1968, RO 1968 1022 ; FF 1967 II 1460.

Section I : L'arbitrage de droit commun

Les saisines de tribunaux arbitraux en matière de construction ne cessent de s'intensifier. En 2014, les différends liés au secteur de la construction internationale portés devant la CCI avaient connu une augmentation de plus de 22 % et représentent aujourd'hui plus de 20 % des affaires en cours⁷²⁰. De surcroît, les contrats internationaux de construction et d'ingénierie occupent la première place parmi les contrats à la base des différends. L'importance de l'arbitrage dans ce domaine de la construction se vérifie aussi par le fait que la grande majorité des contrats-types de construction contient des clauses d'arbitrage.

Par une clause compromissoire, les parties décident de négliger la saisine des juridictions étatiques en premier recours. Les motifs conduisant les parties à exclure la compétence des tribunaux nationaux sont divers et souvent légitimes. L'encombrement des juridictions étatiques, leur déficit de moyens (humains, financiers, techniques) expliquent en partie le succès du recours à l'arbitrage, malgré les complexités présentées par des arbitrages le plus souvent multipartites. Le choix de l'arbitrage de droit commun suscite également quelques difficultés lorsqu'un Etat est partie au litige. Dans cette situation, il peut être complexe de conduire un Etat devant des justices privées qui ne lui sont pas usuelles. Après être revenu sur les motifs de la saisine de l'arbitrage et les écueils à affronter (Sous-Section I), il conviendra de se pencher sur le cas particulier de l'instance arbitrale en présence d'une personne publique (Sous-Section II).

⁷²⁰ Rapport statistique CCI 2014, ICC Dispute Resolution Bulletin 2015/n° 1, 2015. Une Conférence récente de la CCI en partenariat avec la FIDIC sur le thème « International Construction Contracts & Dispute Resolution » s'était d'ailleurs tenue à Bogota les 24 et 25 mars 2015 pour témoigner de l'engouement pour l'arbitrage dans le secteur de la construction internationale, ICC/FIDIC International Construction Contracts & Dispute Resolution, Bogota, 24-25 mars 2015.

Sous-Section I : Une justice de prédilection confrontée à des écueils

Les maux séculaires de la justice étatique ne sont pas nouveaux : engorgement des juridictions, lenteur des procédures, coûts élevés, difficulté d'accès et imprévisibilité des décisions de justice étatiques ... L'insatisfaction des participants dans l'industrie de la construction à l'égard d'une telle justice témoigne d'une inadaptation de celle-ci au secteur (§1). Cette désaffection s'est progressivement traduite par un recours inévitable à l'arbitrage international, malgré des difficultés concrètes (§2).

§1 : Une justice étatique inadaptée

Les procès judiciaires, longs et énergivores, se manifestent par l'acrimonie d'un système basé sur la confrontation, pouvant sérieusement affecter la qualité des relations d'affaires. Or, la continuité du chantier doit être l'objectif principal lorsque les premiers différends tendent à apparaître entre les parties. L'absence d'équité concrète au sein des tribunaux étatiques conforte une logique rigoriste d'application stricte du droit, qui n'est pas adaptée à un secteur de la construction nécessitant souplesse et adaptation aux faits des litiges (2). Qui plus est, les procès judiciaires en la matière se caractérisent également par une lenteur qui ne peut pas être dissociée d'un déficit de spécialisation des juges nationaux (1).

1) La lenteur d'une justice étatique dépourvue d'expertise satisfaisante

330. Voltaire n'ironisait-il pas il y a plus de deux-cent-cinquante ans, sur le fait qu'il avait été ruiné à deux reprises au cours de sa vie ? La première fois en perdant un procès. Une deuxième fois en gagnant un procès⁷²¹. Les procédures judiciaires étatiques dans le secteur de la construction internationale sont souvent onéreuses et harassantes, comme en témoignaient les propos présents dans l'Introduction des Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction élaborés par le Comité canadien des documents de construction, la CCDC. « Les différends, dans l'industrie de la construction, sont monnaie courante. La multiplicité des parties en

⁷²¹ G. SIEDEL et H. HAAPIO, *Proactive Law for Managers. A Hidden Source of Competitive Advantage*, Routledge 2011, p. 154.

cause et la complexité technique des grands projets rendent presque inévitable l'apparition de désaccords. Le coût de la résolution des différends importants est un lourd fardeau, même pour les grandes entreprises. Les retards apportés au règlement de différends causent de sérieux problèmes de trésorerie aux entreprises de moindre envergure et aux sous-traitants. L'acrimonie engendrée par un système basé sur la confrontation peut sérieusement affecter la qualité des relations d'affaires, parfois de manière permanente. Si on ajoute ces facteurs au problème de l'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des participants dans l'industrie de la construction à l'égard des avocats, des juges et des tribunaux, et il est facile de comprendre pourquoi les divers acteurs de l'industrie de la construction recherchent activement des façons plus efficaces de gérer les conflits de construction »⁷²².

331. Le désaveu envers la justice étatique se conçoit par le fait qu'un règlement judiciaire d'un contentieux est encore et toujours perçu par les contractants comme un « accident de parcours » générant des charges et donc, des pertes. La Bruyère n'énonçait-il pas qu' « Orante plaide depuis dix ans entiers en règlement de juges pour une affaire juste, capitale, et où il y va de toute sa fortune ; elle saura peut-être dans cinq années quels seront ces juges, et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie... »⁷²³ ? La lenteur des procédures judiciaires entraîne son inadaptation à la vie des affaires, notamment dans le secteur de la construction dans lequel les arrêts de chantiers sont extrêmement craints des partenaires. Dans domaine de la construction internationalisé, le développement de procédures accélérées de règlement des conflits est devenu inéluctable et répond à des exigences pratiques indéniables. L'engourdissement des procédures judiciaires au sein des Etats est un inconvénient majeur.

332. En outre, il s'avère que les tribunaux étatiques souffrent couramment d'un déficit d'expérience, de ressources voire de compétence dans le domaine de la construction internationale. Certes, plus les juridictions étatiques seront amenées à traiter de litiges en matière de contrats internationaux de construction, plus elles pourront se perfectionner et se spécialiser en la matière. Et les tribunaux étatiques peuvent s'entourer d'experts pour les aider à trancher un différend complexe. Toutefois, les juridictions de droit civil n'utilisent pas la méthode de désignation la plus adaptée. L'influence du droit civil se traduit par une procédure dans laquelle le tribunal désigne lui-même l'expert technique. Dès lors, c'est le tribunal qui concourt directement et activement à la recherche

⁷²² CCDC, Comité canadien des documents de construction, « Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux contrats de construction », 2005, n° 40.

⁷²³ J. DE LA BRUYERE, « Les caractères », Flammarion, 1880, p. 317.

de la vérité. Le tribunal étatique délègue une partie de sa fonction de juger à l'expert en suivant ses conclusions techniques. Le meilleur système demeure celui dans lequel chacune des parties désigne son propre expert qui travaillera pour la partie l'ayant désigné. Les experts désignés présenteront leurs conclusions et leurs rapports au tribunal. Au cours de la phase écrite de la procédure, les experts des parties s'affronteront par rapports interposés. Dans ce système directement influencé par la common law, ce sont les parties, par le biais de leur expert, qui participent activement à la recherche de la vérité. Le rôle du tribunal se limite simplement à trancher le litige en ayant les deux rapports sous ses yeux.

333. Il est vrai que le système dans lequel chacune des parties désigne son propre expert a un inconvénient de taille. L'expert rémunéré par les parties aura tendance à présenter la situation et les problèmes techniques sous un angle qui sera le plus favorable à la partie l'ayant désigné. En ce sens, « tant qu'un expert est nommé et rémunéré par une partie donnée, il sera toujours incité à sympathiser avec la position de cette partie. Il y aura souvent une réticence à coopérer avec l'expert désigné par la partie adverse. Et les avocats essaieront toujours de contrôler les preuves présentées par leur expert et de l'empêcher de faire des déclarations qui pourraient se révéler défavorables au client »⁷²⁴. Dès lors, une véritable confrontation d'experts peut avoir lieu, dans laquelle l'expert qui verra son rapport être privilégié par le tribunal ne sera pas nécessairement celui qui y aura exprimé la vérité, mais simplement celui qui aura paru le plus convaincant aux yeux du tribunal. « En effet, l'une des critiques de ce système est que le résultat est une bataille d'experts à la neutralité douteuse, voire à la partialité déclarée, le prix allant au plus convaincant, pas nécessairement à celui qui dit la vérité, toute la vérité et rien que la vérité »⁷²⁵. Pour autant, ce système dans lequel chacune des parties opte pour son propre expert permet aux parties de garder la main et le contrôle sur un aspect majeur du litige, celui des différends techniques et complexes. Nommant leurs experts, les parties déterminent par là-même le contenu de l'expertise et s'assurent que le litige soit plus rapidement tranché, les experts apportant au tribunal les éclaircissements nécessaires.

⁷²⁴ K. SACHS et N. SCHMIDT-AHRENDTS, *Protocol on Expert Teaming : A New Approach to Expert Evidence*, in A.J. VAN DEN BERG, *Arbitration Advocacy in Changing Times* (ICCA Congress Series n° 15), coll. International Council for Commercial Arbitration, 2011, p. 143.

⁷²⁵ G. DE BERTI, *Experts and Expert Witnesses in International Arbitration : Adviser, Advocate or Adjudicator ?*, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, éd., Christian Klausegger, Peter Klein et al. Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2011, p. 53.

2) Une équité insuffisante

334. L'équité consiste dans le pouvoir de modérer des solutions inéquitables résultant de l'application des règles de droit, en s'y écartant principalement⁷²⁶. Si la justice étatique n'est pas privilégiée des opérateurs internationaux de la construction, c'est parce qu'il s'agit là d'une voie bien trop axée sur le droit et moins sur les intérêts des parties. De ce fait, la justice étatique est inadaptée aux réalités des projets internationaux de construction. Un management plus horizontal des conflits est privilégié par les parties à un contrat international de construction, plus soucieuses de la concertation que de la confrontation.

335. Si la finalité du droit est de rechercher l'équité, l'application d'une règle de droit peut parfois aboutir à une solution inéquitable. L'équité vise à faire en sorte que le juge ou l'arbitre recherche l'esprit dans l'affaire d'un droit⁷²⁷. Pour adapter la pensée de Saint-Thomas d'Aquin, par l'équité, le juge et l'arbitre recherchent « ce qui est juste en soi, contre ce qui est juste selon la loi »⁷²⁸. L'objectif est de parvenir à un équilibre dans la décision judiciaire ou arbitrale, tant sur le point économique ou pratique. Il s'agirait même pour un juge d'agir sur le contrat en modérant par équité « les droits créés par le contrat, et (d') écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles sans complètement modifier l'économie de la convention »⁷²⁹. Malgré tout, si l'équité a pour objet d'écarter ou de restreindre les effets les moins équitables d'une règle de droit⁷³⁰, elle ne vise pas à écarter l'application de toute règle de droit. « S'en remettre, d'un commun accord, à l'équité du juge, c'est accepter une certaine forme de discussion, c'est aussi faire un pas vers l'adversaire en vue de parvenir à une transaction. Or, bien souvent, au moment où s'engage (une) procédure (judiciaire étatique), les parties ne correspondent plus que par voie de sommation ou de constat, ce qui ne les porte guère à la concession »⁷³¹. L'un des inconvénients majeurs de l'équité demeure la subjectivité

⁷²⁶ Sur l'étude de la notion d'amicable composition, cf E. LOQUIN, *L'amicable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Litec, 1980.

⁷²⁷ « La clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige » (CA Paris, 28 novembre 1996, *Rev. arb.* 1997.380, note E. LOQUIN).

⁷²⁸ Cf L. ELDERS, *L'éthique de Saint-Thomas d'Aquin, Une lecture de la Secunda Pars de la Somme de théologie*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 287.

⁷²⁹ Cette position n'est ni celle du droit allemand ni celle du droit grec, pour qui un tribunal arbitral doit respecter les termes du contrat.

⁷³⁰ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Librairie philosophique J.Vrin, 2007, Introduction, traduction et notes de Jules Tricot, Livre V, Chapitre 14. 1137b, § 20.

⁷³¹ Cf P. ESTOUP, « L'amicable composition », *D.* 1996, chron. p. 222 et Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire », *in Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec 1991, n° 40, p. 188.

et l'arbitraire laissé au juge alors que les règles de droit sont réputées pour leur généralité et pour leur objectivité.

336. Si les arbitres peuvent évidemment statuer en droit, aujourd'hui, quasiment tous les droits nationaux s'accordent pour valider le lien entre arbitrage et équité⁷³². Ce lien s'explique notamment par le contenu de l'article 33 de la loi-type CNUDCI, dénuée de force obligatoire mais inspirant bon nombre de législateurs nationaux, énonçant que « le Tribunal statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé »⁷³³. Les arbitres ont une certaine liberté pour appliquer les normes de droit applicable à l'espèce. Plus rigides, les justices étatiques se matérialisent généralement par une relation « perdant-gagnant »⁷³⁴, ce qui ne correspond pas aux attentes des parties. Dans le domaine de la construction, il faut inciter à moins d'affrontements. En ça, l'amiable composition permet plus de dialogue et de conciliation entre les parties puisque l'objectif premier serait de parvenir à une solution équitable pour elles. L'amiable composition contribue à préserver les relations d'affaires entre les parties. En l'absence d'équité, « le juge sent monter en lui le sens de la décision équitable qui s'imposerait mais que les règles de droit l'empêchent de prendre »⁷³⁵. Si une telle faculté de juger en équité est présente devant les justices étatiques, elle est fortement amoindrie⁷³⁶.

337. En droit français et en application de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge tranche le différend conformément aux règles de droit applicables. Cet article pose obligation pour le juge de statuer en droit et la Cour de cassation y veille avec vigueur (sanction pour « insuffisance de motifs de droit », point de motivation, absence de fondement juridique, absence de précision ...⁷³⁷). Mais, il peut être amené à opérer un travail de requalification, de qualification et relever d'office un moyen de droit. Il y a alors une certaine atténuation à l'application de la règle de droit par le juge et une limitation de son office traditionnel. L'alinéa 3 de l'article 12 permet aux parties de lier le juge pour

⁷³² Les exceptions concernent notamment le droit algérien qui l'exclut expressément à l'article 1050 du Code de procédure civile et le droit brésilien qui affirme que l'Etat ne peut pas consentir à être jugé en équité.

⁷³³ Avant la promulgation de la loi-type CNUDCI, l'équité était inconnue, voire interdite de nombreux droits nationaux. Par exemple, le droit anglais excluait son recours sous peine de nullité de la convention d'arbitrage. Influencé par la loi-type CNUDCI, l'*Arbitration Act* anglais de 1996 autorisera finalement l'équité pour les arbitres (Cf E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 79 et s., p. 95 et s).

⁷³⁴ L'alternative anglo-saxonne du *Win-Lose*.

⁷³⁵ X^e Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires à Dijon les 6, 7 et 8 octobre 1977, « Le juge et l'arbitrage », *Rev. arb.* 1980, Débats, p. 490, intervention de Monsieur le Président Philippe Bertin.

⁷³⁶ Cf CA Grenoble, 19 octobre 1987, *Petites affiches* 1989. II. 21215, note B. PETIT.

⁷³⁷ Sur ce point, il était à dénombrer plus d'une dizaine de rappels à l'ordre de la Cour de cassation envers les juges du fond entre 2010 et 2012 (cf Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 11-20.336 : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut se borner à une simple référence à l'équité »).

leur qualification et les points de droit qu'elles ont établis par un accord de volonté⁷³⁸. Une autre atténuation à l'application de la règle de droit par le juge réside à l'alinéa 4 qui accorde aux parties la possibilité, par un commun accord, de conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur⁷³⁹. Pour autant, cet article est peu appliqué, car il s'éloigne de la tradition civiliste et ce n'est pas parce qu'un juge étatique statue en amiable compositeur qu'il n'applique pas le droit. Si le droit lui semble conforme à l'équité, il l'appliquera et l'assouplira si besoin est. En définitive, l'équité demeure prohibée sauf si elle est prévue par un accord conjoint des parties (sur ce point, un parallèle avec l'arbitrage est à relever). Il s'agit d'un phénomène très exceptionnel, car la fonction première du juge demeure d'appliquer et de respecter le droit. Le Professeur Motulsky a parlé d'une « innovation de grande portée »⁷⁴⁰. Traditionnellement, l'aimable composition est rattachée à l'arbitrage. En ce sens, l'alinéa 4 de l'article 12, s'illustre comme un « emprunt à l'arbitrage »⁷⁴¹, le juge statuant en équité est alors surnommé le juge-arbitre⁷⁴².

338. En pratique, l'amiable composition remporte très peu de succès devant une justice étatique affichant ses réticences quant à son subjectivisme et à l'insécurité juridique qui en ressortirait⁷⁴³. L'un des inconvénients de l'amiable composition judiciaire dans les droits civils est qu'elle n'est ouverte que lorsque le litige est déjà né. Or, lorsque les parties ne s'entendent plus, elles voudront difficilement s'accorder sur une amiable composition judiciaire comme elles rejeteront souvent les compromis d'arbitrage. Il conviendrait, pour l'ensemble des juridictions étatiques de droit civil, de s'inspirer de la conception anglaise contemporaine qui traduit une approche proprement arbitrale de la fonction du juge étatique. Dans les pays de common law, les juges commerciaux veillent principalement à s'assurer du respect des engagements contractuels des parties et assurent leur fonction comme le ferait un arbitre, puisqu'ils ne s'autorisent pas à dire le droit au-delà de ce que les parties leur exigent de décider⁷⁴⁴. Ces juridictions de common law bénéficient alors d'une bonne publicité et paraissent être dotées de solides compétences. C'est par exemple le cas de la Technology

⁷³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 1988, *Bull. civ. I*, n° 104, n° 85-18.715, *Rev. crit. DIP* 1989.68, note H. BATIFFOL.

⁷³⁹ « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ».

⁷⁴⁰ H. MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 93, n° 6.

⁷⁴¹ G. CORNU, « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980.378, n° 14.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Peu de décisions publiées, cf TGI Paris 27 mai 1987, *Rev. arb.* 1987.519, note G. FLECHEUX et Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 120.

⁷⁴⁴ A. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008 ; H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *RIDE* 2010§ 1 (t. XXIV, 1), p. 103-121.

and Construction Court britannique qui profite d'une belle image chez les opérateurs du secteur de la construction.

339. Si la quasi-totalité des droits nationaux s'accordent pour valider le lien entre arbitrage et équité, cette quasi-unanimité ne se retrouve pas entre justice étatique et équité. Malgré tout, la connexion entre équité et justice étatique ne peut plus être ignorée dans certains systèmes de civil law s'inspirant du régime de la common law. Par l'équité, des juges étatiques vont désormais rechercher l'esprit dans l'affaire d'un droit plutôt que de l'interpréter trop strictement. Ce n'est pas tant de l'application des règles de droit dont les parties veulent se libérer, mais surtout d'éviter une interprétation trop stricte. Une justice plus fonctionnelle ressortirait de la prise en considération de l'équité.

Conclusion §1 : Les litiges en matière de construction peuvent intervenir à tout moment au cours du chantier. Ils nécessitent d'être tranchés rapidement et de tendre, tant que cela demeure possible, à la continuité des travaux et à préserver une entente entre les parties. Devant les juridictions étatiques, les parties se heurtent à des réalités qui les désincitent à s'y confronter. Les juges publics doivent trancher des contentieux complexes, marqués par des intervenants nombreux et étudier des documents volumineux. Ils ne disposent ni du temps ni des moyens financiers et ni de l'expertise suffisantes pour les traiter promptement. Trancher les différends par une application stricte des règles de droit peut léser la poursuite des travaux. Il convient de moduler avec souplesse les règles de droit pour offrir aux parties les solutions juridiques les plus équitables. Toutes ces réalités ont conforté le succès de l'arbitrage international. Les arbitres sont nommés pour leurs expertises et pour leur entière disponibilité et s'attèlent à trancher les litiges en tentant de répondre au mieux aux intérêts des parties.

§2 : L'arbitrage multipartite en matière de construction

L'arbitrage international en matière de construction a pris le dessus sur les règlements judiciaires des conflits⁷⁴⁵. Si l'arbitrage international détient la préférence des opérateurs de la construction, il n'échappe pas à certaines difficultés. Les contentieux en la matière se révèlent par la multitude de contractants en présence. L'arbitrage de construction souffre de son caractère multipartite qui est susceptible de complexifier l'attrait de contractants devant les prétoires privés, mais aussi l'effectivité des sentences prononcées. Des solutions demeurent pour éluder ces problématiques (1). Aujourd'hui, en dépit de certains écueils entourant l'arbitrage en matière de construction, un appel à un accès direct commence à se faire de plus en plus audible. Toujours dans un objectif de répondre aux besoins du secteur, exigeant rapidité et efficacité dans le traitement des dossiers, il apparaît de moins en moins pertinent et acceptable de soumettre la saisine des arbitres à des procédures préalables, telles que la médiation ou la conciliation. Un appel à un accès direct à l'arbitrage doit s'enclencher (2).

1) Les remèdes aux écueils de l'arbitrage multipartite

La multiplicité des partenaires de la construction fait croître les probabilités de se trouver confronté à des clauses hétérogènes de règlement des contentieux. Un des contrats de la chaîne peut prévoir une clause compromissoire, un autre une clause attributive de juridiction, tout comme les deux contrats peuvent prévoir chacune une clause compromissoire, mais renvoyant à des institutions d'arbitrage différentes. Dès lors, des désordres similaires, ayant pour origine une même cause technique, peuvent être traités par des instances étatiques ou arbitrales différentes, ce qui peut d'augmenter le risque de décisions contradictoires. C'est ainsi que revêt l'importance de l'extension d'une clause compromissoire à un tiers pour éviter l'éclatement et la dispersion du contentieux pour des contrats

⁷⁴⁵ Certes les juridictions étatiques voient leurs décisions rendues être toujours publiées, à l'inverse de certaines sentences arbitrales. Par cette publicité, les acteurs du secteur de la construction peuvent, notamment, avoir une idée de la vision des juridictions nationales sur l'application des contrats FIDIC et sur leurs appréciations quant à l'interprétation du contrat international de construction (quant aux risques, aux responsabilités, aux délais, aux sanctions ...). Néanmoins, la confidentialité apportée par l'arbitrage est appréciée des partenaires de la construction, car elle leur épargne une publicité pouvant parfois leur être nuisible. S'il ressort des faits du litige que la responsabilité d'un constructeur pour une ou plusieurs fautes dans l'exécution des travaux est avérée, sa notoriété pourrait en prendre un coup, en l'absence de discrétion et de confidentialité du jugement. Or, ce n'est pas nécessairement parce que des fautes ont été commises par le constructeur dans l'exécution du marché que ses compétences conviennent d'être remises en cause. La confidentialité de l'arbitrage permet à des constructeurs de préserver leur réputation, élément central de leurs activités. Les partenaires internationaux de la construction favorisent l'évitement aux procès étatiques pour préserver leur image, du fait de la publicité des débats à laquelle ils devraient se soumettre.

étroitement liés entre eux⁷⁴⁶. Il est indéniable qu'« il y a un intérêt à organiser un arbitrage multipartite entre des personnes impliquées dans une suite de rapports juridiques horizontaux ou verticaux »⁷⁴⁷, sachant que le rapport entre un sous-traitant et un entrepreneur principal constitue un rapport vertical. Très souvent d'ailleurs, dans les contrats de sous-traitance internationaux, « un entrepreneur principal impose au sous-traitant de l'assister en cas de litige avec le maître de l'ouvrage pour des raisons tirées de l'exécution des travaux sous-traités. La sentence arbitrale aura chose jugée pour le tiers, sous-traitant »⁷⁴⁸.

Si l'extension est une pratique légitime, elle s'accompagne de difficultés dans le traitement des contentieux, notamment dans la désignation des arbitres par les parties et dans l'attrait volontaire de chacun des intervenants au chantier (a). Pour y répondre, il convient d'adopter une approche plus souple du caractère consensuel de l'arbitrage en matière de construction, afin de favoriser un attrait plus efficace d'opérateurs non liés par une clause d'arbitrage (b).

a. Les difficultés de l'arbitrage multipartite

a.1. La composition du tribunal arbitral

340. Il existe plusieurs problématiques inhérentes à l'arbitrage multipartite, notamment sur la composition du tribunal arbitral. Un entrepreneur principal peut désirer attirer un sous-traitant à une instance arbitrale entre lui et le maître de l'ouvrage, lorsque les retards d'exécution des travaux sont imputables à ce sous-traitant. De même, le maître de l'ouvrage peut être tenté d'attirer à l'arbitrage un sous-traitant lorsque l'entrepreneur principal est insolvable. Le sous-traitant peut également être tenté d'intervenir à l'arbitrage lorsque son paiement est suspendu au versement des fonds par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur principal ou en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur principal.

⁷⁴⁶ Ainsi, « une partie peut être partie au contrat principal sans pour autant être partie à la clause d'arbitrage, ou être partie à la clause d'arbitrage sans pour autant être partie au contrat principal » (J-L. DELVOLVE, « Finalement, qu'est-ce qu'une partie ? Qu'est-ce qu'un tiers ? », in *L'arbitrage et les tiers : le droit de l'arbitrage*, Kluwer arbitration, 1988, p. 501.

⁷⁴⁷ E. BROUSSEAU, « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Petites affiches* 1998.22.

⁷⁴⁸ J-L. DELVOLVE, *préc.*, p. 501.

341. Ces désirs ne devraient pas masquer la réalité de la nature consensuelle de l'arbitrage. Une clause compromissoire intégrée dans un contrat principal ne devrait pas permettre d'attirer un tiers à l'instance arbitrale. La position française sur la transmission et sur l'extension des clauses d'arbitrage ne reflète pas la position majoritaire en droit comparé⁷⁴⁹. L'article 325 du Code de procédure civile impose un « lien suffisant » entre les prétentions exprimées par les parties, qu'il s'agisse d'une intervention volontaire ou forcée et, dans tous les cas, le tiers ne pourra pas être contraint de rejoindre la procédure arbitrale enclenchée sans son consentement⁷⁵⁰. Son intervention nécessitera un avenant à la clause d'arbitrage. L'intervention forcée porte donc mal son nom⁷⁵¹.

342. Même admise par un tribunal arbitral, l'exequatur de la sentence arbitrale faisant état d'une intervention forcée d'un tiers ne sera pas garantie. Si un tiers, comme le sous-traitant par exemple, est assigné contre son gré devant un tribunal arbitral dont la procédure fut enclenchée entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur principal, il pourra toujours résister à l'exécution de la sentence arbitrale. D'une part, il pourra se retrancher derrière le levier de l'article V (1) (a) de la Convention de New-York lui octroyant le droit de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence lorsqu'il n'existait pas de convention d'arbitrage liant les trois parties à la fois⁷⁵². D'autre part, il pourra se positionner sur le terrain de l'article V (1) (b) en faisant prétendre que s'il fut conduit à la procédure arbitrale après constitution du tribunal, il n'a pas pu faire entendre sa voix sur la désignation des arbitres puisqu'il n'a pu participer à l'enclenchement de la procédure⁷⁵³. Le sous-traitant pourrait aussi faire valoir que la sentence arbitrale rendue a dépassé le cadre de la clause bilatérale d'arbitrage

⁷⁴⁹ Par exemple, l'article 1045 du Code de procédure néerlandais autorise la possibilité d'une demande d'intervention de tierces parties à l'instance, mais il s'agit d'une autorisation supplétive de volontés, autrement dit les parties peuvent exclure cette possibilité au sein de leur convention d'arbitrage.

⁷⁵⁰ Cf article 332 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, l'intervention forcée est une faculté pour le juge (Cass. com., 11 décembre 2007, n° 06-18.618, *RTD civ.* 2008.154, obs. R. PERROT : « le juge peut inciter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige »).

⁷⁵¹ Cf article 332 alinéa 1^{er} du CPC, *préc.* En droit civil français, le juge ne peut pas, lui-même, appeler des tiers à l'instance, mais il peut ordonner d'office que les tiers soient attirés à l'instance ou inviter les parties à les y appeler. Il ne peut ordonner d'office que pour des cas particuliers (filiation, solidarité (article 552 du Code de procédure civile), indivisibilité (article 553 du Code de procédure civile) en appel) (CA Paris, 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.401, obs. E. LOQUIN). L'intervention forcée est irrecevable en matière arbitrale, car il y a un fondement contractuel, l'arbitre tenant sa compétence de la clause compromissoire (CA Paris, 27 février 1997, *Rev. arb.* 1998.159, note Ch. JARROSSON). C'est une règle à la fois d'arbitrage interne et d'arbitrage international.

⁷⁵² « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : a. Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (...) ».

⁷⁵³ « b. Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens (...) ».

(article V (1) (c)⁷⁵⁴) ou que le tribunal fut constitué sans son accord express en cas d'arbitrage-joint (article V (1) (d)⁷⁵⁵). La Cour de cassation a ainsi considéré que le fait que, en cas de désaccord des parties sur le choix d'un arbitre commun, chacune des parties ne puissent pas désigner « leur » arbitre constituerait une violation du principe d'égalité de traitement⁷⁵⁶.

La composition du tribunal arbitral est l'une des nombreuses problématiques inhérentes à l'arbitrage multipartite. Des opérateurs sont attirés devant une procédure arbitrale après constitution du tribunal arbitral, sans avoir pu faire entendre leur voix sur la désignation des arbitres, n'ayant pas pu participer à l'enclenchement de la procédure. Pour autant, rares sont les tribunaux étatiques à admettre cette inégalité de traitement comme motif d'annulation de la sentence arbitrale⁷⁵⁷.

a.2. Les difficultés tenant au consentement des parties

343. La consolidation d'une instance arbitrale avec une autre présuppose naturellement que toutes les parties à la chaîne de construction aient signé une clause d'arbitrage. La consolidation en matière d'arbitrage international peut survenir dès lors qu'il existe deux ou plusieurs procédures arbitrales en cours, qui se réuniront pour n'en former qu'une, dès lors que les parties sont les mêmes ou que les questions de droit ou de fait sont communes entre ces instances arbitrales. Les avantages sont similaires à l'« arbitrage-joint », consistant en une économie des coûts et temps procéduraux et à l'élimination des risques de décisions contradictoires. Pour illustration, un entrepreneur principal peut se voir attirer par le maître de l'ouvrage en défectuosité de l'ouvrage et l'entrepreneur principal, au même moment, a pu enclencher une procédure d'arbitrage contre son sous-traitant en raison de sa responsabilité dans la défectuosité de l'ouvrage. Consolider ces deux arbitrages en un, permettrait de gagner en temps et en efficacité⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ « c. Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées (...) ».

⁷⁵⁵ « d. Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu (...) ».

⁷⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Dutco*, n° 89-18.708, *Bull. civ. I*, n° 2.

⁷⁵⁷ Dans l'affaire *Dutco*, il a été jugé que ce n'était pas là un motif d'annulation dès lors que les parties n'avaient pas été traitées injustement.

⁷⁵⁸ Cf U. DRAETTA, « Arbitration in international construction contracts : selected practical problems », *Gaz. Pal.* 16 décembre 2008, n° 351, p. 13.

344. Ainsi, la consolidation est davantage effective dès lors que les deux (ou plusieurs) procédures arbitrales ont été enclenchées en même temps ou sont pendantes en même temps. Autrement, l'une des procédures arbitrales peut déjà être parvenue à une solution qui ne sera pas révisable. De surcroît, les clauses d'arbitrage contenue dans les deux contrats nécessitent d'être relativement similaires ou tout du moins être compatibles entre elles (similitude du droit applicable, mêmes règles de l'arbitrage, similitude dans le siège et la langue de l'arbitrage ...). Cela manifeste l'avantage de la sous-traitance transparente pour assurer une consolidation efficace. En l'absence de ces différentes similitudes, il peut paraître difficile voire impossible de faire jouer le mécanisme de la consolidation des procédures arbitrales.

345. Une clause compromissoire, présente dans le contrat principal conclu entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur principal, peut-elle être transmise au sous-traitant, tiers à ce contrat ? Lorsque le contrat de sous-traitance contient une clause de règlement des litiges renvoyant à celle du contrat principal, il s'agira d'une « flow down clause » ou « clause d'écoulement » . L'arbitrage multipartite peut être enclenché par accord des parties impliquées ou en application de la loi applicable à la procédure arbitrale. En pratique, il est rarement utilisé dans les contentieux relatifs aux projets internationaux de construction, les parties étant réticentes à consentir à ce mécanisme. Or, le consentement demeure l'essence de l'arbitrage.

346. Il peut se poser la question de savoir si le consentement à l' arbitrage multipartite ne pourrait pas être présumé de l'adhésion des parties à un arbitrage institutionnel consacrant ce mode d'arbitrage⁷⁵⁹. En réalité, il est très rare qu'un arbitrage multipartite soit prononcé sur la seule base des Règles d'arbitrage applicables. Seules quelques affaires en ce sens ont abouti⁷⁶⁰. La plupart du temps, il sera exigé que l'arbitrage multipartite soit expressément prévu dans le contrat ou dans une clause parapluie séparée du contrat. La volonté des parties gouverne la conduite de l'arbitrage, de sorte que si la convention d'arbitrage ne fait pas référence à l'arbitrage multipartite, c'est parce que les parties n'y consentent pas⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Règlement suisse d'arbitrage international, 2021, Article 7 « Jonction ».

⁷⁶⁰ M. MCLLWRATH et S. MOOLLAN, « Joinder – Current Practice in International Arbitration », *TDM* 2005, vol. 2, p. 3.

⁷⁶¹ E. LOQUIN, « La compétence arbitrale », *J. Cl. Procédure civile* 1986, fasc. 1032, n° 20.

Comme l'a souligné Daniel Cohen, « l'extension signifie l'adjonction d'une personne à celle normalement engagée, la transmission, la substitution d'une personne à celle normalement engagée »⁷⁶². Les arbitrages multipartites n'ont pas la faveur de la tierce partie qui ne voudra pas être attiré devant une procédure arbitrale qu'elle n'aurait pas elle-même enclenchée et qui aurait rapport avec un problème ne la concernant peut-être pas directement. Ces arbitrages peuvent lui paraître trop complexes et expéditifs, marqués par un trop grand nombre d'intervenants risquant de diluer la parole de chacun et d'obstruer ses arguments. La peur de l'inconnu et de l'imprévisibilité peut amener les parties à refuser l'arbitrage multipartite lorsque celui-ci n'a pas été contractuellement et par avance prévu. Par ailleurs, il semble peu réaliste de convaincre les parties de prévoir, au moment de la formation de leur contrat, l'hypothèse d'un arbitrage multipartite. Les contractants ne peuvent pas savoir par avance s'ils se retrouveront en position de demandeur ou de défendeur devant le tribunal arbitral et ils ne peuvent pas anticiper si l'arbitrage multipartite sera bénéfique à leurs propres intérêts⁷⁶³.

347. Une très grande majorité d'Etats a connu un mouvement jurisprudentiel tenant à affirmer que la participation à l'arbitrage ne se limite pas aux seules parties ayant consenti à une clause d'arbitrage. En application de cet élan, il a même été considéré comme inacceptable le fait, pour des sociétés liées, qu'un membre du groupe se soustrait à l'arbitrage en prétendant seulement ne pas avoir signé ladite convention d'arbitrage. Ces spécificités internes pourraient finir, à terme, par exercer une certaine influence sur les arbitrages internationaux.

L'extension des clauses compromissoires a d'abord concerné les groupes de sociétés⁷⁶⁴ avant d'atteindre les groupes de contrats. La notion d'unité économique de l'opération de construction peut

⁷⁶² D. COHEN, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997.471 et spéc. p. 474.

⁷⁶³ Un maître de l'ouvrage ne sera pas incité à accepter de tels modalités arbitrales, car il préférera défendre ses arguments devant une partie unique, l'entrepreneur principal. De même, le sous-traitant sera précautionneux et réservé à être impliqué dans un litige portant sur un contrat principal de construction, d'autant plus lorsque ce sont ses modalités de travaux qui seraient mises en cause. Pourtant, le refus d'un maître de l'ouvrage de se joindre à un arbitrage peut entraîner pour le sous-traitant des difficultés à rapporter certaines preuves, par le manque de collaboration et de coopération du maître de l'ouvrage dans la fourniture de documents. Cette situation est frustrante pour les arbitres, car s'ils savent qu'une telle preuve existe, placer l'élément probatoire à la charge du sous-traitant est souvent une charge lourde pour ce dernier.

⁷⁶⁴ Cf Sent. CCI, 23 septembre 1982, *Dow Chemical c. Isover-Saint-Gobain*, n° 4131, confirmée par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 21 octobre 1983, 1^{re} chambre, 21 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984, note A. CHAPELLE). Cf également sur ces questions la position de la Professeure C. GOLHEN, pour qui « l'existence d'un groupe est utilisée comme un indice de connaissance de la clause », dans « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction (1^{re} partie) », *Procédures*, mai 2008, étude 5 et « (2^e Partie) », *Procédures* juin 2008, étude 6 et cf « Modalités de la transmission d'une clause compromissoire dans une chaîne de contrats », *JCP G* 27 juin 2007, n° 26, p. 10118.

éluder la difficulté constituée par le principe de l'effet relatif des conventions⁷⁶⁵. La pratique des contrats internationaux de construction rend usuelle, à la connaissance du sous-traitant, l'insertion d'une clause prévoyant un arbitrage multipartite ou la signature d'une convention multilatérale d'arbitrage après la naissance du litige⁷⁶⁶. Une telle clause d'arbitrage multipartite figurait dans un contrat du projet Eurodisneyland⁷⁶⁷. Ainsi, la Première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 octobre 2011, énonçait que « l'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat »⁷⁶⁸. Il ressortait de l'espèce qu'un sous-traitant avait délégué à un sous-traitant de second rang les travaux et que ce dernier avait eu connaissance du contrat de sous-traitance conclu entre le premier sous-traitant et l'entrepreneur principal. Pour la Cour de cassation, l'extension de la clause compromissoire se justifiait du fait de cette connaissance et de l'implication du sous-traitant de second rang dans le cadre du contrat contenant cette clause et ce, même en l'absence de son consentement.

⁷⁶⁵ Le tiers à la convention d'arbitrage est celui qui, par définition, n'a pas signé la convention. N. ABDALLAH-MARTIN, « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une *lex mediterranea* ? », in F. OSMAN et L. CHEDLY, *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015 : « l'extension permet d'étendre l'effet obligatoire de la clause d'arbitrage à des tiers non-signataires intervenant à une même opération économique ou à un ensemble de contrats conclus entre les mêmes parties, dans le cadre d'une même opération économique ». La notion d'opération économique unique se caractérise par « l'existence de liens fonctionnels entre les contrats » (F-X. TRAIN, note sous CA Paris, 22 mai 2008, n° 06/18493, *Rev. arb.* 2008.741, n° 8).

⁷⁶⁶ Cf P. GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, Joly Éditions, 1998, p. 506 et s. ; CA Paris, 30 novembre 1988, *Société Korsnas Marma c. Société Durand-Auzias*, *Rev. arb.* 1989.691 et s. ; CA Paris, Ch. 1, 14 février 1989, *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co ltd et autres*, *Rev. arb.* 1989.691 et s. : « (1) a clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propre qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qu peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant ».

⁷⁶⁷ Eurodisneyland, CE, avis du 6 mars 1986, n° 33-9710, *Rev. arb.* 1986.397 : « dans le cas d'un arbitrage intenté par l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage ou par le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage aura le droit d'adjoindre tout tiers comme partie à l'arbitrage, à condition que ce tiers ait signé un contrat avec le maître de l'ouvrage relatif au projet, permettant une telle jonction, ou ait signé un contrat avec le maître de l'ouvrage relatif au projet et consente à une telle jonction... » ; Cf C. SAMSON et F. ALBERT, « L'arbitrage dans le domaine de la construction – Une solution attractive malgré la spécificité des litiges », *Construction-Urbanisme* octobre 2003, n° 10, chron. 9.

⁷⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-17.708. En l'espèce, une société française CMN, Construction mécanique de Normandie, devait assurer la construction de deux yachts. Elle avait conclu un contrat de sous-traitance contenant une clause d'arbitrage avec un sous-traitant suédois, Fagerdala Marine Systems (FMS) pour qu'elle y effectue la peinture. Le sous-traitant suédois avait confié ces travaux à un autre sous-traitant allemand, Patroun Korrosionsschutz Consulting (PKC). L'entrepreneur principal CMN avait rompu le contrat, le sous-traitant en bas de chaîne PKC avait alors assigné CMN et le sous-traitant suédois en paiement, tandis que le sous-traitant suédois avait assigné CMN en paiement pour rupture abusive du contrat. Le sous-traitant allemand avait saisi un juge étatique contre les sociétés qui avaient clamé l'incompétence du juge étatique, car une clause compromissoire avait été insérée dans le premier sous-traité et ce, même si le sous-traitant PKC n'y avait pas consenti. La Cour de cassation, censurant l'arrêt d'appel, avait estimé que la connaissance de la clause par le sous-traitant était réelle et ce alors que dans l'arrêt ABS, la connaissance n'était pas nécessaire à l'extension (Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Alcatel business systems c/ Amkor technology*, « l'effet de la clause d'arbitrage internationale s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et des litiges qui peuvent en résulter »).

348. Ainsi, une telle situation pourrait être amenée à se reproduire pour un sous-traitant de premier rang ayant eu connaissance du contrat principal et s'y étant impliqué dans son exécution. Finalement, le sous-traitant est tenu de la même obligation que l'entrepreneur principal et sa participation concourt directement à la construction et à l'accomplissement du contrat principal⁷⁶⁹. D'ailleurs, déjà dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 20 janvier 1988, il fut énoncé de façon générale qu'une clause compromissoire insérée dans un contrat principal était susceptible de s'appliquer à un sous-traitant, et ce même s'il n'en faisait pas partie⁷⁷⁰. L'extension de la clause compromissoire internationale s'applique désormais également à la sous-traitance. Toute personne qui consent à intervenir en connaissance de cause dans l'exécution d'un contrat devient partie à la clause de règlement des conflits qu'il contient. Il en ressort une acceptation tacite des autres parties à l'adhésion du tiers. Si le trio maître de l'ouvrage, entrepreneur principal et sous-traitant fait partie d'un même groupe de sociétés, l'indice de connaissance de la clause attributive de juridiction sera élevé, mais la participation à l'exécution du contrat principal demeure prépondérante et cette participation doit traduire une acceptation tacite de la clause⁷⁷¹. La Cour de cassation « persiste dans la mise à l'écart de la volonté des parties comme fondement de l'arbitrage. On ne voit plus très bien ce qui pourrait empêcher que la clause compromissoire soit un jour étendue d'un contrat principal à un contrat de sous-traitance »⁷⁷².

349. Certes, le principe de consensualité constitue le cœur de l'arbitrage. Mais, il n'est pas le seul principe. L'arbitrage se caractérise par des valeurs aussi importantes les unes que les autres et parmi celles-ci, il peut être fait mention de l'intérêt général, de l'efficacité de la justice ... Le consentement des parties n'est plus forcément écrit, il peut ressortir du connaissance, de l'implication, de la participation à la conclusion, à l'exécution d'un contrat. Le principe de l'extension est justifié. Il faut parfois s'écarter de la rigueur de la théorie juridique et retenir la réalité d'une opération triangulaire de construction, le contrat de sous-traitance visant à l'exécution d'un contrat principal conclu antérieurement. Le sous-traitant n'est pas un *penitus extranei*, un tiers absolument étranger au contrat.

⁷⁶⁹ P. CATALA, dans sa Préface à l'ouvrage de J. NERET, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, p. XVII, ne parlait-il pas de « pesante paternité » entre tout sous-contrat au contrat principal ?

⁷⁷⁰ CA Paris, 20 janvier 1988, *Rev. arb.* 1990.651.

⁷⁷¹ Cf I. FADLALLAH, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *Trav. comité fr. DIP* 1984. 1985. 1986, p. 105. Cf également B. HANOTIAU, « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Gaz. Pal.* 19 décembre 2002, n° 353, p. 6 ; cf E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, n° 157, p. 7.

⁷⁷² S. SANA-CHAILLE DE NERE, note sous Cass.civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-21.802, *Bull. I.* 2011, n° 183, *JDI* 2012.1.

S'il est bien étranger à la formation du contrat principal, il profite ou il pâti des effets du contrat principal. Il existe une « connexion économique » entre ces contrats⁷⁷³. Finalement, la difficulté s'est déplacée sur l'interprétation de la volonté du tiers⁷⁷⁴. La simple connaissance de la clause compromissoire tient en un consentement implicite et il a fallu lui adjoindre un critère plus objectif, plus puissant, à savoir l'implication dans l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire. L'extension est prévisible pour l'ensemble du trio à la construction. Elle est prévisible pour le maître de l'ouvrage, qui peut s'attendre à ce que les différends qui seront liés à l'exécution du contrat de construction soit soumis à la clause d'arbitrage de l'opération principale. Elle est aussi prévisible pour le sous-traitant qui a connaissance de la clause et qui s'implique dans l'exécution du contrat principal.

b. Vers un arbitrage multipartite indépendant du consentement

350. Lorsque des contentieux dans différents contrats concernent le même fait et apparaissent en même temps et qu'une clause compromissoire est présente à l'intérieur de ces contrats, le tribunal arbitral voudra traiter conjointement ces contentieux. De même, lorsque pour un même contrat, plusieurs contentieux apparaissent à des temps similaires ou différents. L'arbitrage conjoint et multipartite a pour avantage d'économiser les coûts procéduraux, de favoriser la rapidité de la procédure et d'empêcher les risques de décisions contradictoires portant sur les mêmes faits ou sur les mêmes questions de droit⁷⁷⁵. Cette réduction des coûts et des délais procéduraux implique des parties qu'elles jouent le jeu. Or et comme l'a fait remarquer le Professeur Hascher, « les procédures consolidées prennent plus de temps et coûtent plus cher que les procédures non consolidées, car de nouvelles parties et de nouveaux arbitres sont impliqués. L'incorporation de différends distincts dans une procédure d'arbitrage unique complique énormément la tâche. Chaque partie assume le fardeau supplémentaire d'entendre les demandes, de témoigner et de discuter des témoignages avec toutes les autres parties concernées. Il y a une probabilité plus élevée (...) de retards. Les risques d'omission, d'erreurs sont multipliés. Il faut plus de temps à tous les arbitres pour connaître (...) des griefs et des revendications de toutes les parties et pour se prononcer sur le fond du litige »⁷⁷⁶. En définitive, les

⁷⁷³ Cf R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, La Séance, Panorama des mutations, Dalloz, 3^e éd., 1964, p. 53.

⁷⁷⁴ Cf affaire *Dallah* où juges français et juges anglais se sont confrontés aux mêmes faits, mais ont rendu deux solutions différentes en appliquant le même droit (CA Paris, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c. Dallah et Cour suprême Royaume-Uni*, 3 novembre 2010, *JDI* 2011.395, note I. MICHOU).

⁷⁷⁵ Or, ces décisions contradictoires entre tribunaux arbitraux sont possibles, du fait de l'absence de *stare decisis* en matière d'arbitrage international.

⁷⁷⁶ D. HASCHER, « Consolidation of Arbitration by American Courts : Fostering or Hampering International Commercial Arbitration? », *J. INT'L ARB* 1984, vol. 1, p. 127-136 (1984).

parties désirant échapper à l'arbitrage peuvent être tentées de demander la consolidation en tant que stratégie dilatoire dans l'optique d'éterniser l'instance.

351. L'extension des clauses compromissoires ne devrait être possible que lorsqu'en dépit de deux instrumentums différents, il n'y a, en réalité et par un phénomène de *punctuation*, qu'un seul et unique contrat, le contrat international de construction. Ce contrat se formerait par étapes continues et successives et non par un échange instantané des consentements. Tous les intervenants à la construction s'entendraient pour former entre eux des accords qui constitueraient l'armature générale du contrat de définition. Tous les contrats annexes au contrat principal ne seraient que des accessoires à celui-ci, car au fond, ils poursuivraient le même objet, la construction de l'ouvrage.

352. Une étude de la School of International Arbitration de l'Université Queen Mary à Londres avait indiqué que le besoin d'améliorer le cadre des contrats multipartites et des litiges « multi-contrats » était l'une des préoccupations majeures des opérateurs de la construction internationale⁷⁷⁷. Une inégalité semble d'ailleurs prédominer entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Si les ICC Rules exigent le consentement expresse des parties à la consolidation⁷⁷⁸, très souvent, les juges nationaux usent, sur le plan interne, de leur libre appréciation pour offrir aux différends multipartites un cadre adapté à leur résolution, alors qu'une telle discrétion n'existe pas en arbitrage international, subordonné au Principe selon lequel « l'intervention minimale du tribunal prévaut »⁷⁷⁹. A titre d'illustration, la Section 6(2) du Singapore Arbitration Act⁷⁸⁰ (applicable à l'arbitrage interne) autorise les juges à appliquer un arbitrage multipartite si cela est juste et approprié⁷⁸¹. En revanche, la Section 6(2) du Singapore International Arbitration Act⁷⁸² (applicable à l'arbitrage international) exclut toute discrétion en la matière et refuse l'arbitrage multipartite. De la même façon, en droit néerlandais, aucune loi n'exige le consentement des parties, les juges sont alors libres d'ordonner une telle jonction, sauf accord exprès contraire des deux parties, si l'arbitrage se déroule aux Pays-Bas et que les litiges et instances sont connectés⁷⁸³.

⁷⁷⁷ Queen Mary University of London School of International Arbitration, « International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices » (2006), http://www.arbitrationonline.org/docs/IAstudy_2006.pdf

⁷⁷⁸ « La Cour peut, à la demande d'une partie, regrouper deux ou plusieurs arbitrages pendants en vertu du Règlement en un seul arbitrage, lorsque :a) les parties ont convenu de la consolidation (...) » (Article 10 révisé du Règlement CCI de 2021 : « Consolidation des arbitrages »).

⁷⁷⁹ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* 1985, Art. 5, United Nations, 2008.

⁷⁸⁰ *Arbitration Act*, Cap. 10, 2001, R.S. 2002.

⁷⁸¹ Cf *Yee Hong Pte Ltd c. Tan Chye Andrew (Ho Bee Development Pte Ltd, Third Party)* (2005) SGHC 163.

⁷⁸² *International Arbitration Act*, Cap. 143 A, 2002.

⁷⁸³ Cf *Guide de l'arbitrage international*, Latham & Watkins, 2013, p. 11.

353. Certaines législations n'ont pas hésité à promulguer des consolidations obligatoires par principe. C'est le cas de Hong Kong avec la Hong Kong Arbitration Ordonnance de 1997, à l'article 6B, lorsqu'il existe des questions de droit ou de fait communes, « le tribunal peut ordonner la consolidation de ces procédures d'arbitrage aux conditions qu'il estime justes ou ordonner leur audition simultanée ou immédiate (...) ». Aux Etats-Unis, les solutions relatives au pouvoir juridictionnel d'ordonner une consolidation sont disparates selon les Etats américains. A Boston par exemple, dans le Massachusetts, la consolidation est possible dès lors que les parties ne l'ont pas exclu dans leur convention d'arbitrage⁷⁸⁴. The American Arbitration Association refuse la consolidation sans le consentement exprès de toutes les parties impliquées, mais l'admet lorsqu'elle est ordonnée par la Cour. Cette incohérence est fortement contestée aux Etats-Unis. Dès lors, l'AIA américain (American Institute of Architects) a été amendé en 2017 et exclut toute consolidation imposée par le juge sans le consentement des parties.

Les juridictions anglaises sont plus réticentes à admettre une consolidation ou une jonction indépendamment du consentement des parties. Dans une affaire *Abu Dhabi Gas Liquefaction v. Eastern Bechtel Corp*, un maître de l'ouvrage avait actionné une procédure arbitrale en Angleterre contre son entrepreneur principal à propos d'un contrat international de construction. L'entrepreneur principal avait argué que les défauts de la construction étaient imputables au sous-traitant japonais. L'entrepreneur principal avait alors enclenché une action arbitrale contre ce sous-traitant à propos de ces défauts. Lord Denning de la Cour d'appel avait estimé qu'il aurait été approprié de consolider ces deux arbitrages et de les entendre dans une procédure unique, pour parvenir à des gains de temps et d'argent et éluder les sentences contradictoires. Pour autant, il soulignait que la Cour n'avait aucune juridiction pour consolider deux arbitrages sans le consentement des parties impliquées⁷⁸⁵. Ainsi, l'unification des procédures arbitrales entrerait en contradiction avec la nature conventionnelle même de l'arbitrage. Dès lors, en Angleterre, une juridiction nationale ne peut pas ordonner d'elle-même une consolidation sans l'accord des parties, la Section 35 de l'English Arbitration Act de 1996 énonçant que, « à moins que les parties ne conviennent de conférer un tel pouvoir au tribunal, celui-ci n'a pas le pouvoir d'ordonner la consolidation des procédures ou des audiences simultanées ».

⁷⁸⁴ *Massachusetts Arbitration Consolidation Statute*.

⁷⁸⁵ Court of appeal, *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd. C. Eastern Bechtel Corporation and Chuyoda Chemical Engineering & Construction Co. LTD. Eastern Bechtel Corporation and Chiyoda Chemical Engineering & Construction Co. LTD. C. Ishikawajima-Harima Heavy Industries Co. LTD (1982)*, 2 *Lloyd's Rep.* 425.

En droit français, il ne semble pas non plus qu'une telle obligation de consolidation puisse être prononcée par un juge français, bien qu'aucune affaire sur la question n'a été recensée.

2) Les motifs d'un accès direct à l'arbitrage international en matière de construction

354. Les clauses d'escalator dans les contentieux de construction, obligeant les parties à actionner préalablement à l'arbitrage une voie de médiation puis d'adjudication sont d'usage. Déjà, à l'époque du système de l'Engineer qui sera abordé dans les développements suivants, le constructeur ne pouvait pas directement procéder à l'arbitrage lorsque le maître de l'ouvrage n'avait pas nommé d'ingénieur. La clause 67 des Conditions FIDIC, dans sa rédaction issue de la troisième édition, imposait le recours à l'ingénieur préalablement au recours à l'arbitrage⁷⁸⁶, de sorte que le tribunal arbitral déclarait comme « prématurée » la demande d'arbitrage⁷⁸⁷. De manière générale, les contrats FIDIC énoncent de manière obligatoire que le demandeur s'engage d'abord devant une procédure de conciliation ou devant un Dispute Adjudication Board, avant que le recours à l'arbitrage ne soit ouvert.

355. Pour autant, il semblerait qu'un chemin direct à l'arbitrage international en matière de construction existe, comme en témoigne la sous-clause 20.8 du livre rouge de la FIDIC qui énonce que « si un différend survient (...) et qu'aucun DAB n'est en place, que ce soit en raison de l'expiration de son mandat ou de toute autre raison (...), le différend peut être soumis directement à un arbitrage (...) ». De la même façon, la Cour Suprême Suisse, dans un arrêt du 7 juillet 2014, avait affirmé que dans certains cas exceptionnels, il serait possible de recourir à l'arbitrage sans saisine préalable du Dispute Adjudication Board⁷⁸⁸. En l'espèce, un contrat fut conclu pour une construction en Roumanie. Après l'achèvement des travaux, l'entrepreneur principal avait demandé le paiement des vingt-et-un millions d'euros du contrat FIDIC passé sur le modèle du livre rouge. Les parties

⁷⁸⁶ Avant d'être soumis à l'arbitrage, « (ii) Le litige doit avoir été soumis à l'ingénieur pour décision ».

⁷⁸⁷ Il peut notamment être fait état de deux sentences rendues en 1990 dans lesquelles il était apparu que le maître de l'ouvrage n'avait pas procédé à la nomination de l'ingénieur dans les conditions habituelles ni notifié par écrit à l'entrepreneur principal le nom de l'ingénieur qui était investi de la fonction pré-arbitrale. Pour autant, le tribunal arbitral avait énoncé que « le demandeur (...) avait l'obligation de mettre le défendeur (maître de l'ouvrage) en mesure de lui indiquer le nom de l'ingénieur à qui le différend devait être soumis. C'est seulement s'il s'était heurté à un refus du défendeur, ou en l'absence de réponse de celui-ci, que le demandeur aurait pu être dispensé de respecter cette phase pré-arbitrale » (affaires CCI, n° 6276 et n° 6277 (1990)).

⁷⁸⁸ Cour Suprême Suisse, décision du 7 juillet 2014, Az : 4A_124/2014.

avaient inséré dans le contrat de construction une clause d'arbitrage et une clause relative au mode alternatif de règlement des litiges. Pour donner suite au contentieux naissant, les parties avaient décidé de désigner un Dispute Adjudication Board à trois membres, mais sa création avait pris environ quinze mois, de mars 2011 à juillet 2012. Ne s'entendant pas sur le contenu de la convention de conciliation (DAA), l'entrepreneur principal avait décidé de saisir un tribunal arbitral en juillet 2012. Cette saisine du tribunal arbitral avait été contestée par le maître de l'ouvrage qui avait estimé que la clause contractuelle relative au mode alternatif de règlement des litiges prévalait. Par conséquent, le maître de l'ouvrage avait contesté la compétence du tribunal arbitral saisi de l'affaire. Le tribunal arbitral avait décidé de se reconnaître compétent. Le maître de l'ouvrage avait alors porté l'affaire devant la Cour Suprême Suisse. La Cour Suprême constata que le contrat de construction ne contenait pas de disposition visant à obliger les parties à conclure une convention de conciliation tripartite (DAA). Elle considéra ensuite que l'entrepreneur principal avait exceptionnellement le droit de saisir un tribunal arbitral, car « (1) il ne rime plus à rien d'impliquer le Dispute Adjudication Board, les parties ayant échoué à s'entendre sur la convention de conciliation et à désigner un bureau de conciliation permanent. Et, (2), en l'espèce ce bureau de conciliation s'apparente davantage à un Dispute board ad hoc ne pouvant statuer qu'en première instance avant le tribunal arbitral. En l'absence d'accord sur la convention de conciliation, dont l'objet porte sur la description de la procédure applicable et sur la rémunération des membres du Dispute board, le Dispute board ne sera qu'une coquille vide, ne sera pas efficient ni opérationnel ». Dans le même sens et dans un autre arrêt rendu par le Tribunal fédéral Suisse le 24 septembre 2014, il était fait état qu'aucun Dispute board ne fut mis en place dix-huit mois après la naissance du contentieux. Face aux difficultés de constitution et de mise en jeu du Dispute board, le tribunal avait estimé que l'instauration d'un Dispute board « n'était peut-être plus absolument nécessaire compte tenu de l'économie du mécanisme car il était peu probable que cela annule l'ouverture de la procédure arbitrale réservée par la sous-clause 20.6 des Conditions générales ». Ainsi, les juges suisses avaient jugé qu'en l'espèce, le dispute adjudication board était « plus semblable à un tribunal arbitral de première instance plutôt qu'à un véritable DAB », permettant alors à la partie de se référer directement à l'arbitrage en application de la sous-clause 20.8⁷⁸⁹.

356. En définitive, l'obligation de recours à des modes amiables préalables à l'arbitrage s'avère rigoureuse pour une partie qui, après des mois voire des années d'onéreuses procédures arbitrales, voit sa demande d'arbitrage être déclarée irrecevable comme étant « prématurée ». Parfois, des tribunaux

⁷⁸⁹ Tribunal fédéral suisse, arrêt du 25 septembre 2014, 6B 552/2014.

arbitraux refuseront de se déclarer compétents tant que des modes alternatifs de règlement des différends ne sont pas enclenchés préalablement par les parties. D'autres fois, des tribunaux arbitraux estimeront qu'aucune obligation ne lie les parties à saisir préalablement un mode alternatif de règlement des différends. Dans la pratique et sauf dans le cas où les parties seraient dans l'urgence d'obtenir une solution contraignante, les parties ne se risqueront pas à sauter une étape et saisiront les modes préalables qui s'imposent.

357. L'arbitrage d'urgence peut être une option intéressante pour les parties, lorsqu'elles ne s'entendent pas sur la nomination des membres du Dispute board ou sur la convention de conciliation. Ces mésententes peuvent s'étaler sur de nombreux mois, paralysant la poursuite de l'exécution des travaux de construction. L'arbitrage d'urgence permettrait d'assurer aux parties une procédure plus rapide et simplifiée et de répondre efficacement à des situations d'urgence. D'ailleurs, l'arbitrage d'urgence est déjà prévu à l'Article 29, Appendice V des Règles d'Arbitrage de la CCI publiées en 2012⁷⁹⁰. Les procédures restent les mêmes, il ne s'agit pas d'un arbitrage « bâclé », les parties étant soumises aux mêmes obligations de remises de mémoires, d'audiences, de témoignages et de plaidoiries. L'arbitre d'urgence est désigné par le Président de la CCI en deux jours. Les parties ont trois jours pour contester cette nomination. Après sa désignation, l'arbitre d'urgence dispose de quinze jours pour délivrer sa sentence « provisoire », mais « contraignante ». Cela répondrait aux nécessités des chantiers internationaux de construction dont l'avancée des travaux est un objectif essentiel. Le tribunal arbitral pourrait être amené à prononcer en urgence des mesures conservatoires tendant à conserver « les preuves qui risquent à périr, ou à protéger le site, à suspendre les travaux, à en autoriser la reprise, à expulser le constructeur défaillant, à l'empêcher d'enlever le matériel du site, à nommer un expert avec pour mission de constater l'état d'avancement des travaux, les dégâts, etc »⁷⁹¹.

Souvent, les parties sont tenues de s'engager d'abord devant une procédure de conciliation ou de médiation avant que le recours à l'arbitrage ne leur soit ouvert. Néanmoins et de plus en plus, des voies directes à l'arbitrage international en matière de construction existent, afin d'assurer une économie de temps et d'argent à des parties qui ne sont pas favorables à la conciliation ou à la médiation.

⁷⁹⁰ Publication ICC 865-2 FRA.

⁷⁹¹ P. GLAVINIS, *op. cit.*, p. 598.

Conclusion §2 : En principe, la clause d'arbitrage, fondée sur l'approche consensuelle, n'échappe pas à la relativité des conventions. Cette approche s'opposerait à toute extension d'une clause compromissoire à un tiers qui ne l'aurait pas acceptée, car elle imposerait au tiers les charges financières de l'arbitrage et constituerait une entrave matérielle à l'accès au juge étatique. Pour autant, la force de ce principe doit être atténuée en présence des contentieux internationaux en matière de construction. Ces contentieux sont enchevêtrés par la présence de plusieurs acteurs participant au même projet. Les tribunaux arbitraux ont à traiter de différends entre plusieurs contractants unis par un même contrat ou, par des contrats étroitement liés entre eux. Si cette réalité de l'arbitrage multipartite se traduit par plusieurs écueils, d'ordre culturel ayant trait à la nature consensuelle de l'arbitrage et à la composition du tribunal arbitral, un remède doit être envisagé. Il faut dissocier les intervenants à un chantier de construction d'une acceptation expresse de la clause d'arbitrage contenue dans un marché principal, pour privilégier leur acceptation tacite découlant de leur intervention en connaissance de cause dans l'exécution d'un contrat principal.

L'arbitrage de construction est une justice rapide, efficace et effective. Elle ne peut s'accommoder d'étapes préalables faisant perdre aux parties une économie de temps toujours plus précieuse. Les clauses d'escalator imposant à l'arbitrage des recours amiables préalables ne font qu'accroître les délais dans le règlement des conflits. L'arbitrage d'urgence doit devenir la norme dans les contentieux exigeant une réponse immédiate.

Conclusion sous-section I : L'arbitrage international en matière de construction tire son épingle du jeu par rapport à des justices étatiques toujours plus faillibles. Les arbitres sont des experts directement rémunérés par les parties et soumis à des exigences liées aux délais dans le traitement des dossiers. Si cette justice privée présente des inconvénients, ceux-ci sont davantage liés à la nature incontestablement multipartite des litiges en matière de construction. L'arbitrage tente de s'adapter à cette réalité en évoluant dans ses traditions.

Si les complexités de l'arbitrage de construction sont réelles entre des parties privées, elles sont aussi présentes lorsqu'une personne publique se retrouve partie au litige. Les difficultés inhérentes à l'attrait des personnes publiques à l'arbitrage ne peuvent pas être occultées.

Sous-Section II : Le cas particulier de l'arbitrage international en présence d'un Etat

En contractant directement avec un Etat, un opérateur de construction s'expose à des incertitudes. Ces incertitudes débutent dès l'enclenchement d'un arbitrage international. S'il est bien une qualité essentielle pour qu'une personne puisse être partie à un arbitrage, c'est encore sa capacité à compromettre. La pratique n'est pas exempte de cas d'inarbitrabilité posés par des législateurs nationaux. Ces cas d'inarbitrabilité impactent la capacité à compromettre d'une personne publique. Et quand bien même cette capacité serait reconnue, encore faudra-t-il imputer l'accord d'arbitrage à une personne publique. Or, l'imprécision et l'incertitude dans la caractérisation d'une personne publique sont des écueils de taille pour les contractants privés. L'étude de la capacité à compromettre des personnes publiques (§1) précédera celle de l'imputation du contrat de construction à celles-ci (§2).

§1 : La capacité à compromettre

La capacité à compromettre désigne la faculté d'une personne publique à conclure une clause compromissoire ou à se conformer à un compromis d'arbitrage. Si le droit français adopte une position de principe favorable à la capacité de compromettre des personnes morales en droit international (1), une analyse comparative des différentes législations nationales témoigne d'un paysage disparate (2).

1) Une capacité essentielle consacrée en droit français

358. Une double inarbitrabilité de postulat a longtemps été posée, notamment en droit interne français. D'une part, une inarbitrabilité subjective ou organique interdisait à un Etat de compromettre du fait de sa qualité même de personne morale de droit public. Cette inarbitrabilité ne s'applique pas dans l'ordre international français. D'autre part, une inarbitrabilité matérielle, jugeait que tous les contrats administratifs, même ceux conclus par des personnes privées, relevaient de la compétence

exclusive du juge administratif, si bien que leurs contentieux ne pouvaient pas être confiés à un tribunal arbitral⁷⁹².

359. En droit interne français, le principe est que les personnes publiques ne peuvent pas compromettre⁷⁹³. La solution est autre en matière internationale, puisqu'il ne faudrait pas que cette exclusion à l'arbitrage place l'Etat dans une situation défavorable par rapport aux personnes étrangères de droit privé. En ça, la jurisprudence française a consacré une règle matérielle dans l'affaire Galakis, énonçant que la prohibition de compromettre posée à l'article 2060 du Code civil ne s'appliquait pas dans l'ordre international⁷⁹⁴. Il s'agit là d'une règle matérielle de sorte qu'il n'est pas utile de se référer à la loi applicable par le jeu de la méthode conflictuelle. Souvent, l'ordre public international d'un pays s'oppose avec véhémence à ce qu'un Etat, traitant avec des personnes étrangères, puisse passer ouvertement une clause d'arbitrage qui mettra son cocontractant privé en confiance pour ensuite, que ce soit au cours de l'instance arbitrale ou lors de la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole⁷⁹⁵. Ainsi, « compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique »⁷⁹⁶. Et, « (en) matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflit de lois »⁷⁹⁷. Cette règle matérielle française s'applique même dans le cas dans lequel le contrat est soumis à une loi étrangère posant un principe d'interdiction de compromettre sur la scène internationale pour l'Etat ayant signé un contrat international. Pourtant, seule cette loi étrangère choisie par les parties devrait avoir compétence pour limiter les pouvoirs de compromettre de l'Etat signataire du contrat international. La règle matérielle française vient neutraliser la solution posée par la loi étrangère dès lors que la relation présente un caractère international. Peu important

⁷⁹² CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79-352, D. 1990. Somm. 67, obs. Ph. TERNEYRE ; *Rev. arb.* 1989.215 et *Rev. arb.* 1992.279, obs. Y. GAUDEMET ; *AJDA* 1989. II. 361, note J. DUFAU ; *Petites affiches* 1989. II. 21323, note P. LEVEL ; cf également D. FOUSSARD, « Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt AREA du 3 mars 1989) », *Rev. arb.* 1989.167 ; cf aussi J. ORTSCHIEDT et Ch. SERAGLINI *op. cit.*

⁷⁹³ Article 2060 du Code de procédure civile, « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

⁷⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Trésor public c/ Galakis*, *Bull. civ.*, I, n° 256 ; D. 1966.575.

⁷⁹⁵ Cf en ce sens Sent. CCI, n° 7373, in G. NAON, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *RCADI* 2001, p. 78 et 79.

⁷⁹⁶ CA Paris, 13 décembre 1975, *JDI* 1977.107, note E. LOQUIN.

⁷⁹⁷ CA Paris, *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company* du 17 décembre 1991, *Rev. arb.* 1993, n° 2, p. 281, note H. SYNDET.

que ce soit le droit français ou un droit étranger qui régit la relation contractuelle internationale, le principe de validité de l'engagement de l'Etat à compromettre dans la convention d'arbitrage régira toute relation internationale soumise au juge français⁷⁹⁸.

360. Par conséquent, les personnes morales publiques françaises peuvent compromettre sur la scène internationale et les juges français sont allés encore plus loin en étendant cette capacité de compromettre des personnes publiques aux personnes morales de droit public étrangères⁷⁹⁹. Une personne morale de droit public étrangère ne pourra pas se prévaloir de ses dispositions nationales l'interdisant de compromettre pour faire annuler a posteriori une clause compromissoire librement consentie dans le contrat international.

361. Les contrats de partenariats furent les premiers contrats administratifs pour lesquels la possibilité de recourir à l'arbitrage fut admise⁸⁰⁰. En ce sens, l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004⁸⁰¹, pour les partenariats de l'Etat ou des établissements publics nationaux et l'article L. 1414-12 du Code général des collectivités territoriales⁸⁰² autorisaient la stipulation d'une clause compromissoire dans ces contrats de partenariats, mais n'autorisaient l'arbitrage qu'« avec application de la loi française ». Dans le même sens, pour des projets d'infrastructures, l'article 9 de la loi du 19 août 1986 admettait le recours à l'arbitrage pour les contrats conclus avec des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt général »⁸⁰³ uniquement. En règle générale, le juge administratif décelait dans l'interdiction de recourir à l'arbitrage international pour les personnes publiques, un principe général du droit public français accompagné d'une nullité d'ordre public⁸⁰⁴. Plus soucieux des intérêts économiques et d'une définition exclusivement économique de l'arbitrage

⁷⁹⁸ CA Paris, 13 juin 1996, *JDI* 1997.151, note E. LOQUIN.

⁷⁹⁹ CA Paris, *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company* du 17 décembre 1991, *préc.*

⁸⁰⁰ Cf J-B. AUBY, « Arbitrage et contrats de partenariat », *Droit administratif*, décembre 2004, p. 3 ; M. AUDIT, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 2004.541-564 ; M. AUDIT, « L'arbitrage et les contrats de partenariat », *Contrats publics* mars 2007, n° 64, p. 38 ; S. BRACONNIER, « Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », *Dr. et patr.* octobre 2005, n° 141, p. 59-69.

⁸⁰¹ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat, *JORF* du 19 juin 2004.

⁸⁰² Abrogé par ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (art.101 (VT)) : « (u)n contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française »).

⁸⁰³ « Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissoires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats » (Loi n° 86-972 du 22 août 1986, p. 10190). Cf M. DE BOISSESON, « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'art. 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.* 1987.3.

⁸⁰⁴ Le Conseil d'Etat français a longtemps refusé le recours à l'arbitrage pour les établissements publics, comme en atteste un arrêt du 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, *D.* 1958.517 confirmé dans l'affaire *Eurodisneyland*, CE, avis du 6 mars 1986, n° 339710, *préc.*, et cf M. DE BOISSESON, *préc.*, p. 3.

international, le juge judiciaire estimait que la prohibition de l'arbitrage des personnes publiques françaises se cantonnait au champ territorial. Ces divergences étaient sources d'insécurité juridique qu'il fallait résoudre. Le Tribunal des conflits a été saisi, dans l'arrêt INSERM, mais a décidé de ne pas trancher en faveur de l'une ou l'autre des juridictions et a tenté de les faire coexister⁸⁰⁵. Concrètement, une compétence de principe a été posée à destination du juge judiciaire, alors compétent pour connaître des recours contre des sentences rendues en France en rapport à un contrat conclu entre une personne publique française et une personne étrangère, « fût-il administratif selon les critères de droit interne ». Le Tribunal des conflits a également donné compétence au juge administratif pour connaître des recours similaires portant sur les contrats « relevant d'un régime administratif d'ordre public », sans préciser le contenu de ce régime d'ordre public.

362. La règle matérielle française posée en matière de capacité à compromettre s'applique même dans le cas dans lequel le contrat de construction serait soumis à une loi étrangère déniait toute capacité à compromettre sur la scène internationale par l'Etat signataire. Autrement dit, quelle que soit la loi applicable au contrat de construction, la règle de validité de l'engagement de l'Etat à compromettre dans la clause d'arbitrage gouvernera toute relation internationale présentée devant les juridictions françaises.

2) La capacité à compromettre en droit comparé

363. En vertu des principes de bonne foi, d'équité ou d'estoppel, le contractant public doit informer la partie privée étrangère de toute restriction légale nationale à conclure pour sa part une clause d'arbitrage. Les Etats ont pris du temps à renoncer à la juridiction de leurs propres tribunaux et le fait que des Etats cherchent à se délier d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat international de construction n'est pas une chose nouvelle. Pour illustration, en 1993, le gouvernement libanais avait conclu deux contrats BOT avec deux compagnies de téléphonie mobile (Cellis-France Telecom et

⁸⁰⁵ La reconnaissance des contrats administratifs internationaux a été consacrée dans la décision INSERM du Tribunal des conflits du 17 mai 2010 (TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, Rec. p. 580 ; *RFDA* 2010.959, concl. M. GUYOMARD et note P. DELVOLVE, p. 971 ; note M. LAAZOUZI, *RCDIP* 2010.653 ; *AJDA* 2010.1047 et s, étude P. CASSIA et p. 2337, tribune P. CASSIA ; *D.* 2010.2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI* 2010, p. 551 ; *RTD com.* 2010.525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMARD ; *JCP G* 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron. 644, comm. 12, J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.* 2010.275, concl. M. GUYOMARD). Cette décision est si fondamentale qu'elle est classée « au rang des grands arrêts de la jurisprudence », en faisant rentrer dans le droit positif la notion de contrat administratif international (M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux », *Rev. arb.* 2010, n° 2, p. 265).

Libancell). En juin 2000, le gouvernement libanais avait mis un terme aux contrats pour violation contractuelle des contractants, qui avaient alors saisi un tribunal arbitral. Dans le contrat était insérée une clause compromissoire donnant compétence à un tribunal arbitral qui siégea au Liban, à Beirut, et statua d'après la loi libanaise. En août 2000, l'Etat libanais avait saisi le Conseil d'Etat, plus haute juridiction administrative du pays, et demandé la nullité de la clause compromissoire. Le Conseil d'Etat s'était dit compétent et avait répondu favorablement à la demande de l'Etat en énonçant que l'article 89 de la Constitution libanaise soumettait les contentieux ayant rapport avec des contrats de concession publique à la compétence des juridictions nationales administratives⁸⁰⁶.

364. Plusieurs Etats ont évolué dans leur conception et certains pays originellement hostiles à l'arbitrage, tels que l'Arabie Saoudite, le Bahreïn, la Chine, l'Inde, le Nigéria, la Russie ou encore le Venezuela ont adopté des lois consacrant le processus arbitral et/ou ont ratifié la Convention de New-York. Il semble particulièrement important de conférer force obligatoire à la clause d'arbitrage, peu important d'ailleurs que cette clause tire sa force obligatoire d'un droit interne, d'un droit anational ou du droit international. A l'instar de la jurisprudence Galakis en France, la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) adoptée le 18 décembre 1987, prévoit en son Chapitre 12 à l'article 177 (2) que « si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ». Ce principe barre aussi les effets des droits étrangers attestant que le contentieux des contrats d'Etat n'est réservé qu'à la connaissance des juridictions nationales. Il s'agit donc d'une règle matérielle d'arbitrabilité. Dans les pays de common law également, il est de principe qu'un Etat ne puisse se prévaloir de ses propres lois internes pour nier son consentement à l'arbitrage. D'ailleurs, il n'existe pas, aux Etats-Unis, de distinction selon que la partie à l'arbitrage est une personne publique ou privée. Il existe une présomption générale d'arbitrabilité. Pareillement, au Canada, il n'existe aucune prohibition à l'Etat de compromettre, comme en attestait l'adoption en 1994 d'un modèle TBI faisant de l'arbitrage le mode de règlement des différends entre une partie publique et un investisseur privé.

Dans certains pays arabes, la capacité à compromettre des personnes publiques est conditionnée à l'approbation d'un Ministère. C'est notamment le cas en droit égyptien. Au sein des droits allemand,

⁸⁰⁶ Conseil d'Etat libanais, du 17 juillet 2001, dans les affaires Etat libanais c. Société FTML (Cellis) SAL et Etat libanais c. Libancell SAL, note de M. SFEIR-SLIM et H. SLIM, *Rev. arb.* 2001.855-884. Cf C. KHOUZAMI, « The Decision of the State Council Avoided the Worst », *Transnational Dispute Management* 2005, vol. 2, p. 1.

australien ou encore indien, il n'existe aucune restriction à ce que les personnes publiques nationales puissent recourir à l'arbitrage, autant en matière interne qu'internationale⁸⁰⁷.

365. Pour autant, il existe encore des droits nationaux qui ne se montrent pas aussi ouverts en proclamant une inarbitrabilité organique pour les personnes publiques nationales. Ainsi, en dépit de ces avancées sur la capacité à compromettre des personnes publiques sur la scène internationale, le choix du siège de l'arbitrage demeure essentiel. Les constructeurs étrangers sont invités à ne pas situer le siège de l'arbitrage dans l'Etat contractant, notamment pour se prémunir de tout changement de législation sur la capacité à compromettre sur la scène internationale⁸⁰⁸. S'il s'agit d'un contrat de construction FIDIC, il est important de souligner que les Livres FIDIC ne spécifient aucun siège précis pour l'arbitrage et renvoient à ce que décideront les Cours de la CCI. Cette manière de procéder est très avantageuse pour le constructeur privé étranger, puisque les juridictions de la CCI privilégieront toujours un siège neutre. Les parties ne doivent pas craindre de choisir un siège trop éloigné de leur Etat d'origine ou de l'Etat de conclusion de leur contrat de construction. Le siège de l'arbitrage est l'endroit dans lequel l'arbitrage convient légalement d'avoir lieu, pas nécessairement physiquement. La majorité des règles d'arbitrage institutionnel ou des droits d'arbitrage disposent expressément que les audiences et réunions peuvent se tenir n'importe où⁸⁰⁹.

Conclusion §1 : La position française de faveur à la capacité à compromettre des personnes publiques sur la scène internationale n'est pas unanimement observée dans les législations étrangères. Devant

⁸⁰⁷ D'autres droits nationaux ne se montrent pas aussi ouverts en proclamant une inarbitrabilité organique pour les personnes publiques nationales (Cf J-B. AUBY, R. NOGUELLOU, U. STELKENS et H. SHRODER, *Droit comparé des contrats publics / Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2017. p. 335, p. 364, p. 379 et p. 711 ; cf M. BÜHLER et Th. WEBSTER, *Handbook of ICC Arbitration : commentary, precedents, materials*, Edinburgh, W. Green. Publ. p. 107-108) voire une inarbitrabilité matérielle.

⁸⁰⁸ Cf en ce sens *Companhia Paranaense de Energia – COPEL, (Brazil) c. UEG Araucaria Ltda (Brazil), Third Court of Public Finances of Curitiba*, 15 mars 2004. En l'espèce, un contrat international de construction avait été conclu entre une entreprise publique brésilienne (Copel) et un constructeur étranger (UEG Araucaria). En 2003, l'entreprise Copel avait saisi les juridictions brésiennes pour demander la nullité de la clause compromissoire insérée dans le contrat. Dans une décision finale en 2004, le juge brésilien avait déclaré nulle la clause d'arbitrage en ce qu'elle violait le droit brésilien (en l'occurrence la Constitution) qui imposait que les contrats conclus par des autorités publiques voient leurs contentieux soumis aux juridictions nationales. Le gouvernement brésilien avait refusé d'exécuter toute sentence arbitrale. Or, en vertu du principe de compétence-compétence, les juridictions brésiennes n'avaient pas à statuer avant le tribunal arbitral lui-même. Certes, la décision du juge brésilien a pu exercer une influence sur la sentence arbitrale, car le contrat était soumis à la loi brésilienne. Nonobstant, du fait de l'indépendance de la clause d'arbitrage avec le contrat principal, une loi autre peut gouverner la convention d'arbitrage. Dès lors, le tribunal arbitral avait constaté que le siège de l'arbitrage était situé à Paris. Les juridictions françaises ont consacré une règle matérielle de validité de principe de la convention d'arbitrage. Par conséquent, celle-ci ne devait pas dépendre d'un droit national, mais seulement de la volonté des parties et l'effet de la clause d'arbitrage a pu être sauvé par le choix de Paris comme siège du tribunal arbitral.

⁸⁰⁹ C'est par exemple ce qu'énoncent les articles 14 (2) des règles de la CCI et 20 (2) de la *UNICITRAL Model Law On International Commercial Arbitration*.

les positions disparates adoptées par les législateurs nationaux sur la capacité à compromettre, les constructeurs étrangers sont appelés à situer le siège du tribunal arbitral, lorsqu'ils contractent avec un Etat ou l'une de ses émanations, dans un Etat proclamant comme règle matérielle la libre capacité à compromettre sur la scène internationale. Pour que soit garantie la prévisibilité juridique, le contractant public doit tenir informé son cocontractant privé étranger de la position de son droit national quant à sa capacité à conclure une convention d'arbitrage. Si certaines législations nationales demeurent hostiles à une telle capacité à compromettre, la tendance est à l'édification de règles matérielles d'arbitrabilité en la matière.

Une autre contrariété subsiste, celle de l'imputation du contrat conclu à la personne publique elle-même. Une fois atraite devant les juridictions privées, la personne publique peut nier sa participation au contrat de construction contenant une convention d'arbitrage.

§2 : L'imputation du contrat de construction

366. En principe, la convention d'arbitrage ne s'impose qu'aux parties qui l'ont signée. L'Etat peut alors tenter de nier sa qualité de partie à celle-ci. L'affaire *Yashlar* est intéressante en la matière⁸¹⁰. En l'espèce, un contrat de joint-venture international avait été conclu le 21 décembre 1991 pour l'exploitation d'une concession publique du gouvernement du Turkménistan, entre une entreprise publique et un constructeur privé étranger *Bridas SAPIC*. Le contrat était soumis au droit anglais. Le constructeur estimait que l'Etat du Turkménistan était en réalité la partie cocontractante. Le tribunal arbitral s'était référé au Code civil du Turkménistan qui énonçait que « l'État n'est pas responsable des obligations des organisations d'État qui sont des personnes morales et ces organisations ne sont pas responsables des obligations de l'État ». S'il existait une séparation entre l'Etat du Turkménistan et l'entreprise publique, le tribunal arbitral avait estimé que cela ne signifiait pas qu'une entreprise publique ne pouvait être identifiée comme agissant en tant qu'organe ou alter ego de l'Etat lui-même. Cette entité pouvait avoir agi au nom de l'Etat, en tant que représentant de celui-ci. Le tribunal arbitral avait constaté que tel n'était pas le cas. Si le gouvernement du

⁸¹⁰ Sent. CCI, *Joint-Venture Yashlar and Bridas SAPIC c. Turkmenistan*, aff. n° 9151, citée dans M. BLESSING, « State Arbitration : Predictably Unpredictable Solutions », *J. Int. Arbitr* 2005, vol. 22, Issue 6, p. 435-485.

Turkménistan avait bien été impliqué dans la négociation et l'exécution du contrat, il avait délibérément refusé de signer le contrat et n'était donc pas lié à la clause d'arbitrage.

367. Un Etat pourrait également et délibérément dissoudre une entreprise publique qu'il contrôle une fois les travaux de construction achevés, pour ne pas avoir à payer le constructeur. Même si le contrat contient une convention d'arbitrage, l'Etat n'étant pas partie, il pourrait ne pas être attiré devant les tribunaux arbitraux. Des tribunaux arbitraux luttent contre ces hypothèses. Dans une affaire de la CCI du 28 janvier 1994⁸¹¹, les arbitres ont estimé à l'unanimité que le gouvernement devenait lié par le contrat dès lors qu'il dissolvait une entreprise publique. Le constructeur privé étranger (NTA) avait enclenché une procédure d'arbitrage contre le Comité Populaire de la Municipalité de Jabal Al Akhdar le 12 juin 1991. Face à cette action, le gouvernement libyen avait fait voter deux lois visant à dissoudre l'existence de ce Comité. En échouant à trouver un successeur à ce Comité et à le remplacer, le tribunal arbitral en avait conclu que la clause d'arbitrage était valide et que la procédure d'arbitrage continuerait son cours en ce que le gouvernement libyen viendrait lui-même prendre la place et remplacer le Comité qu'il avait supprimé. Clairement ici, le gouvernement libyen avait agi par mauvaise foi en tentant de faire échapper son entreprise publique aux conséquences de l'arbitrage.

Conclusion §2 : Dissolution par l'Etat de l'une de ses émanations, opacité des contractants publics, autant de réalités auxquelles un contractant privé se devra d'anticiper. Rendre une personne publique responsable du contrat qu'elle a conclu est une complexité non négligeable à laquelle les arbitres tentent de répondre. Pour ce faire, les tribunaux s'appuient sur le concept de la bonne foi, en appréciant par une approche *in concreto* le comportement de la personne publique. En tout état de cause, obtenir de l'Etat sa signature en tant que partie à l'accord est recommandé afin de s'assurer de son attrait à l'arbitrage international.

Conclusion sous-section II : La seule attraction d'une personne publique à un arbitrage comporte son lot de péripéties pour les constructeurs privés étrangers. Soucieux de leur souveraineté, les Etats ne renoncent pas aisément à la compétence de leurs propres juridictions. Les Etats peuvent à la fois revenir sur leur parole donnée quant à leur capacité à compromettre, mais aussi nier leur qualité de partie à la convention d'arbitrage ou au contrat international de construction. Pour répondre à de tels écueils, les contractants privés doivent s'assurer au préalable de la conclusion du contrat de la capacité

⁸¹¹ L'affaire CCI, n° 7245 (28 janvier 1994).

à compromettre de la personne publique sur la scène internationale ou localiser le siège de l'arbitrage dans un Etat favorable à une règle matérielle d'arbitrabilité des personnes publiques. Les contractants privés devront également fournir leur dossier d'éléments probants attestant de la mauvaise foi d'un Etat désirant se délier de sa participation au contrat de construction pour échapper à la justice privée. En tout état de cause, obtenir la signature de l'Etat lui-même en tant que partie à l'accord est souhaitable pour s'assurer de son attraction à l'arbitrage international.

Si l'arbitrage de droit commun en matière de construction a longtemps été la principale justice privée, une autre forme tend à la supplanter ces dernières décennies. L'arbitrage d'investissement dispose de toutes les caractéristiques nécessaires pour s'appliquer au secteur de la construction et offrir, aux contractants privés, des garanties de protection supplémentaires.

Section II : L'arbitrage d'investissement

Confronté aux difficultés abordées de l'arbitrage commercial, une autre voie est offerte au contractant privé d'un Etat en matière de construction. Il s'agit de l'arbitrage d'investissement. Pour qu'un contentieux en matière de construction puisse relever d'un arbitrage d'investissement, encore faut-il notamment que la compétence *ratione materiae* soit remplie, autrement dit que l'opération de construction puisse être assimilée à un investissement. Or, la Convention de Washington servant de socle à la procédure de l'arbitrage d'investissement demeure muette sur la question, ouvrant dès lors la porte à des luttes conceptuelles visant à remédier à ce flou juridique. Malgré ces difficultés, un constat s'impose. Les litiges relatifs à la construction irriguent la jurisprudence arbitrale CIRDI. Ce fut le cas pour la construction de ponts⁸¹², d'aéroports internationaux⁸¹³, de routes⁸¹⁴, de raffineries pétrolières⁸¹⁵, de canalisations de gaz⁸¹⁶, de stations hydro-électriques⁸¹⁷, de tours touristiques⁸¹⁸... D'ailleurs, l'UNCTAD, dans un rapport, avait souligné que vingt-deux litiges en matière

⁸¹² Sent. CIRDI, 19 décembre 2016, *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, aff. n° ARB/11/20, § 232-233.

⁸¹³ Sent. CIRDI, 7 février 2011, *Malicorp c. République arabe d'Égypte*, aff. n° ARB/08/18, § 114.

⁸¹⁴ Sent. CIRDI, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, préc. ; Sent. CIRDI, 7 juin 2012, *Toto Costruzioni Generali SpA c. République du Liban*, aff. n° ARB/07/12 ; Sent. CIRDI, 14 novembre 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanayi AS c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29 ; Sent. CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, aff. n° ARB/05/17.

⁸¹⁵ Sent. CIRDI, *Samsung Engineering Co, Ltd c. Sultanat d'Oman*, aff. n° ARB/15/30.

⁸¹⁶ Sent. CIRDI, *Saipem SpA c. République Populaire du Bangladesh*, aff. n° ARB/05/7.

⁸¹⁷ Sent. CIRDI, *Impregilo SpA c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/3.

⁸¹⁸ *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co c. Libye (et autres)*, 22 mars 2013.

d'investissement traitant d'une construction étaient pendants et quarante-sept déjà traités⁸¹⁹. Selon les chiffres, les différends en matière de construction représentaient 7 % des affaires du CIRDI en 2017⁸²⁰. Ainsi, après être revenu sur la notion d'investissement (§1), il conviendra de tirer les conclusions sur l'assimilation de l'opération de construction à un investissement (§2).

§1 : Notion d'investissement

368. Généralement, la notion d'investissement direct à l'étranger (IDE) recouvre plusieurs formes d'opérations (création d'une entreprise nouvelle, acte de fusion ou d'acquisition ...). Malgré tout, un constat s'impose. Il n'existe pas de définition de la notion d'investissement au sein de la Convention de Washington. Cette absence de définition répond à la volonté d'éviter de créer fixité et rigorisme sur cette question⁸²¹. L'objectif assumé par la Convention de Washington est le recours à l'arbitrage international en matière d'investissement. Si la Convention de Washington avait opté pour une définition stricte et précise de l'investissement, cette dernière aurait nécessairement eu un caractère restrictif et les contentieux auraient alors eu trait à l'applicabilité même de ladite Convention⁸²².

369. L'article 64 de la Convention de Washington dispose que « tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement ». Si la Convention laisse subsister la possibilité d'une telle saisine, celle-ci est peu plausible. Il ne serait pas dans l'intérêt des parties de se lier à une définition rigide de la notion

⁸¹⁹ Centre des politiques d'investissement de la CNUCED.

⁸²⁰ Statistiques des affaires du CIRDI, (Issue 2017-1). Ils constituaient 1 % des affaires impliquant un Etat européen entre 2014 et 2016. Sur la même période, ils constituaient entre 8 et 10 % des affaires du CIRDI impliquant un Etat originaire de l'Asie du Sud .et de l'Asie de l'Est et de la région Pacifique. Et, en 2015, les litiges en matière de construction représentaient 9 % des affaires du CIRDI impliquant un Etat du continent africain.

⁸²¹ Le paragraphe 27 du Rapport des Administrateurs énonçait qu' « il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) ».

⁸²² Certes, l'article 30 du premier projet de la Convention de Washington publié le 11 septembre 1964, apportait une définition au concept de l'investissement : « "investissement" signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectué pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans ». Cette définition, trop large, n'a pas convaincu les auteurs de la Convention révisée. La précision de la conception de contribution et celle de durée n'ont pas apporté l'adhésion d'une partie des rédacteurs.

d'investissement, car l'interprétation qui en sera faite par les arbitres pourra s'avérer être contraire à leur cause.

370. Trois approches différentes de la notion d'investissement furent posées. D'une part, l'« entreprise based approach » selon laquelle un investisseur acquière ou développe une entreprise sur le sol d'un Etat d'accueil. D'autre part, la « closed-list asset-based approach » qui consiste en une liste fermée et exhaustive, qui peut notamment être retrouvée dans le modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) du Canada⁸²³. Enfin, l'« open-list asset-based approach », retrouvé à l'article 1 du TBI américain, ce TBI dressant une liste ouverte et non exhaustive, de ce qu'est un investissement, à travers la maxime « les formes qu'un investissement peut prendre comprennent »⁸²⁴. Une division s'opère entre les tenants d'une conception objective de l'investissement et les tenants d'une conception subjective de l'investissement.

371. La conception objective de l'investissement est une conception qui allie intangibilité et distance avec l'autonomie de la volonté des parties. Elle énonce que la volonté des parties ne peut pas moduler à sa guise la qualification d'investissement, que cette dernière convient d'être subordonnée à des éléments objectifs. Cette conception se traduit par la mise en place de critères intransigeants, permettant d'attester de la présence d'un investissement.

La conception objective semble avoir lieu de raison au sein des sentences arbitrales et fut consacrée dans la célèbre sentence Salini, venant poser quatre critères à la notion d'investissement, celui d'un apport au pays d'accueil, d'une certaine durée de l'investissement, de la contribution au développement économique du pays ainsi que de la participation aux risques inhérents à la transaction. En l'espèce, il était sujet d'un contrat de construction d'une autoroute, par une société italienne, au Maroc. Le tribunal arbitral devait répondre à l'interpellation de savoir si telle construction pouvait recevoir qualification d'investissement. Le tribunal y avait répondu par l'affirmative⁸²⁵.

⁸²³ *Canadian Model Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, 2004.

⁸²⁴ *2012 US. Model Bilateral Investment Treaty*.

⁸²⁵ Sent. CIRDI, 23 juillet 2001, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n° ARB/00/4. En l'espèce, le tribunal arbitral a constaté que « les contributions des entreprises italiennes (et le fait) qu'elles ont utilisé leur savoir-faire, qu'elles ont fourni le matériel nécessaire et le personnel qualifié pour la réalisation des travaux, qu'elles ont installé l'outil de production sur le chantier de construction, ont obtenu des emprunts leur permettant de financer les achats nécessaires à la réalisation des travaux et au paiement des salaires de la main-d'œuvre, et enfin avoir convenu de

372. Si la conception objective semble la plus respectueuse de la sécurité juridique en ce que la notion d'investissement est censée être seule et une, ses critères restent soumis à l'appréciation des tribunaux arbitraux. La conception subjective de l'investissement remet en considération l'application de critères restreints, ces critères portant en eux le risque d'« handicaper l'institution »⁸²⁶. Des tribunaux arbitraux ont alors décidé d'opter pour une approche hybride, liant « flexi(ibilité) et pragmatisme », entre autonomie des parties et critères issus du Test Salini. Ces critères constituent des repères utiles, mais ne sont pas indispensables, leur rôle étant essentiellement d'assister les arbitres pour la caractérisation d'un investissement dans les cas d'espèce⁸²⁷. La Convention de Washington n'oblige pas au respect des quatre critères de la sentence Salini pour caractériser un investissement⁸²⁸, le Test Salini ne pouvant n'être utilisé que comme « point de référence flexible »⁸²⁹. Finalement, d'autres sentences arbitrales tendront à la disparition de l'utilisation du Test Salini. La plus éloquente de ces sentences demeure la sentence *Pantechniki c/Albanie* du 30 juillet 2009, selon laquelle toute opération économique, indépendamment des critères Salini, peut recevoir la qualification d'investissement, cette sentence posait pour seule limite « faire violence au monde »⁸³⁰. Primauté était alors laissée à l'autonomie de la volonté des parties.

Conclusion §1 : L'approche subjective est susceptible d'entraîner des dérives par son caractère extensif. La conception objective s'avère la plus respectueuse de la sécurité juridique, car avec la méthode subjectiviste, il y a autant de définitions de la notion d'« investissement » qu'il y a de traités ou lois s'y référant. Dans la conception objective, la notion d'investissement est censée, en principe, être une. En pratique, les sentences prononcées attestent d'une mise au pas de la liberté absolue des parties dans la définition des opérations pouvant recevoir le qualificatif d'investissement⁸³¹. Le but

l'émission de garanties bancaires (...). Les entreprises italiennes ont donc versé des contributions en argent, en nature et dans l'industrie. Bien que la durée totale d'exécution du contrat ait été fixée à 32 mois, elle a été étendue à 36 mois. La transaction respecte donc le minimum de temps retenu par la doctrine, qui est de 2 à 5 ans. En ce qui concerne les risques encourus par les sociétés italiennes, ceux-ci découlent de la nature du contrat en cause (...) ».

⁸²⁶ Sent. CIRDI, 17 mai 2007, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Gouvernement de la Malaisie*, aff. n° ARB/05/10.

⁸²⁷ Sent. CIRDI, 24 juillet 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22.

⁸²⁸ CNUDCI, 26 novembre 2009, *Romak S.A. (Switzerland) c. République d'Ouzbékistan*, PCA aff. n° AA280.

⁸²⁹ Sent. CIRDI, 13 mars 2009, *RSM Production Corporation c. Grenade*, aff. n° ARB/05/14.

⁸³⁰ Sent. CIRDI, 30 juillet 2019, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n° ARB/07/21, § 48.

⁸³¹ Dans la décision *Fedax NV c. République du Venezuela*, sentence CIRDI du 11 juillet 1997, aff. n° ARB 96/3, § 43, confirmée par la sentence *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, sentence CIRDI du 6 août 2003, aff. n° ARB/01/13.

est pertinent, celui d'éviter qu'elles caractérisent des opérations économiques qui n'ont, en réalité, rien à voir avec la manifestation d'un investissement.

Une fois l'approche objectiviste retenue, il convient d'apprécier si une construction peut s'analyser en un investissement.

§2 : Application du critère objectif au contrat de construction

373. De plus en plus, les sociétés de construction actives à l'étranger demandent la protection des TBI conclus entre leur Etat d'origine et l'Etat d'accueil de la construction. Il conviendra, pour qu'un tribunal CIRDI soit compétent, que le maître de l'ouvrage soit un Etat, le différend devant survenir entre un Etat contractant de la Convention CIRDI et le ressortissant d'un autre Etat contractant. Si l'ensemble des critères de la conception objective est posé, l'applicabilité de la notion d'investissement au secteur de la construction ne fera guère de doutes. Les tribunaux CIRDI retiennent une conception large de la notion d'investissement, car cette dernière peut regrouper plusieurs types d'opérations, notamment « la construction et l'exploitation hôtelière, la production de fibres et de textiles, l'extraction de minéraux (...), l'exploration, l'exploitation et la distribution de produits pétroliers, (...) »⁸³².

374. En application des critères de la conception objective, la construction pourrait tout à fait être assimilée à une opération d'investissement. A propos du premier critère Salini relatif à la réalisation d'un apport au pays hôte, il est important de souligner que cet apport n'est pas nécessairement et uniquement financier. Il peut s'agir d'un transfert de savoir-faire, d'un transfert d'infrastructure ou de main-d'œuvre⁸³³, s'adaptant parfaitement au domaine de la construction.

⁸³² Ch. SCHREUER, *The ICSD Convention : A commentary*, Cambridge University Press, 2^e éd., 2009, art. 25, § 119.

⁸³³ C'est d'ailleurs ce qu'a précisé le Tribunal arbitral dans la sentence *Bayindir*, exigeant néanmoins que cet apport soit « substantiel » (Sent. CIRDI, 14 novembre 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, § 116 et § 136).

Concernant le second critère ayant trait à la durée de l'investissement, la durée minimale observée était de deux à cinq ans. En pratique, la quasi-totalité des chantiers de construction excèdent trois années.

Quant au critère du risque, celui-ci devrait intégrer tout à la fois les risques politiques, économiques, commerciaux. Indéniablement, les partenaires d'une construction internationale sont exposés à des aléas conséquents. Ils s'implantent parfois dans des territoires au contexte politique instable, y embauchent de la main-d'œuvre, y usent de leur propre savoir-faire, de leur équipement et s'engagent financièrement au bon déroulé des travaux et à leur achèvement dans les délais prévus⁸³⁴.

Le critère de la contribution au développement économique du pays d'accueil est plus délicat. La racine de ce critère provient du préambule de la Convention de Washington qui invoquait « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique »⁸³⁵. Pour justifier ce critère, « il faut présupposer que les investissements sont réalisés dans le cadre d'une activité commerciale et qu'ils visent, en principe, à créer une valeur économique supplémentaire »⁸³⁶. Si les notions de « contribution de l'investissement à l'économie de l'Etat hôte » manquent de précision et que la détermination de l'activité économique est « rebelle à la conceptualisation »⁸³⁷, un apport au développement social ou culturel d'un pays devrait pouvoir se fondre au critère de contribution à son développement économique. Et, en versant taxes et impôts, un constructeur étranger participe là au développement économique du pays d'accueil, ces charges pouvant servir au financement d'infrastructures, sociales ou culturelles.

⁸³⁴ Sent. CIRDI, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. République du Maroc, préc.*, § 56. Le tribunal arbitral avait estimé que, dès lors qu'un constructeur s'engage sur un chantier dans un Etat signataire de la Convention de Washington, en fonds propre (cash-flow), son engagement substantiel de longue durée peut s'analyser en un investissement respectant le critère du risque. Ainsi, « peu importe également le fait que la rémunération de l'entrepreneur n'ait pas été liée à l'exploitation de l'ouvrage construit. Une construction qui s'étale sur plusieurs années dont le coût ne peut être établi avec certitude par anticipation crée un risque manifeste pour l'entrepreneur ... ». « Les apports de l'entreprise italienne (inclus le fait) qu'elle a utilisé son savoir-faire, qu'elle a fourni l'équipement et le personnel qualifié nécessaires à la réalisation des travaux, qu'elle a installé l'outil de production sur le chantier, qu'elle a obtenu des prêts leur permettant de financer les achats nécessaires à la réalisation des travaux et de payer les salaires de la main-d'œuvre, et enfin qu'ils ont consenti à l'émission de garanties bancaires (...) ». Cf B. CEENAEME, « ICSID Arbitration as an option for international construction disputes », *ICLR* 2011.220-255.

⁸³⁵ Par ailleurs, le paragraphe 87 du Rapport des administrateurs évoquait le rôle joué dans le développement économique par les investissements privés étrangers.

⁸³⁶ Sent. CIRDI, 15 avril 2009, *Phoenix Action, Ltd c. République Tchèque*, aff. n° ARB/06/5.

⁸³⁷ W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage* 2009, vol. 4, p. 40.

375. En définitive, pour apprécier si une construction peut être confondue en un investissement, il est nécessaire d'apprécier la qualité de l'investissement au regard de l'opération économique dans son ensemble et non, en prenant en considération un élément isolé. Certes, une construction fait intervenir une multitude de tâches (ingénierie, conception, maintenance, stockage, construction, fourniture ...), de sorte qu'il peut se poser la question de savoir si, véritablement et dans son ensemble, un contrat international de construction s'assimile à un investissement. En ce sens, un contrat de sous-traitance peut-il obtenir qualification d'investissement ? La position doit être nuancée, car aucun lien contractuel n'unit le sous-traitant au maître de l'ouvrage. L'acceptation des risques est moindre et correspond à celle de toute opération commerciale traditionnelle. Il n'existe d'ailleurs pas de TBI englobant les opérations de sous-traitance. C'est pourquoi il convient de s'attacher principalement à l'ensemble du projet de construction plus qu'à la construction en elle-même. Autrement dit, envisagé dans un ensemble complexe et global composé d'une pluralité de contrats, un projet de construction doit être perçu comme un investissement en ce qu'il était constitué d'accords-cadres, de contrats de gestion, de contrats d'exploitation, de contrats d'assurances ...⁸³⁸ Cette multitude contractuelle contribue au « puzzle de l'investissement »⁸³⁹.

Conclusion §2 : La qualification d'investissement est primordiale ; elle est intrinsèque à l'existence de l'arbitrage d'investissement, car elle fonde la compétence même des arbitres. Ces derniers sont invités à écarter leur compétence, dès lors qu'ils retiennent que l'opération en cause n'est pas un investissement. Un constructeur n'a pas à craindre de voir se fermer les portes de l'arbitrage d'investissement. Qu'il soit question des apports (en savoir-faire, en infrastructure ...), de la durée, des différents aléas environnant l'opération ou encore de la contribution au développement économique de l'Etat hôte, la construction répond indéniablement à l'ensemble des critères objectifs exigés. C'est ainsi que les tribunaux CIRDI sont de plus en plus saisis de recours en la matière.

Conclusion section II : L'enclenchement d'un arbitrage d'investissement répond à des conditions propres et celles-ci ont posées débat en matière de construction. Ces débats théoriques sont aujourd'hui tranchés. Une construction est une opération d'investissement dès lors qu'elle répond, dans les faits, aux conditions objectives posées (apport, durée, risque, contribution économique au pays d'accueil). L'intérêt pour un constructeur privé de voir sa construction être assimilée en un

⁸³⁸ P. JUILLARD, « Remarques à propos de l'affaire Klöckner », *Chronique de droit international*, AFDI 1984.781.

⁸³⁹ L. KLESTA, *Le règlement des litiges entre Etats et personnes privées étrangères, Approche critique de la Convention de Washington*, thèse dactyl., Institut universitaire européen de Florence 1991, p. 123.

investissement réside dans la possibilité subséquente de bénéficier des traités d'investissement conclus par le cocontractant public. Or, ces traités d'investissements contiennent des clauses très protectrices (clause de la nation la plus favorisée, clause du traitement juste et équitable). C'est ainsi que les tribunaux CIRDI ont vu leurs audiences exploser, les litiges en matière de construction étant devenus ceux les plus fréquemment observées devant ces prétoires.

Conclusion chapitre I : Comme cela fut abordé au cours de ce chapitre, l'arbitrage en matière de construction souffre de certains maux, essentiellement dus à l'incertitude entrant dans la définition d'investissement rattaché à l'opération internationale de construction ou encore au caractère multipartite et à la qualité de cocontractant de l'Etat. Les écueils de l'arbitrage sont réels, si bien que, sans l'enclenchement de réformes dont nous avons fait écho, il pourrait être supplanté par les autres modes alternatifs de règlement des différends⁸⁴⁰. Les règles procédurales de l'arbitrage ont même fini par accroître les problématiques en termes de coûts et de lenteur. Rapidement, l'arbitrage commençait à s'enliser dans une logique de dérive isomorphe, d'où l'essor des voies amiables.

⁸⁴⁰ P. HOBECK, V. MAHNKEN et M. KOEBKE, « Time for Woolf Reforms in international construction arbitration », *Int'l Arb. L. Rev* 2008.89-90 et cf U. DRAETTA, *préc.*, n° 351, p. 13.

CHAPITRE II : Les autres modes alternatifs de règlement des conflits

L'expression « mode alternatif de règlement des différends » est la traduction littérale d' « alternative dispute resolution » qui, dans les pays anglo-saxons où cette approche est née, signifiait la « recherche d'une voie moins lourde, plus rapide et moins onéreuse que celle de la procédure contradictoire de la common law. Ce phénomène donna naissance à la notion d'Alternative Dispute Resolution (ADR), au sens originel du terme, soit aux modes de résolution des différends alternatifs à la voie judiciaire. L'arbitrage était alors considéré aux Etats-Unis comme étant un ADR (...). La mise en œuvre des ADR, en particulier de la médiation, aux Etats-Unis dès 1976 a rapidement débouché sur la recherche de méthodes non plus alternatives à la voie judiciaire, mais appropriées au type de litige à résoudre (Appropriate Dispute Resolution). C'est à ce stade que le vent ADR a commencé à souffler sur les pays européens de tradition civiliste, alors que s'y manifestait une certaine désaffection pour le droit et les solutions judiciaires »⁸⁴¹.

Certaines controverses entourent la délimitation des modes alternatifs de règlement des litiges. Des auteurs estiment qu'ils sont ceux pour lesquels les parties ne font pas appel à un juge étatique, mais s'en remettent à un tiers privé. D'autres encore considèrent que l'adjectif « alternatif » renvoie à tout mode de règlement des différends, avec ou sans intervention d'un tiers, qui n'entraîne pas de décision contraignante pour les parties⁸⁴². Si cette deuxième approche prospère, elle signifierait que l'arbitrage et la justice étatique, conduisant à une décision contraignante pour les parties, ne seraient pas des modes alternatifs de règlement des différends. Les mécanismes des modes alternatifs de règlement des différends conduisant à des solutions non-contraignantes pour les parties, comme la médiation ou la conciliation, ne seraient alors que des préalables à d'éventuelles actions judiciaires ou arbitrales. Cette seconde approche est éminemment discutable, puisque l'arbitrage est le plus souvent présenté comme un mode alternatif de règlement des conflits. L'arbitrage est une procédure juridictionnelle et l'approche consensuelle fonde sa compétence. Dans les « autres » modes alternatifs de règlement des différends comme la médiation ou la conciliation, modes non juridictionnels, le tiers désigné par les parties, conseille les parties en tenant compte de leurs volontés exprimées ainsi que de leurs intérêts commerciaux et non pas seulement en fonction de la loi applicable au contrat international de construction.

⁸⁴¹ D. BROWN-BERSET, « La médiation commerciale : le Géant s'éveille », *RDS, NF* 2002, vol. 121, p. 242 et s., spéc. p. 343.

⁸⁴² J. JENKINS et S. STEBBINGS, *International Construction Law Arbitration (Arbitration in Context)*, Kluwer Law International 2006, p. 60.

Ce qu'attendent les opérateurs de la construction du règlement des contentieux, c'est de la rapidité, de la réactivité, de l'efficacité et un accès direct. Puis, ils exigent que le mode de règlement des conflits leur permette de préserver et de pérenniser leurs relations avec leurs partenaires. Pour ce faire, les recours aux dispute boards (Section I), à la médiation (Section II), au partnering ou alliancing (Section III), à l'adjudication (Section IV) ou encore à la consultation conjointe (Section V) sont autant de pistes à privilégier.

Section I : Les Dispute boards

Un Dispute board est un organe chargé de résoudre rapidement l'ensemble des contentieux susceptibles de survenir à l'occasion du projet de construction pour lequel il a été prévu. Le terme de « Dispute » renvoie à un différend entre parties. Le terme de « Board » désigne un groupe de personnes pouvant être assimilé à l'organe décisionnel d'une organisation. Un Dispute board peut alors se définir comme étant l'organe responsable de la gestion ou de la résolution du différend.

La Fondation des Dispute Resolution Board (DRBF) a démontré une augmentation considérable du nombre de Dispute board. En 1988, seulement dix-neuf projets internationaux de construction comportaient un Dispute board, contre 1062 en 2003⁸⁴³. Les Dispute boards permettent de venir au plus près des intérêts réciproques des parties et de dépasser le différend pour parvenir à assurer la poursuite du chantier international de construction. Leur origine remonte à la toute fin du XX^e siècle et leurs formes peuvent être diverses (§1). Les incertitudes ont trait à leur nature juridique et à l'efficacité des décisions qu'ils prononcent (§2).

§1 : Les sources de dispute boards aux formes multiples

Le concept des Dispute boards provient des Etats-Unis. Ils y furent longtemps utilisés dans les travaux de génie civil, notamment dans la construction de barrages, dans les projets de gestion hydrauliques ou à propos de contrats de construction souterraine. Le premier recours aux Dispute boards date des années 1960 avec le projet de la Centrale thermique de Bounday Dam à Washington, où il fut requis du « Joint Consulting Board » de prendre des décisions en cas de conflits. C'est véritablement à l'occasion du projet du Tunnel Eisenhower au Colorado en 1975 que le succès du Dispute board connaîtra son réel avènement⁸⁴⁴. Le jeu des Dispute boards dans les projets internationaux de construction a commencé à faire son apparition dans les années 1980, notamment à propos du Projet de Barrage « El Cajon » et de la centrale hydroélectrique financée en partie par la Banque Mondiale au Honduras. Né de l'ancien régime de l'Engineer (1), le Dispute board se caractérise par une diversité de formes et par sa composition hétéroclite (2).

⁸⁴³ Ch. KOCH, « The New Dispute board Rules of the ICC », in ASA, Bull 2005, p. 54.

⁸⁴⁴ Cf C. CHERN, *Chern on Dispute boards*, Routledge, 4^e éd., 2021. Sur l'étude des dispute boards, cf l'ouvrage de C. KESSEDJIAN et V. PIRONON, *Droit du commerce international*, *op. cit.*

1) Les origines

Si le modèle de l'Engineer était fréquemment utilisé dans le secteur de la construction, il n'a pas surmonté ses propres failles, notamment liées à son manque d'indépendance et d'impartialité (a), expliquant l'avènement des Dispute boards (b).

a. Le modèle de l'Engineer et ses faiblesses

376. L'ancêtre des Dispute boards se trouve dans les conditions FIDIC des versions antérieures à 1999, inspiré du modèle anglais de l'« Engineer ». Les litiges pouvant survenir à tout moment de l'opération de construction, rapidement, il est apparu nécessaire de créer un mode de règlement du contentieux permettant de maintenir de bonnes relations entre les parties. Une détérioration de celles-ci n'apporterait rien de bénéfique à la qualité du travail de construction ou encore au rythme et à l'avancée du chantier. C'est pourquoi la FIDIC, dans sa quatrième édition en 1987, avait prévu la clause 67 pour les marchés de travaux de génie civil et les contrats FIDIC avaient inséré aux côtés du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur principal l'« Ingénieur », aussi appelé « Bureau d'études ». Cet ingénieur agissait pour le profit du maître de l'ouvrage en l'assurant d'une mission d'assistance. Ce dernier avait une double casquette, car il représentait le maître de l'ouvrage et jouait un rôle d'adjudicateur neutre⁸⁴⁵. Avant de saisir un tribunal arbitral, les parties étaient contraintes de saisir cet architecte. Il revenait à l'entrepreneur principal de notifier ses réclamations (délais supplémentaires, paiements additionnels ...) à l'ingénieur dans un délai de vingt-huit jours. Passé ce délai, la réclamation ne pouvait plus être présentée. L'ingénieur disposait ensuite de quarante-deux jours pour répondre favorablement ou non à ces réclamations, en faisant des commentaires⁸⁴⁶.

377. La phase de l'Engineer était préalable à toute action arbitrale, à l'instar de celle des Dispute boards. Que se passait-il dans l'hypothèse dans laquelle le maître de l'ouvrage ne désignait aucun ingénieur ? L'entrepreneur principal pouvait-il saisir directement un tribunal arbitral ? En principe, « le demandeur (...) était tenu de mettre le défendeur (maître de l'ouvrage) en demeure de lui indiquer le nom de l'ingénieur à qui le différend pouvait être soumis. Ce n'est que si le demandeur s'était

⁸⁴⁵ Article 3 § 1 du Livre rouge FIDIC.

⁸⁴⁶ Cf clause 20 du Livre Rouge FIDIC.

heurté à un refus ou en cas d'absence de réponse de la part du défendeur, que le demandeur aurait pu être dispensé de se conformer à cette phase pré-arbitrale »⁸⁴⁷. Par conséquent, par souci d'économie de temps et d'argent, la vigilance s'imposait pour un entrepreneur principal chargé de s'assurer qu'une saisie directe d'un tribunal arbitral était valable.

378. Enfin, que se passait-il lorsque l'une des parties obtenait de l'Engineer une décision favorable mais que l'autre partie refusait de l'exécuter ? La seconde et troisième édition des Conditions FIDICS étaient vagues sur la question. La partie ayant obtenu une décision favorable pouvait-elle saisir un tribunal arbitral afin de la faire exécuter ? Dans l'hypothèse d'une décision obligatoire et finale, le tribunal arbitral ne devrait pas avoir de juridiction pour la faire exécuter et la partie devrait se tourner vers les tribunaux étatiques du pays du défendeur. Une telle position serait très désavantageuse pour le demandeur, d'autant plus lorsque le défendeur serait un Etat ou une personne publique. Il demeurerait fort peu probable qu'un tribunal étatique exécute une décision défavorable à son défendeur national, surtout si celui-ci était l'Etat lui-même ou l'une de ses émanations. C'est ainsi qu'en 1996, cette position a été écartée. Les arbitres se sont alors décidés à se référer à la quatrième édition des Conditions FIDICS modifiant la sous-clause 67.4, prévoyant expressément la possibilité pour une partie bénéficiant d'une décision finale et obligatoire de se plaindre de son inexécution directement devant un tribunal arbitral⁸⁴⁸.

379. Finalement, cette instance pré-arbitrale de l'ingénieur a été remplacée par une instance pré-arbitrale avec les dispute boards, les Livres FIDIC prévoyant tous un Dispute board préalable à toute action arbitrale. Le système du Dispute Adjudication Board a été consacré en 1995 par la FIDIC dans les Conditions pour les Marchés de conception-construction clés en mains (clause 20) et en 1996 comme une « alternative acceptable » au système de l'Engineer de la clause 67, dans un Supplément au Livre Rouge pour les Marchés de travaux de génie civil, puis dans le Livre Jaune pour les Marchés de travaux mécaniques et électriques⁸⁴⁹. Même dans les situations dans lesquelles les parties à un contrat international de construction n'adopteraient pas les conditions FIDIC, elles demeurent libres de prévoir un système de Dispute Adjudication Board pour la résolution de leur litige. Le système de

⁸⁴⁷ Comme l'énonce la Sous-clause 67.6. Cf CCI, aff. n° 6276 et 6277 (1990).

⁸⁴⁸ CCI, aff. n° 7910 (1996).

⁸⁴⁹ Ch. SEPPÄLÄ, « Les Nouvelles dispositions FIDIC pour un comité de règlement des différends », *RDAI* 1997, n° 8, p. 967 et s. ; « FIDIC's Four Standard Forms of Contracts, Claim, Resolution of disputes and the DAB », *IBC UK Conferences Limited 2005*, p. 1 et s. ; P. GENTON, « Le DRB/DAB, un véritable complément à l'arbitrage », *Bull. ASA*, 2000, n° 1, p. 71 et s. ; G. JAYNES, « FIDIC's 1999 Editions of Conditions of Contract for 'Plant and Design-build' and 'EPC Turnkey Contract' : Is the 'DAB' still a star? », *ICLR* 2000.42 et s.

l'Engineer avait déjà été modifié à propos du contrat de construction du Tunnel sous la Manche. Initialement, il y était prévu que le maître d'œuvre, c'est-à-dire l'Ingénieur, assumerait la mission de pré-arbitre. Au fil des années, des parties avaient mis en doute l'indépendance de l'Ingénieur à l'égard d'Eurotunnel (maître de l'ouvrage) et souhaité, par un avenant avant toute exécution, transférer son rôle et ses missions à un Comité d'experts composé de cinq membres (trois membres titulaires, deux membres suppléants). Chaque partie avait choisi un titulaire et un suppléant. Eurotunnel avait opté pour deux ingénieurs anglais et le cocontractant TML pour deux ingénieurs français. Le Président du Comité était désigné par les parties, il s'agissait en l'espèce d'un juriste, le seul juriste du Comité. Chaque trimestre, le Comité était convié à une visite du chantier de construction et il y était exposé les différents problèmes techniques. En cas de désaccords entre les parties, le Comité était saisi. Le Comité rendait sa décision à l'unanimité. Le principe du dispute board était né.

380. Le système de l'Engineer était destiné à s'effacer. L'ingénieur n'était plus le facilitateur, mais la source des contentieux entre les parties. La première faiblesse de l'ancien système de l'Engineer tenait en l'indépendance réduite de l'Ingénieur vis-à-vis du maître de l'ouvrage, car il n'était rémunéré que par l'une seule des parties au litige, le maître de l'ouvrage. L'Ingénieur, en application de son contrat, se devait d'agir dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, rendant peu crédible, pour le constructeur, que l'ingénieur fasse suffisamment abstraction de cet engagement contractuel et adopte une parfaite indépendance d'esprit pour trancher le différend. C'est aussi pourquoi l'ingénieur ne pouvait pas être confondu avec un arbitre, car par nature, un arbitre est indépendant et est nommé par les parties au litige. Or, l'ingénieur n'était pas entièrement indépendant, parce qu'il n'était nommé que par le maître de l'ouvrage et non par discussion conjointe avec l'entrepreneur principal. Si l'ingénieur n'était pas un arbitre, qui était-il ? Il semble finalement n'avoir été qu'un simple interlocuteur du maître de l'ouvrage. De plus, la sous-clause 3.1 du livre rouge FIDIC interdisait à l'ingénieur de modifier le contrat, de décharger un contractant de ses obligations ou de ses responsabilités⁸⁵⁰. L'ingénieur était donc limité dans ses fonctions, alors qu'un arbitre assume très clairement une mission juridictionnelle. L'ingénieur n'exerçait aucune fonction de juger, mais se contentait d'agir pour le maître de l'ouvrage.

381. La seconde faiblesse du système de l'Engineer résidait dans le fait que le constructeur contestait une décision qui n'était en réalité pas directement celle du maître de l'ouvrage mais celle

⁸⁵⁰ La sous-clause 3.1 traite du rôle et des devoirs de l'ingénieur (« L'ingénieur est réputé agir pour l'Employeur. L'ingénieur n'a pas le pouvoir de relever l'entrepreneur de ses devoirs, obligations ou responsabilités en vertu du contrat ; ni l'Ingénieur peut-il modifier le Contrat »).

de l'Ingénieur, lui-même impliqué en tant que maître d'œuvre dans l'exécution du contrat international de construction. Une question se posait alors : comment l'Ingénieur pouvait-il être tout à la fois juge et partie ? La réponse est qu'il ne le pouvait pas. D'ailleurs, parler de « décision » de l'ingénieur était juridiquement inexact, il était bienveillant de parler plutôt de « constatation ». Si le modèle de l'Engineer est demeuré inconnu des pays de tradition civiliste et ne s'y est pas imposé, c'est aussi parce que l'architecte n'était pas à l'aise dans ce double rôle et que ses décisions étaient perçues comme trop souvent défavorables aux entrepreneurs principaux, qui voyaient alors cette étape comme inutile.

382. Encore aujourd'hui, l'ingénieur demeure « le représentant du maître de l'ouvrage » (il est appelé ainsi dans le livre or) et détient toujours d'importantes prérogatives. Le Livre Jaune lui permet de mener des inspections, de délivrer des certificats de conformité, de mener des consultations avec les parties, de prendre des décisions (dites « juste détermination »)⁸⁵¹... L'indépendance de l'ingénieur pose toujours question. Certes, une avancée notable fut posée dans le livre or, avec l'obligation pesant désormais sur le maître de l'ouvrage de nommer son représentant avant la conclusion du contrat international de construction. L'entrepreneur principal connaîtra alors par avance le professionnel qui administrera le contrat et plus celui-ci sera renommé, moins l'entrepreneur principal doutera de sa dépendance et moins il sera tenté d'entamer des procédures arbitrales ou judiciaires visant à empêcher l'ingénieur de procéder à l'exercice de ses attributions. Mais cela ne suffit pas. Il est encore nécessaire de garantir davantage l'indépendance et l'impartialité de l'ingénieur/représentant du maître de l'ouvrage. Pour ce faire, il pourrait être pris appui sur l'exemple australien qui, dans les Conditions Australiennes Générales des Contrats de conception-construction, impose au maître de l'ouvrage de s'assurer par lui-même que son représentant exercera ses attributions de manière juste et équitable⁸⁵².

Devenu source de controverses, les lacunes de l'Engineer ont conduit à l'avènement des dispute boards, organes indépendants.

⁸⁵¹ Sous-clause 3.7 du Livre Jaune FIDIC.

⁸⁵² S. LANDSBERRY, « FIDIC Design Build Operation DBO – Glitter or Gold? », *ICLR* 2008.156.

b. L'avènement timide des dispute boards

383. Au cours de la journée de lancement mondial du nouveau règlement sur les dispute boards, il avait été mis en exergue le fait que les dispute boards n'étaient pas suffisamment présents en pratique dans les contrats et dans les chantiers internationaux de construction, malgré les économies considérables qu'ils apporteraient aux parties⁸⁵³. De même et comme l'a fait remarquer Mr. Marc Frilet, les contractants français ne sont pas favorables aux clauses de dispute adjudication board (DAB que le droit français des contrats ne consacre pas)⁸⁵⁴. En Argentine, l'utilisation des clauses DAB n'est pas courante exceptée pour les entreprises étrangères qui les privilégient. Au Chili, les clauses DAB n'ont jamais été utilisées. En Espagne, si les contrats FIDIC sont très fréquemment utilisés, les entreprises suppriment de plus en plus les dispositions en rapport aux clauses DAB. Et, dans la majorité des contrats internationaux de construction à Hong-Kong ou en Inde, les Dispute boards ad-hoc, non permanents, sont privilégiés aux Standing Dispute boards permanents⁸⁵⁵.

384. Aussi, une exception existerait quant au caractère obligatoire du jeu des clauses de Dispute board. Cette exception tiendrait au respect de l'ordre public d'un Etat. Il existe des Etats qui n'autorisent pas la mise en place de dispute board. Ce fut d'ailleurs le cas dans l'affaire *Hutuma-RSEA Joint Operations Inc v. Citra Metro Manila Tollways Corporation*⁸⁵⁶. En l'espèce, une juridiction nationale avait rejeté l'application d'une clause d'adjudication FIDIC, car celle-ci était contraire au droit philippin. Le droit de la construction philippin imposait une compétence prioritaire à la Construction Industry Arbitration Commission (CIAC). Une clause DAB ne pouvait pas être un outil visant à réduire les droits de l'une des parties à saisir directement la CIAC. Autrement, elle violerait l'ordre public de l'Etat philippin.

385. Si les dispute boards sont insuffisamment prévus dans les contrats internationaux de construction, c'est aussi parce que leur mise en place est invitée à s'effectuer rapidement pour s'assurer d'une bonne conduite et d'une bonne reprise des travaux. Or, il peut arriver que l'une des

⁸⁵³ La 28^e Conférence annuelle des utilisateurs de contrats internationaux FIDIC (2015).

⁸⁵⁴ M. FRILET a néanmoins souligné que la situation pourrait être différente pour les grands chantiers de construction et il a suggéré que le seuil de 50 millions de dollars US mentionné par la Banque mondiale était approprié pour envisager un accueil favorable aux DAB (« DRBF Regional Conference Paris 2018 : Using Dispute boards to keep the work moving forward », Session 6 New Opportunities for Dispute boards, The French scene and Grand Paris Project).

⁸⁵⁵ E. SLATTERY, « Deleting DAB Clauses », *Constr. law. int.* septembre 2009, vol. 4, n° 3, p. 32.

⁸⁵⁶ *Hutuma-RSEA Joint Operations, Inc c. Citra Metro Manila Tollways Corporation*, 24 avril 2009 (Philippines, Cour suprême de Manille).

parties cherche à retarder sa formation, pour dissuader l'autre de soumettre ses arguments au Dispute board⁸⁵⁷.

386. Enfin, la raison principale à la présence encore trop réduite des dispute boards tiendrait-elle aux coûts des dispute boards ? La réponse doit être négative. En désirant la complète disponibilité des experts du Dispute board, les parties à un contrat international de construction assument par moitié, en général, le prix de cette disponibilité. Les membres des Dispute boards sont choisis mutuellement par les parties, ce qui permet d'effectuer un partage égalitaire des coûts. C'est d'ailleurs ce que dispose l'article 28 du Règlement relatif aux Dispute boards, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2015 : « (t)ous les honoraires et frais des membres du Dispute board sont supportés à part égale par les parties ». De surcroît, le coût des Dispute boards est dérisoire par rapport à ceux des tribunaux arbitraux et étatiques. La Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), basée à Seattle, a énoncé que les Dispute boards étaient généralement implantés sur des chantiers de construction de plus de dix millions de dollars et que leur coût variait entre 0,05 % du coût de construction finale et 0,25 % pour des chantiers de construction complexes ayant fait intervenir le Dispute board dans plusieurs réclamations⁸⁵⁸. Certes, les coûts d'un Dispute board seront plus élevés s'il s'agit d'un Standing Dispute board, car il conviendra de payer les frais de déplacement des membres du Board sur les sites ainsi que leurs honoraires sur le long terme, souvent toute la durée du contrat de construction⁸⁵⁹. Mais, les dispute boards ont pour optique d'empêcher la propagation de différends sur le chantier. Dès lors, les prêteurs ont tout intérêt à ce que les actions du board puissent être menées à leur terme, ce qui implique qu'il n'est plus rare de voir des établissements de crédit payer les frais du dispute board. En ce sens, il convient de faire mention de la position adoptée par la Japanese International Corporation Agency (JICA), position devant être félicitée et encouragée puisque cette JICA est tout simplement la première institution au monde à supporter financièrement les frais des Dispute boards en octroyant des fonds aux parties à un contrat international de construction⁸⁶⁰.

Conclusion 1 : Les entreprises privilégient une justice rapide, efficace, économique et indépendante et ils l'ont trouvé avec les Dispute boards. L'ancien modèle de l'Engineer était caractérisé par une

⁸⁵⁷ Dans une affaire CCI, n° 16155 (2015), l'entrepreneur principal avait essayé de collaborer avec le maître de l'ouvrage dans l'optique d'établir un dispute adjudication board durant l'exécution du contrat, mais le maître de l'ouvrage avait ignoré les nombreuses requêtes de l'entrepreneur principal afin de retarder sa formation.

⁸⁵⁸ The Dispute Resolution Board Foundation, « Dispute board Manual. A Guide to Best Practices and Procedures », 2019.

⁸⁵⁹ Le coût moyen d'un *Standing Dispute board* est en moyenne de 100,000 dollars US par an et par membres.

⁸⁶⁰ Cf www.jica.go.jp/english/our_work/types_of_assistance/oda_loans/oda_op_info/guide/pdf/guide09.pdf.

trop large dépendance de l'Ingénieur auprès du maître de l'ouvrage et ne répondait plus au phénomène de l' « effective conflict » ou de « dispute management », cher à Brown-Berset⁸⁶¹. Les dispute boards ont pris le relai mais leur présence est encore effacée, du fait de la réticence liée aux coûts engendrés. Pourtant, les coûts et investissements en matière de Dispute board permettent en réalité d'économiser des millions de dollars en frais d'avocats ou en frais de consultants⁸⁶². Selon des chiffres avancés, 89% des utilisateurs de Dispute boards ayant répondu à une enquête considéraient que la présence d'un Dispute board permettait de maintenir les dépenses liées aux différends à leur minimum⁸⁶³. De surcroît, le coût des Dispute boards reste dérisoire par rapport aux frais engagés dans les instances arbitrales et étatiques.

Si le recours aux Dispute boards s'est affirmé, c'est aussi parce que les formes revêtues par ce mode amiable de règlement des litiges sont diverses et toutes susceptibles de répondre aux attentes des parties.

2) Famille de Dispute boards

Les Dispute boards se différencient selon qu'ils rendent des décisions directement contraignantes à l'égard des parties ou de simples recommandations dénuées de force obligatoire. Certains Dispute boards peuvent également agir de façon continue sur un chantier ou simplement sur convocation des parties (a). Peu important la forme prise, le linotype d'un Dispute board prend forme et sa composition peut poser quelques difficultés (b).

⁸⁶¹ D. BROWN-BERSET, *préc.*, p. 32 et s., spéc. p. 323.

⁸⁶² C. CHERN, *op. cit.*, p. 19 ; G. OWEN et B. TOTTERDILL, *Dispute boards : Procedures and Practice*, Thomas Telford Publishing, 2008, p. 12-13.

⁸⁶³ K. HARMON, « Effectiveness of Dispute Review Boards », *JCEM* 2003.647-679.

a. Les formes possibles

387. Les Dispute Resolution Boards. Lors de son Congrès mondial de Marrakech du 9 juin 2004, la CCI a approuvé le nouveau Règlement sur les Dispute boards, publié le 1^{er} septembre 2004⁸⁶⁴. Ce Règlement CCI a pour atout d'être le seul à donner aux parties le libre choix entre trois approches de Dispute board, d'une part le Dispute Adjudication Board ou « DAB », d'autre part le Dispute Resolution Board ou « DRB » et enfin le Combined Dispute board ou « CDB ».

Les Dispute Resolution Boards sont fréquents dans les contrats internationaux de construction et sont privilégiés par les maîtres de l'ouvrage. Leur mission consiste à rendre des recommandations qui sont, en principe, non contraignantes.

Les parties sont libres d'accepter ou de rejeter la recommandation d'un Dispute Resolution Board dans un délai de trente jours suivant sa réception. Si aucune des parties ne la conteste dans ce délai, la recommandation prendra alors tous ses effets⁸⁶⁵. Ce délai de trente jours paraît cohérent, il n'est ni trop long ni trop court et permet aux parties de mûrir leur réflexion sur l'attitude à adopter, consistant soit à accepter soit à rejeter la décision ou recommandation du Dispute board.

Le succès des Dispute Resolution Boards se retrouve dans bon nombre de projets internationaux de construction. A titre d'illustration, les Jeux Olympiques et Paralympiques de Rio qui s'étaient tenus entre août et septembre 2016 avaient donné lieu à la conclusion de plusieurs dizaines de contrats de construction. Les besoins en construction étaient nombreux (construction d'hôtels, de camps pour les athlètes, de piscines olympiques, de stades, de ponts, d'usines de traitement des eaux et des déchets, de stands ...). Il était essentiel que ces contrats soient exécutés dans les délais et correctement, puisque le départ de ces Jeux ne pouvait être différé. La mission paraissait donc complexe et risquée, mais finalement, les chantiers de construction se sont faits sans trop d'embûches et la présence du Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) n'a pas été étrangère au succès de la bonne délivrance des

⁸⁶⁴ P. GENTON, « Le nouveau règlement CCI sur les "Dispute boards" », *Gaz. Pal.* 4 décembre 2004, n° 339, p. 36. Cf sur la notion des dispute boards, C. KESSEDJIAN et V. PIRONON *op. cit.*

⁸⁶⁵ Article 4 du Règlement CCI relatif aux Dispute boards, 2015 : « (l)es parties conviennent que si aucune d'entre elles n'a notifié par écrit à l'autre partie et au DRB son désaccord avec une recommandation dans les 30 jours à compter de sa réception, la recommandation devient définitive et obligatoire pour elles. Les parties doivent se conformer sans délai à la recommandation devenue définitive et obligatoire et elles conviennent de ne pas la contester, à moins qu'une telle convention ne soit interdite par la loi applicable ».

travaux. Fondation à but non commercial destinée à assurer la promotion de l'usage des Dispute boards, le DRBF est l'organisation internationale de premier plan des Dispute boards. L'Organisation des Jeux Olympiques et Paralympiques avait demandé son assistance, afin que celle-ci mette à disposition des conseils pour éluder les différends et, le cas échéant, une rapide procédure de règlement des contentieux pour les contrats de construction passés pour l'événement planétaire.

388. Les Dispute Adjudication Boards. Les Dispute Adjudication Boards rendent des décisions directement obligatoires. Ils constituent l'approche privilégiée par les entrepreneurs principaux, parce que les décisions du board sont contraignantes, ce qui permet d'empêcher la suspension prolongée des paiements par le maître de l'ouvrage, qui devra respecter immédiatement la décision du board et reprendre les paiements si la décision l'y contraint. Le concept des Dispute Adjudication Boards s'est imposé au Royaume-Uni en 1994, dans le secteur de la construction, à la suite de la publication du Rapport final de la commission présidée par Sir Michael Latham, sous le titre de Final Report on Government/Industry review of Procurement and Contractual arrangements in the UK Construction Industry. Dans ce rapport était fait mention de l'efficacité concrète de la gestion des projets dans lesquels étaient prévus de tels Dispute Adjudication Boards. Selon les investigations de Sir Michael Latham, il en ressortait que les collèges d'« adjudication » contribuaient à réduire de manière considérable les contentieux nés à l'issue de réclamations mal fondées, exagérées ou tardives des constructeurs⁸⁶⁶.

Les décisions du Dispute Adjudication Board (DAB) sont contraignantes, même si elles peuvent être contestées devant un tribunal arbitral ou étatique. Si ses décisions lient les parties, la clause 20.6 des Conditions FIDIC énonçait qu'un tribunal arbitral « doit avoir le pouvoir (...) de réviser tout certificat, détermination, instruction, opinion ou évaluation de l'ingénieur, ainsi que toute décision du DAB, en rapport avec le litige ». La plupart des contrats modèles FIDIC exigent que les décisions du Dispute Adjudication Board soient rendues dans un délai de quatre-vingt-quatre jours à compter de la soumission du différent⁸⁶⁷. Déjà dans les conditions générales FIDIC de 1999, il était énoncé que toute décision rendue par un Dispute Adjudication Board obligeait les parties. En attendant la décision du DAB, l'article 20.4 des Conditions FIDIC dispose que le chantier doit se poursuivre. En quatre-vingt-quatre jours, le Dispute Adjudication Board a vocation à trancher le litige, ce qui est

⁸⁶⁶ Constructing the team, Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry, Final Report, Juillet 1994, Sir Michael Latham, HMSO.

⁸⁶⁷ 90 jours selon le Règlement CCI.

extrêmement rapide. La décision deviendra ensuite définitive en l'absence de contestation pendant un certain délai. Le but est de s'assurer de l'efficacité des décisions des Dispute boards. La partie défenderesse est en droit de formuler une demande reconventionnelle auprès du Dispute board. Si cette demande reconventionnelle est liée à la demande principale, elle sera incluse dans le délai des quatre-vingt-quatre jours, délai qui aura souvent déjà commencé à courir au moment où elle est formulée, de sorte que le Dispute board aura moins de temps pour l'apprécier à sa juste valeur. A l'inverse, si la demande reconventionnelle n'est pas liée de manière étroite à la demande principale, elle bénéficiera d'une autonomie procédurale et d'un délai propre de quatre-vingt-quatre jours. Les deux demandes seront appréciées séparément par le Dispute board. Par conséquent, les membres du Dispute board sont appelés à être entièrement disponibles et consacrés à l'affaire, ce qui peut poser problème lorsque ceux-ci exercent en parallèle une autre profession. C'est pourquoi les parties à un contrat international de construction, pour qui le respect de ce délai est primordial pour la poursuite de l'exécution des travaux, peuvent privilégier des experts ayant pris un congé pour se consacrer pleinement à leur affaire. L'autre possibilité serait le recours à des experts suppléants, à l'instar de ce qui était prévu pour la construction du Tunnel sous la Manche, pour palier l'indisponibilité éventuelle de l'un des experts du Dispute board.

389. Les Standing Dispute boards. Les dispute boards peuvent agir de façon continue pendant la durée du contrat de construction et prennent alors fin avec le contrat de construction, sauf s'il reste des questions en suspens encore à régler. Les standing dispute boards (ou « Bureau permanent de résolution des différends ») demeurent en place durant toute l'exécution du contrat. Leur rôle n'est pas limité au simple fait de rendre des décisions ou des recommandations. Leur mission est également de se rendre sur le terrain, de manière régulière, pour y rencontrer les parties. Les membres de ces Dispute boards détiennent une grande connaissance du contrat et de son contenu et veillent à identifier les événements et les différends qui sont susceptibles de naître entre les parties et émettent en ce sens des recommandations aux parties.

Il convient de distinguer entre « réunions » et « visites sur le site ». Au cours d'une réunion, les membres du Dispute board n'inspectent pas le chantier, au contraire des « visites sur le site » comme leur nom l'indique. En pratique, l'intervalle entre les réunions et les visites sur le chantier est de trois ou quatre mois, mais les parties sont libres de demander une inspection survenant plus tôt. Le mérite des Standing Dispute boards n'est pas seulement de résoudre les conflits, il est surtout d'empêcher leur survenance. Leur rôle consiste essentiellement à résoudre un différend avant que celui-ci ne fasse

l'objet d'une plainte devant un tribunal arbitral ou étatique. La prévenance des différends s'effectue par le biais des visites récurrentes et périodiques des membres du Dispute board sur le chantier. En cas d'échec de règlement amiable et informelle du différend, le Dispute board devra trancher le litige en mettant en œuvre sa fonction juridictionnelle. Les Dispute boards ont un atout indéniable, celui d'avoir pu visiter le chantier, discuter avec les parties, surveiller l'avancement des travaux, à l'inverse des juges étatiques ou encore des arbitres qui ne connaissent pas l'entièreté du projet. L'assistance informelle peut permettre d'éviter l'assistance formelle, à condition que les parties acquiescent aux avis préliminaires du Dispute board. En pratique, cette assistance informelle se déroule au cours de la réunion ou de la visite sur le site prévue à l'avance. Le Dispute board entend en premier lieu les parties en réunion contradictoire et peut, si la nécessité l'impose, demander aux parties de s'entretenir séparément avec chacune d'entre elles. Puis, à la fin de la réunion ou de la visite sur le chantier, le Dispute board expose, à l'oral ou à l'écrit selon la complexité des questions, ses pistes de réflexions, qui ne lient pas et qui sont prises sur l'instant, sur l'élément suscitant controverses entre les parties.

Les standing dispute board constituent le prolongement de l'approche managériale du projet international de construction. Le caractère permanent du Dispute board permet de le distinguer d'autres modes de règlement des différends tels que la médiation ou la conciliation. A l'inverse, les dispute boards ad hoc ne demeurent pas en place tout au long du contrat, de sorte que des auteurs n'hésitent pas à les qualifier d'« arbitrage au rabais »⁸⁶⁸. Si le livre rouge de la FIDIC prévoit la mise en place d'un dispute board permanent, les livres jaune et argent de la FIDIC optent pour leur part pour un Comité ad hoc. N'étant convoqué qu'en cas de besoin, le dispute board ad hoc (ou « non-standing dispute board ») peut être doté d'une moins bonne connaissance de l'avancée générale des travaux de construction.

⁸⁶⁸ P. GELINAS, « L'action des Dispute boards secondée par l'arbitre », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} janvier 2010, n° 1, p. 71.

b. La composition des Dispute boards

390. Les critères de désignation des membres du Dispute board sont extrêmement réglementés et rigoureux et, sont posés en grande partie à l'article 4 de l'Annexe au contrat FIDIC relatif au Comité de résolution des différends. En pratique, plusieurs méthodes de désignation existent⁸⁶⁹. Les parties peuvent désigner plusieurs personnes susceptibles d'être membres du Dispute board avant de s'échanger les CV des pré-sélectionnés et de se mettre d'accord sur trois noms. L'autre possibilité est que les parties ne se mettent d'accord que sur deux noms. Les deux membres du dispute board se font d'abord représentants des parties les ayant désignées et choisissent le président du dispute board, nomination soumise à l'accord du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur principal. L'autre alternative réside dans le fait que le maître de l'ouvrage désigne un membre du dispute board parmi la liste des candidats potentiels soumise par l'entrepreneur principal et vice-versa. Les deux membres du dispute board se chargent de nommer le président. Un contrat se forme ensuite entre les membres du dispute board et les parties.

391. Chaque contractant propose un membre du Dispute board sur la base de ses propres critères. En général, les parties opteront pour des membres possédant des connaissances juridiques, de l'expérience technique ... Chacun des membres nécessite d'être accepté par l'autre partie. Chaque partie peut ainsi contrôler la nomination d'un membre par l'autre, ce qui permet d'amoindrir les risques de conflits d'intérêts. Il est plus avantageux pour les contractants d'opter pour un Dispute board à trois têtes que de se limiter à un Dispute board à un membre. Certes, les coûts du Dispute board à la charge des parties seront plus élevés, mais ces dernières s'assurent que les compétences (juridiques, techniques ...) seront idéalement réparties entre les trois membres⁸⁷⁰. Dans l'hypothèse d'un Dispute board composé d'un seul membre, il est délicat d'exiger d'une personne qu'elle réunisse l'ensemble des compétences requises. En optant pour plusieurs experts dotés de compétences particulières et d'expérience, les parties s'assurent d'une réflexion enrichie pour le règlement de leur litige. A première vue, la présence de juristes demeure essentielle et l'exemple du Professeur Philippe Malinvaud est éloquent⁸⁷¹. Dans le contrat de construction du Tunnel sous la Manche était insérée une disposition de loi applicable renvoyant « aux principes communs à la fois aux droits anglais et

⁸⁶⁹ Concrètement, les membres du Dispute board peuvent être choisis par les parties parmi la liste DBRF, la liste CCI, la liste FIFIC ...

⁸⁷⁰ R. HARBST et V. MAHNKEN, « ICC Dispute board Rules : The Civil Law Perspective », *Arbitration* 2006, vol. 72(4), p. 310, 313.

⁸⁷¹ Ph. MALINVAUD, « Réflexions sur le 'Dispute Adjudication Board' », *RDI* 2001.215.

français et, en l'absence de tels principes communs, aux principes généraux du droit du commerce international tels qu'appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux ». Indéniablement, il paraît qu'un juriste sera mieux à même de comprendre et d'assurer l'application d'une telle disposition et de rechercher de tels principes, qu'un expert technique en construction. La présence de juristes au sein d'un Dispute board est déterminante pour trancher le litige au regard du contrat et de la loi applicable à ce dernier. Néanmoins, il convient de souligner que les membres du Dispute board sont autorisés à désigner des experts pour les conseiller. En réalité, même un Dispute board à membre unique et donc à compétences partielles, peut être efficace et s'entourer d'experts dans des domaines de connaissances qui ne sont pas les siens d'origine.

392. Pareillement, même dans le cas d'un Dispute board à trois membres, il se peut que les compétences ne soient pas suffisamment réparties entre les membres du Dispute board. Dans la pratique, si l'une des parties désigne un membre doté de capacité juridique, l'autre partie sera alors tentée d'en faire de même pour apporter une certaine balance ou une certaine confrontation à l'opinion juridique du membre désigné par la partie adverse⁸⁷². Si ces deux membres, pour anticiper les différends juridiques et les différentes appréciations juridiques d'une situation donnée, choisissent de désigner comme Président du Dispute board une personne dotée de compétences juridiques, alors toutes les questions techniques ne relèveront de l'expertise d'aucun membre du Dispute board. Une telle situation sera susceptible d'entraîner des conséquences notables, notamment si un différend futur a trait à une question d'ordre technique et ce, même si des experts supplémentaires pourront être consultés⁸⁷³.

393. Si l'ancien Règlement sur les Dispute boards datait de 2004, un nouveau fut récemment édicté, contenant un chapitre qui vise à accroître l'assistance informelle apportée par les Dispute boards aux parties pour mettre fin à leurs désaccords. En ce sens, le nouvel article 16 en témoigne, étant intitulé « The avoidance of disagreements », que l'on pourrait traduire par l'évitement des dissentiments et des querelles. Cet article permet au Dispute board de participer au chantier de construction, d'identifier en se rendant sur place les risques de dissensions potentielles, d'en discuter avec les parties avant même que ces dernières n'aient réalisé qu'il y avait là un point de divergence

⁸⁷² A. MURRAY, « The Sun in a Box : The ITER Dispute board », *Constr. law. int.* 2020, vol. 13, n° 1, p. 47, 49-50.

⁸⁷³ En ce qui concerne ces experts techniques, ceux-ci ont souvent été, au cours de leur carrière, soit des maîtres de l'ouvrage soit des constructeurs, de sorte que ces experts doivent coexister au sein du Dispute board même si leurs points de vue sont divergents (affinités pour les prétentions du maître de l'ouvrage ou du constructeur selon leur passif professionnel).

possible⁸⁷⁴. L'avantage majeur du Dispute board est qu'il permet la progression et la continuité du chantier de construction et des travaux et permet d'éviter la suspension des paiements par le maître de l'ouvrage. Si l'entrepreneur principal n'est pas payé, celui-ci ne paiera pas son sous-traitant (c'est le principe très fréquent de la clause « if and when »). Par conséquent, grâce à l'action des Dispute boards, les difficultés et menaces de litiges sont prises en charge dès l'étincelle de leur naissance, ce qui réduit les coûts puisque cela contribue à limiter les procédures contentieuses. Les Dispute boards tendent aussi à atténuer les risques de responsabilité en évitant les retards et indemnités ou pénalités financières qui seraient dues en cas de suspension prolongée des travaux. Or, une fulgurance de l'ascension des coûts dans la construction s'opérera si les parties interrompent un chantier de construction le temps de régler leur(s) différend(s). Les dispute boards ont pour avantage de rendre des décisions ou des recommandations sur lesquelles les parties peuvent directement s'appuyer pour continuer leur chantier de construction. Les dispute boards sont un mode particulier d'expertise contractuelle. Leur rôle ne s'assimile pas à celui d'une négociation par assistance ni à la médiation⁸⁷⁵. Les membres des dispute boards imposent leur autorité par leur expertise technique leur permettant de gagner la confiance des parties.

Conclusion §1 : Le succès des Dispute boards en fait l'un des concurrents majeurs de l'arbitrage en matière de construction. Désormais, les Dispute boards dépassent le seul cadre des contrats de construction et ont atteint la sphère de la Recherche & Développement, la sphère de la propriété intellectuelle ou encore celle des conventions d'actionnaires. Très fréquente dans la pratique de la construction internationale, l'assistance du Dispute board peut être formelle⁸⁷⁶. C'est le cas lorsqu'il rend une recommandation ou une décision après avoir reçu les mémoires des parties. Mais l'assistance du Dispute board peut également être informelle, notamment lorsqu'il est saisi sur des questions de principe pour lesquelles il rend un avis préliminaire⁸⁷⁷. Qu'il s'agisse d'un dispute adjudication board,

⁸⁷⁴ Article 16 du Règlement CCI relatif aux dispute boards, 2015 : « (s)i, à tout moment et en particulier lors des réunions ou des visites sur site, le DB décèle un désaccord potentiel entre les parties, il peut aborder la question avec elles afin de les encourager à éviter par elles-mêmes le désaccord sans autre intervention de sa part. Ce faisant, le DB peut aider les parties à définir leur désaccord potentiel. Il peut leur suggérer un processus particulier à suivre pour éviter le désaccord, tout en leur indiquant clairement qu'il est prêt à leur apporter une assistance informelle ou à émettre une conclusion au cas où elles ne parviendraient pas à éviter le désaccord par elles-mêmes ».

⁸⁷⁵ Interview with J. FLETCHER, « What is Dispute Avoidance ? », *LexisNexis, The MENA Business Law Review*, 2016, Fourth Quarter.

⁸⁷⁶ Article 16 Règlement CCI 2015, *préc.*

⁸⁷⁷ Article 17 du Règlement CCI relatif aux dispute boards, 2015, « 1. De sa propre initiative ou sur demande d'une des parties, et en tout cas avec l'accord de toutes les parties, le DB peut, de manière informelle, aider les parties à résoudre des désaccords survenus lors de l'exécution du Contrat. Cette assistance informelle peut être fournie lors de n'importe quelle réunion ou visite sur site. La partie proposant une assistance informelle du DB doit s'efforcer d'en informer le DB et l'autre partie dans les meilleurs délais avant la date de la réunion ou de la visite sur site au cours de laquelle cette assistance informelle doit être fournie. 2. L'assistance informelle du DB peut prendre la forme d'une conversation entre

d'un dispute resolution board, d'un standing dispute board ou d'un non-standing dispute board, tout dépendra finalement de ce que les parties voudront donner comme pouvoirs et prérogatives aux Dispute boards. Le Dispute board est une « créature du contrat »⁸⁷⁸. Les parties l'établissent contractuellement et le régulent par des normes contractuelles en étant libres de décider de la forme et des pouvoirs incombant au Dispute board ainsi que des règles procédurales auxquelles il sera assujéti. Mode alternatif de règlement des litiges, la nature juridique des Dispute boards fait encore débat aujourd'hui, une partie de la doctrine continuant à les assimiler à une forme particulière d'arbitrage.

§2 : Nature des Dispute boards

L'intérêt majeur des Dispute boards, comparé à une instance judiciaire étatique ou à une instance arbitrale, tient au fait que la procédure n'intervient pas postérieurement aux faits. L'action des Dispute boards est synchrone aux péripéties des faits et se situe sur le chantier de la construction. En visitant de manière régulière le chantier, les membres du Dispute board sont au fait du contexte historique du projet et sont impliqués pendant toute la durée de l'exécution du contrat. Ils sont d'un apport considérable dans la gestion même, en temps réel, du chantier international de construction. Nonobstant, s'il existe bien des caractéristiques communes unissant les DAB à l'arbitrage, leur vocation diffère (1). Les DAB cherchent à s'assurer de l'effectivité de leur fonction. En ce sens et avec le nouveau Règlement CCI sur les Dispute boards, les parties sont tenues d'exécuter les recommandations et décisions si elles ne les contestent pas en temps et en heure. Cela témoigne donc, à priori, d'une efficacité des Dispute boards (2).

le DB et les parties, d'une ou plusieurs réunions séparées entre le DB et l'une des parties avec le consentement préalable de toutes les parties, d'opinions informelles données par le DB aux parties, d'une note du DB adressée par écrit aux parties ou de toute autre forme d'assistance susceptible d'aider les parties à résoudre le désaccord. 3.1 S'il est appelé à émettre une conclusion concernant un désaccord sur lequel il a fourni une assistance informelle, le DB n'est pas lié par les opinions, qu'elles aient été exprimées verbalement ou par écrit, qu'il a pu donner en dispensant cette assistance informelle, et il ne devra prendre en compte aucune information dont toutes les parties ne disposaient pas ».

⁸⁷⁸ P. GERBER et B. ONG, « DAPS : When will Australia jump on board ? », *BCL* 2011, vol. 27, p. 29. Cf D. JONES, « Dispute boards : Preventing and Resolving Disputes », travail présenté à la *DRBF Singapore Conference – The Growth of Dispute boards Around the World*, 2014, p. 5, JonesDRBFSingapore paper.doc

1) Des proximités relatives avec l'arbitrage

Le mécanisme des Dispute boards pourrait être assimilé à une forme particulière d'arbitrage. Comme l'arbitre, le membre du Dispute board est assujéti aux mêmes obligations de confidentialité, d'indépendance et d'impartialité et son rôle dans l'application du contenu du contrat ou sa large extension dans le périmètre contractuel justifierait l'assimilation (a). Les principales dissemblances entre l'arbitrage et les Dispute boards tiendraient à la nature des décisions qu'ils prononcent (b).

a. Des affinités apparentes

394. L'instance du Dispute board est éminemment procédurale. Si la procédure n'est pas publique, la procédure devant le Dispute board demeure très formaliste ; la décision du Dispute board convient ainsi d'être rendue par écrit et d'être le plus souvent motivée⁸⁷⁹. A l'instar de l'arbitrage, plus une décision du Dispute board est correctement motivée et moins les contestations à son encontre se feront entendre. La motivation d'un Dispute board est invitée à être telle qu'elle emportera la conviction des parties au contrat international de construction. Pour autant, à l'image de l'arbitrage, il conviendrait d'adopter une confidentialité totale des membres du Dispute board⁸⁸⁰ qui n'accomplissent « pas une mission d'expertise au sens procédural français, mais une véritable mission pré-arbitrale qui se réalise par l'établissement d'une solution. Cette décision, grâce à sa motivation doit se suffire à elle-même, sans qu'il soit besoin d'y ajouter un quelconque témoignage des experts »⁸⁸¹.

395. Il est intéressant de se demander si les experts, membres du Dispute board, peuvent être amenés à témoigner au cours de l'arbitrage postérieur potentiel ? En principe, la réponse devrait être négative, car cela entrerait en contradiction et en conflit avec le strict devoir de confidentialité des membres du Dispute board. De plus, la décision du Dispute board devant être motivée, la motivation de la décision devrait être suffisante. Ainsi, l'article 9 alinéa 2 du Règlement CCI sur les Dispute

⁸⁷⁹ Article 24 du Règlement CCI relatif aux Dispute boards : « (1) la conclusion doit indiquer la date à laquelle elle a été émise et exposer les constatations du DB ainsi que les motifs sur lesquels celles-ci sont fondées. La conclusion peut aussi inclure les éléments ci-après, sans s'y limiter et sans nécessairement respecter l'ordre suivant : un résumé du différend, des positions respectives des parties et de la conclusion demandée ; un résumé des dispositions pertinentes du Contrat ; une chronologie des événements significatifs ; un résumé de la procédure suivie par le DB ; et une liste des écritures et des documents produits par les parties au cours de la procédure ».

⁸⁸⁰ Article 9 *ICC DB Rules*.

⁸⁸¹ Ph. MALINVAUD, « Réflexions sur le 'Dispute Adjudication Board' », *RDI* 2001.215.

boards dispose que chaque information obtenue par un membre du dispute board doit être réservée et utilisée à la seule fin de l'action du Dispute board et demeurer confidentielle⁸⁸². L'alinéa 3 de l'article 9 précise également qu'un membre du dispute board ne peut pas, en principe, agir dans une procédure arbitrale ou judiciaire concernant le conflit pour lequel il était institué, que ce soit en tant que juge, arbitre, expert, conseiller ou représentant de l'une des parties⁸⁸³.

396. A l'instar de l'arbitrage, une fois désignés, les membres désignés doivent s'astreindre à une obligation d'indépendance et d'impartialité envers les parties⁸⁸⁴. « L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance nécessitent de caractériser par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »⁸⁸⁵. Cette exigence d'indépendance des arbitres peut être transcrite pour les membres du Dispute board.

397. Les arbitres s'astreignent également à un devoir de révélation. Or, un pouvoir continu de vérification de l'indépendance et de l'impartialité du board devrait être octroyé aux contractants, tout au long de l'action du Board. L'alinéa 2 de l'article 8 du nouveau Règlement CCI sur les dispute boards dispose que les membres du dispute board sont tenus de signer une déclaration sur l'honneur d'indépendance et d'impartialité⁸⁸⁶. Une obligation de révélation est prévue à l'alinéa 3, imposant à un membre du dispute board de divulguer immédiatement et par écrit aux parties et aux autres membres du dispute board toutes les circonstances et informations de nature à créer un doute chez les parties, à laisser craindre une apparence de partialité⁸⁸⁷. Il s'agit d'un devoir continu, tout au long de

⁸⁸² « Sauf convention contraire entre les parties ou exigence imposée par la législation applicable, toutes les informations qu'un membre du DB obtient dans le cadre des activités du DB doivent être utilisées par ce membre du DB exclusivement aux fins des activités du DB et doivent être traitées comme confidentielles par ledit membre du DB ».

⁸⁸³ « Sauf convention contraire écrite de toutes les parties, un membre d'un DB ne peut participer ou avoir participé à une quelconque procédure judiciaire, arbitrale ou similaire relative au Contrat, que ce soit à titre de juge, d'arbitre, d'expert, de représentant ou de conseiller d'une partie ».

⁸⁸⁴ Ce qu'impose l'article 8 du nouveau Règlement CCI sur les dispute boards.

⁸⁸⁵ CA Paris, 28 juin 1991, *Rev. arb.* 1992.568, note P. BELLET.

⁸⁸⁶ « Tout membre pressenti d'un DB doit signer une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance et communiquer par écrit aux parties, aux autres membres du DB et au Centre, si le membre en question doit être nommé par le Centre, les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance comme membre du DB dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité ».

⁸⁸⁷ « Un membre du DB doit immédiatement divulguer par écrit aux parties et aux autres membres du DB tous les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 8, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant son mandat de membre du DB ».

l'action du dispute board. Autrement dit, les membres du Dispute board sont assujettis à une obligation de divulgation écrite des relations personnelles ou professionnelles passées ou présentes avec l'un de ces trois acteurs au contrat international de construction. La partie désirant remettre en cause l'impartialité et l'indépendance d'un membre du dispute board dispose de quinze jours, à la connaissance des circonstances faisant naître un doute, pour transmettre au Centre sa requête attestant de faits faisant douter de l'indépendance et de l'impartialité du membre. Si le Centre conclut à une dépendance ou à une partialité, la mission de ce membre prend fin immédiatement. Ce membre pourra être remplacé par un nouveau membre désigné dans les mêmes conditions que l'ancien (*mutatis mutandis*)⁸⁸⁸.

Dès lors, les membres du Dispute board sont invités à ne pas entretenir des intérêts financiers avec l'une des parties. Ils sont appelés à ne pas avoir été embauchés ou à ne pas avoir été en relation avec l'un des employés du maître de l'ouvrage, de l'ingénieur ou de l'entrepreneur principal. L'indépendance s'apprécie surtout objectivement en ce qu'un membre du Dispute board est invité à être capable de montrer qu'il n'a aucun intérêt personnel ou professionnel pouvant créer une suspicion raisonnable de favoritisme⁸⁸⁹. Malgré tout, il paraîtrait dommageable d'exclure un membre du board sous prétexte qu'il aurait eu une relation passée avec l'une des parties⁸⁹⁰. Il est fréquent que dans le monde de la construction, experts et parties se soient déjà côtoyés. Par conséquent, il résulte de la pratique que le membre soit simplement invité à révéler s'il a été en contact avec l'une des parties durant les trois dernières années de son activité professionnelle.

398. Ce n'est que si les membres du Dispute board bénéficient d'une crédibilité suffisante, d'une expérience incontestable et d'une légitimité hors pair, que les parties seront enclines à respecter leurs opinions. En ce sens, il est à souligner que pour garantir un haut niveau d'excellence dans le respect des obligations d'indépendance et d'impartialité des membres du Dispute board, durant toute la durée

⁸⁸⁸ Article 7 alinéa 6 du Règlement CCI sur les Dispute boards : « (l)orsqu'un membre du DB doit être remplacé pour cause de décès, de démission, de résiliation de son mandat ou de destitution, le nouveau membre du DB doit être nommé de la même manière, *mutatis mutandis*, que l'avait été le membre du DB qu'il remplace, sauf convention contraire des parties. Toutes les mesures prises par le DB avant le remplacement d'un membre demeurent valables. Si le DB se compose de trois membres ou plus et que l'un doit être remplacé, les autres membres restent membres du DB. Avant qu'un membre du DB ne soit remplacé, les autres membres du DB doivent s'abstenir de tenir des audiences et d'émettre des conclusions sans l'accord de toutes les parties ».

⁸⁸⁹ C. CHERN, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁹⁰ P. GENTON, « Le nouveau règlement CCI sur les 'Dispute boards' », *Gaz. Pal.* 4 décembre 2004, n° 339, p. 36.

du projet de construction, la Dispute Resolution Board Foundation (DBRF) ainsi que la Dispute board Federation (DBF) ont publié des Codes de conduite complets⁸⁹¹.

399. Les Dispute boards sont soumis aux réglementations prévues par le droit applicable à ce contrat, peuvent-ils s'écarter du droit applicable au contrat international de construction ? A première vue la réponse devrait être négative, le contrat étant la loi des parties. Ayant le pouvoir d'appliquer le droit, les Dispute boards sont censés rendre des décisions qui ne risquent pas de présenter des écarts substantiels et notables de l'issue du litige après contentieux étatique ou arbitral. Mais, à l'instar de l'arbitrage, des exceptions devraient être posées pour permettre au board d'écarter un droit applicable au contrat jugé inadapté à la situation⁸⁹². En pratique, les membres du Dispute board devraient pouvoir rendre des décisions et des recommandations en observation des principes légaux et pouvoir s'en affranchir, dès lors que ces principes légaux conduiraient à l'adoption de solutions éloignées d'une bonne justice. Cela se justifierait par la nature même du dispute board. Le dispute board est chargé de conseiller les parties en prenant en considération leurs volontés tout en s'attachant également à leurs intérêts commerciaux qu'il a pu observer tout au long de la construction⁸⁹³. Ce faisant, pour plus de flexibilité, un dispute board ne doit pas se limiter à la loi applicable au contrat de construction. De même, si le droit applicable au contrat est lacunaire sur un différend en présence, les membres du board devront opter pour un autre droit, national ou anational, pour régler la situation.

400. Enfin, dans l'optique d'assurer la meilleure exécution du contrat, un dispute board peut accompagner la réflexion des parties vers des réinterprétations contractuelles et leur conseiller des procédures ou initiatives qu'il estime adaptées à la situation en présence. Un dispute board peut-il aller jusqu'à réviser des conditions et des dispositions contractuelles ? Peut-il réadapter le contrat passé par les parties pour mieux l'encadrer ? Il semble que, pour garantir une continuité et une bonne exécution du chantier qu'ils ont eux-mêmes supervisé, des libertés doivent être accordées aux membres des dispute boards. Cette élasticité permettrait une meilleure et nouvelle coordination entre les parties. Le risque serait que le contenu du contrat devienne, en quelle que sorte, hypertrophié par le Dispute board qui lui ferait engendrer des obligations que les parties n'auraient pas voulues. C'est pourquoi l'existence de telles prérogatives doit dépendre de la volonté des parties au contrat de dispute board, liant les membres du dispute board aux parties. Le dispute board ne devrait pas pouvoir intervenir sans limite. Le contrat liant le dispute board aux parties est appelé à prévoir une juste

⁸⁹¹ C. CHERN, *op. cit.*, p. 112-113.

⁸⁹² G. OWEN et B. TOTTERDILL, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹³ En cas de standing dispute board.

intervention dans la limite de ce que les contractants entendent laisser comme marge de manœuvre aux membres du Board.

401. Si un Dispute board est prévu au sein du contrat principal, peut-il associer tous les opérateurs de la construction concernés, tels que les sous-traitants, dans la même procédure ? Alors même que le sous-traité ne contiendrait pas de clause de Dispute board ? En principe, le Règlement des Dispute boards paraît l'admettre et envisage le dépassement du périmètre contractuel en associant fournisseurs et sous-traitants au jeu du Dispute board⁸⁹⁴. La difficulté résidera dans le manque de coopération des partenaires de la construction ne souhaitant pas avoir affaire à un Dispute board. Néanmoins et à l'instar de ce qui s'observe dans l'arbitrage international à propos de l'extension des clauses compromissoires au sous-traitant, une distinction doit s'opérer. Dans le cas d'une sous-traitance transparente, la clause de Dispute board présente dans le contrat principal se transmettrait au contrat de sous-traitance, de sorte que le sous-traitant ne pourrait pas saisir un tribunal arbitral sans enclencher préalablement la procédure du Dispute board⁸⁹⁵. Il suffirait de se référer à la clause du sous-contrat qui énoncerait que le sous-traitant était tenu de se conformer à toutes les obligations à la charge de l'entrepreneur en vertu du contrat principal, dans la mesure où ses engagements contractuels étaient relatifs aux travaux couverts par le contrat de sous-traitance et dans la mesure où « elles (n'étaient pas) contraires aux ou incompatibles avec » les dispositions expresses du contrat de sous-traitance⁸⁹⁶. En cas de sous-traitance non-transparente, il convient d'exclure l'opposabilité d'une clause de dispute board présente au contrat principal à l'encontre du sous-traitant. Exclu du processus de sélection des membres du board, le sous-traitant sera légitime à exiger une inopposabilité de la clause de dispute board en arguant d'une atteinte à la garantie du procès équitable. Au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur principal de faire preuve d'ingéniosité pour ramener le sous-traitant devant le dispute board, en privilégiant dès les origines des sous-traitances transparentes.

⁸⁹⁴ Cf article 15.4 du Règlement CCI relatif aux dispute boards, 2015 : « (s)'il y a plus de deux parties au Contrat, l'application du Règlement peut être adaptée, de manière appropriée, à une situation multipartite, par accord de toutes les parties ou, à défaut, par le DB ».

⁸⁹⁵ L'affaire CCI, aff. n° 6611 (1992), est intéressante en ce qu'elle concernait la question de la validité de l'incorporation de la clause 67 des conditions FIDIC dans le sous-contrat, par référence au contrat principal contenant une telle clause. Cf également l'affaire CCI, n° 7423 (1995), dans laquelle le tribunal arbitral avait à répondre à la question de savoir si l'exigence contenue dans le contrat principal de soumettre le litige préalablement à l'ingénieur était applicable au différend issu du sous-contrat.

⁸⁹⁶ Cf également sent. CCI, aff. n° 6230, 1990.

b. Des dissemblances à nuancer

b.1. Les rapprochements entre la conclusion du dispute board et l'acte juridictionnel

402. La décision d'un Dispute Adjudication Board est-elle équivalente à un acte juridictionnel ? Le Professeur Jarrosson, dans sa thèse de doctorat, avait posé les bases de définition de l'acte juridictionnel en dressant un inventaire de trois critères permettant d'identifier la présence d'un acte juridictionnel⁸⁹⁷ : un critère organique, un critère procédural et un critère d'effectivité de l'acte. L'auteur énonçait que « le critère organique permet de considérer qu'est un acte juridictionnel tout acte émanant d'un organe particulier : la juridiction (...) : La théorie de Carré de Malberg part du principe que tout acte juridictionnel émane d'une juridiction. Elle déplace alors la question de la notion d'acte juridictionnel vers celle de la notion de juridiction »⁸⁹⁸. Rendant une décision qui doit, en principe, s'imposer aux parties, le dispute board est une juridiction. En l'occurrence, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) se base sur la méthode des faisceaux d'indices pour déterminer si un organisme peut se prévaloir de la qualité de juridiction au sens de l'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). En l'espèce, sont exigés des critères tenant à l'indépendance de l'organisme (or, les membres du Dispute board sont censés être indépendants), à la nature contradictoire de la procédure (ce qui est le cas devant le Dispute board), à l'application par l'organisme des règles de droit (le dispute board tranche le différend en se basant, en principe, sur le contenu du contrat et sur la loi applicable à celui-ci). Seuls les critères tenant à l'origine légale de l'organisme (le dispute board a une origine conventionnelle) et à la permanence de l'organisme (qui n'est pas toujours remplie notamment en cas de Dispute board ad hoc) peuvent ne pas être réunis. Pour autant, la jurisprudence de la CJUE a témoigné du caractère non-cumulatif de la présence de ces critères, « (...) les critères (...) ne sont rien d'autre qu'un faisceau d'indices, et que si l'essentiel d'entre eux est rempli, certains, comme la permanence en l'espèce, peuvent vraiment apparaître comme accessoires. A cet égard, on sait par exemple que le critère de la procédure contradictoire (...) est, dans l'appréciation qu'elle porte sur le caractère juridictionnel des instances de renvoi, un critère

⁸⁹⁷ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 33, n° 48.

⁸⁹⁸ Cf la théorie organique de R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 20 novembre 2003, réimpression des éditions de 1920-1922, T. I, p. 268, qui s'attache principalement à l'autorité à l'origine de la décision, à l'auteur de l'acte qui doit être un organe juridictionnel spécialisé, indépendant, impartial et hiérarchisé. Tout acte rendu par cet organe est un acte juridictionnel. Cette théorie doit être relativisée, car il y a des décisions d'autorités administratives indépendantes qui sont des actes juridictionnels, alors qu'elles ne sont pas des organes juridictionnelles.

des plus relatifs »⁸⁹⁹. Ainsi, « la CJUE adopte une approche pragmatique quant aux critères qu'elle a dégagés pour déterminer la juridiction au sens de l'article 267 du TFUE. Il suffit donc que certains critères soient remplis de nature à constituer un faisceau d'indices indiquant que le caractère juridictionnel est avéré ».

403. L'approche pratiquée par la CJUE pourrait avoir le mérite d'attribuer à la décision d'un dispute board un caractère juridictionnel, l'assurant de sa pérennité en favorisant leur reconnaissance par les juridictions arbitrales ou étatiques. Si les décisions du dispute board obtiennent le statut d'acte juridictionnel, elles seront davantage légitimes et respectées par les juges étatiques ou par les tribunaux arbitraux, qui présumeront la présence de nombreux points communs entre leur prétoire et celui du dispute adjudication board.

404. Mais, même en estimant qu'un dispute board puisse être assimilé à une juridiction, cela n'est pas suffisant pour déterminer si la décision d'un dispute board s'apparente ou non à un acte juridictionnel. Le critère organique ne suffit pas et les enseignements illustrés par la thèse de C. Jarrosson en témoignent. En prime, il convient alors de déterminer si le critère procédural est rempli. Comme l'auteur l'a souligné, « Carré de Malberg lui-même ne présentait pas le critère organique comme étant suffisant à lui seul, il le complétait par un second critère, formel lui aussi, le critère procédural ». Citant Carré de Malberg, C. Jarrosson a défini l'acte juridictionnel comme s'agissant de la manière dont l'acte a été accompli, « selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger ». Il a rajouté que « le critère procédural est effectivement très lié au caractère organique. Est acte juridictionnel l'acte qui émane d'une autorité, mais selon une procédure, une organisation donnée. Cette procédure est formaliste, publique, elle conduit à la motivation de l'acte »⁹⁰⁰. Si une décision d'un dispute board doit bien être éminemment motivée et obéit à une procédure déterminée, la présence d'un critère procédural ne suffit pas à donner à la décision du Dispute board le qualificatif d'acte juridictionnel. C. Jarrosson expliquera d'ailleurs « qu'il peut exister une procédure dans l'élaboration de certains actes qui ne sont pas juridictionnels pour autant »⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada Inc c. Accord Healthcare Ltd et a*, aff. C-555/13 ; cf par ex. CJCE, 29 novembre 2001, *François de Coster c. Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boisfort*, aff. C-17/00, point 14.

⁹⁰⁰ Ch. JARROSSON, *op. cit.*

⁹⁰¹ Est juridictionnel l'acte rendu selon une procédure spécifique répondant à plusieurs garanties pour les plaideurs. Cette théorie est à relativiser, car une décision d'une administration protégeant des droits individuels n'est pas nécessairement un acte juridictionnel.

405. Le dernier critère posé par C. Jarrosson tient à l'efficacité de l'acte. Le Professeur Japiot avait considéré qu'un jugement était essentiellement caractérisé par l'autorité de la chose jugée, autrement dit par sa capacité à mettre un terme, de manière irrévocable, au différend. « Il reconnaît l'irrévocabilité de la chose jugée comme un trait spécifique de l'acte juridictionnel »⁹⁰². Si le dispute board est bien une juridiction (l'affirmation tient de la simple appréciation de fait), alors sa décision pourrait avoir autorité de la chose jugée. En l'occurrence, du consentement des parties au contrat international de construction pourrait émerger l'autorité de la chose jugée de la décision du Dispute board. Les parties ont accordé au dispute board et donc, à ses décisions, une autorité contractuelle. La sous-clause 20.4 du livre rouge de la FIDIC impose aux parties d'exécuter immédiatement les décisions du dispute adjudication board selon la devise « paie d'abord et argumente après ». Une décision d'un dispute board est susceptible de recours mais tant qu'elle n'est pas contestée, elle est obligatoire⁹⁰³.

406. Si ces trois critères abordés permettent en général de déceler si un acte est ou non de nature juridictionnelle, ils sont insuffisants en ce qui concerne la décision d'un Dispute board. Le Professeur Jarrosson avait adjoint à ces trois critères des critères matériels tenant à la finalité de l'acte, à sa structure et à l'existence d'une contestation ou d'un différend. En l'espèce, ces critères matériels sont remplis. La finalité de la décision du dispute board est de trancher un différend, après avoir entendu les prétentions des parties, en prenant position pour l'une des parties⁹⁰⁴. La structure de l'acte a pour

⁹⁰² R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau et Cie, 3^e éd., 1935, n° 136 et s. L'acte est juridictionnel dès lors qu'il a l'autorité de la chose jugée.

⁹⁰³ Même si l'autorité de chose jugée n'est que provisoire, une décision peut être un acte juridictionnel, car si la sentence ne tranche pas définitivement le litige, elle possède une autorité de la chose jugée, le juge ne pouvant pas modifier la décision provisoire sans relever de circonstances nouvelles ou de situations juridiques différentes. Il y a autorité de la chose jugée au provisoire pour garantir l'efficacité d'une sentence même non définitive. Pour Jean-Georges Betto, le caractère définitif n'est pas une de ces conditions (J.G BETTO, « Pour la consécration de la notion de sentence provisoire en droit français de l'arbitrage international », *Gaz. Pal.* 14 décembre 2006, p. 8). Cf H. CAPITAN, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, l'acte juridictionnel est « l'acte par lequel une juridiction tranche une contestation au terme d'une procédure organisée et qui, pour toutes ces raisons, est revêtu de l'autorité de chose jugée » mais qui est « parfois caractérisée (...) par un seul des critères (...) ci-dessus associés ». Autrement dit, si tout acte qui a autorité de la chose jugée est un acte juridique, tout acte juridique n'a pas à être doté de la force de chose jugée. Or, l'arbitre ou le Dispute Adjudication Board tranche bien un litige et sa décision lie les parties. Ils exercent tous une mission juridictionnelle. Le caractère « définitif » de la définition de l'acte juridictionnel doit être nuancé, il existe des mesures provisoires, indispensables à la bonne administration de la justice réglant une situation d'urgence, prévenant l'imminence de la survenance d'un dommage, et ce sont des actes juridictionnels. Selon la doctrine, il y a même « un mouvement qui, sous des aspects très variés, consiste à amplifier ce que l'on pourrait appeler la consistance juridictionnelle du provisoire » (R. PERROT, « Du provisoire au définitif », in *Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2012, p. 447 et s., n° 3).

⁹⁰⁴ Cf P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, T. XIX. Selon l'auteur, pour que l'acte soit juridictionnel, il faut une contestation que le juge devra trancher. La principale finalité d'un acte juridictionnel est de trancher la contestation, de restaurer la paix sociale remise en cause par la contestation. Un acte juridictionnel est un acte qui règle un différend en respectant les garanties inhérentes au procès.

objet la vérification d'une violation d'une loi d'une situation juridique. Or, pour parvenir à leur décision, les membres du dispute board examinent *in concreto* si la loi applicable au contrat international de construction a été ou non atteinte par les actions ou inactions de l'une ou l'autre des parties ou si le contrat (loi des parties) a vu ses obligations être respectées par les parties. Enfin, le dernier critère posé par C. Jarrosson tient en l'existence d'une contestation ou d'un litige et, le dispute board est justement saisi du fait d'une contestation entre les parties sur la portée d'une obligation contractuelle ou sur l'interprétation du contrat⁹⁰⁵. Le dispute adjudication board tranche en droit une situation de fait. Les parties font état au dispute board de leurs prétentions, le dispute board les entend, qualifie juridiquement les faits et se réfère à la loi applicable au contrat ou au contrat lui-même pour régler le différend. Ce faisant, il rendra alors une décision qui aura des incidences sur la situation juridique et factuelle des parties.

b.2. Le dispute board, un double degré d'arbitrage ?

407. L'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Règlement CCI sur les Dispute boards dispose expressément que les dispute boards ne sont pas des tribunaux arbitraux et que leurs conclusions ne sont pas assimilables à des sentences arbitrales⁹⁰⁶. La nature des conclusions des dispute boards écarte-t-elle légitimement la qualification en sentences arbitrales ? Les sentences arbitrales tranchent de manière définitive (outre le cas de l'arbitrage à double degré⁹⁰⁷), à l'inverse des conclusions des dispute boards. Mais, en n'étant pas contestées dans les délais fixés, ces conclusions acquièrent un caractère définitif. D'ailleurs, les décisions des Dispute boards sont très généralement exécutées d'office et de manière spontanée par les parties et sont invitées à être exécutoires et ce, pour des raisons pratiques, sans avoir

⁹⁰⁵ Cf en ce sens la théorie de L. DUGUIT selon qui l'acte juridictionnel résulte de la contestation et du jugement qui en découlera. Le jugement résulte de la contestation (L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906.446). Cf également la théorie de G. JEZE : L'acte juridictionnel, c'est quand le juge va constater la contestation (G. JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP* 1909.667).

⁹⁰⁶ « Les dispute boards ne sont pas des tribunaux arbitraux et leurs conclusions n'ont pas force exécutoire comme les sentences arbitrales. Les parties acceptent conventionnellement d'être liées par les conclusions sous certaines conditions spécifiques énoncées dans le Règlement. En application du Règlement, la Chambre de commerce internationale (la « CCI »), par l'intermédiaire de son Centre international d'ADR (le « Centre »), qui est un organe administratif séparé en son sein, peut fournir aux parties des services administratifs. Ceux-ci comprennent notamment la nomination de membres du dispute board (« membres du DB »), la prise de décision concernant des récusations de membres du DB, la détermination des honoraires des membres du DB et l'examen des décisions ».

⁹⁰⁷ Cf Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2014, *Société Diag Human c. République Tchèque*, n° 12-29.112, *D.* 2014.671 ; cf *RTD com.* 2014.323, E. LOQUIN « L'impossible reconnaissance en France d'une sentence soumise à réexamen d'une autre formation arbitrale ». Compromis d'arbitrage entre la République Tchèque et une société, article V : « les parties ont également convenu que la sentence arbitrale serait susceptible d'être réexaminée par d'autres arbitres que les parties choisiront de la même manière, si une demande de réexamen parvient à l'autre partie dans un délai de trente jours après la date à laquelle la sentence arbitrale est parvenue à la partie demandant le réexamen (...). Si la demande de réexamen ne parvient pas à l'autre partie dans ledit délai, la sentence arbitrale acquerra force de chose jugée (...) ».

à ordonner le recours à une procédure arbitrale ou étatique. Convertir une décision en sentence dotée de la force exécutoire peut s'avérer être une étape longue, réduisant tout intérêt à la rapidité et à l'efficacité de l'action des Dispute boards.

408. Si une décision simplement « obligatoire » est considérée comme provisoire et peut être contrôlée par un tribunal arbitral, il peut en aller de même pour une décision définitive. A ce propos, « le tribunal a le devoir de faire plus qu'exécuter rapidement sans tenir compte du contenu de la décision (finale) du DAB dans une certaine mesure »⁹⁰⁸. Comment pourrait-il être demandé à un tribunal de demander l'exécution d'une décision d'un Dispute board sans l'évaluer au préalable ? Permettre à un tribunal arbitral de contrôler et de modifier une décision finale d'un Dispute board pourrait revenir à ouvrir la porte à l'appel dans l'arbitrage, si tant est qu'un Dispute board puisse s'assimiler à un tribunal arbitral de première instance. Finalement, n'est-ce pas ici la problématique majeure ?

409. La Chambre arbitrale de Paris, mais aussi l'Institut d'arbitrage proposent une procédure ordinaire à deux degrés, le second degré pouvant être activé par une partie en cas de désaccord avec la décision des premiers arbitres nommés. L'intérêt de l'arbitrage à double degré est de maximiser les chances de voir la sentence être acceptée par les plaideurs. Au premier degré, il ne s'agirait que d'un projet de sentence pouvant être contesté sous quinze jours, autrement ce projet deviendrait définitif. La décision du second degré sera définitive. Le dispute board pourrait être confondu en un arbitrage de premier degré, tandis que les tribunaux arbitraux constitueraient le second degré. Après tout, le dispute board constitue une sorte de juridiction, rend une sentence obligatoire et la plupart des contrats internationaux de construction exigent des dispute boards préalablement à l'arbitrage. Et, les conclusions des dispute boards peuvent être conduites devant l'arbitrage⁹⁰⁹. En première instance, les Dispute boards réuniraient des experts particuliers ayant pour mission d'empêcher les risques de différends et de résoudre les éventuels contentieux. En seconde instance, un tribunal arbitral à proprement parler serait composé d'experts chargés de valider ou d'annuler la décision d'un Dispute board. A ce propos, rien ne laisse présager qu'une procédure arbitrale ne pourrait pas se constituer en deux étapes⁹¹⁰. Simplement, il suffirait d'assimiler la décision rendue par le Dispute board au cours

⁹⁰⁸ N. GOULD, « Enforcing a dispute board's decision : issues and considerations », *ICLR* 2012, vol. 29(4), p. 442, 474 et cf G. OWEN et B. TOTTERDILL, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁰⁹ Cf Article 3(6) et 4(6) des *Chartered Institute of Arbitrators*, de même cf article 27 *ICC(DRP)* ou sous-clause 21.6 Livre Rouge FIDIC.

⁹¹⁰ C. SCHILLER, « Dispute board is arbitration : an alternative view on the nature and enforceability of a dispute board's determination », *Constr. Law J.* 2015, vol. 31(7), p. 386.

de la première instance comme une sentence provisoire et la décision du tribunal arbitral au cours de la seconde instance comme une sentence finale. D'ailleurs, l'article 39 de l'Arbitration Act de 1996, intitulé « Pouvoir de rendre des sentences provisoires », soulignait que « les parties sont libres de convenir que le tribunal aura le pouvoir d'ordonner provisoirement tout redressement qu'il serait habilité à accorder dans une sentence définitive ». Autrement, il conviendrait de s'appuyer sur la note explicative de l'UNCITRAL Model Law énonçant qu' « une partie ne peut pas être empêchée de faire une demande devant un tribunal arbitral de deuxième instance si les parties ont convenu d'une telle possibilité »⁹¹¹. Les Dispute boards pourraient s'assimiler à de l'arbitrage *stricto sensu*⁹¹². Cette position était d'ailleurs reconnue par des Cours américaines⁹¹³ et une présomption pourrait peser sur le fait qu'un Dispute board soit une modalité procédurale spécifique d'arbitrage, de sorte que les Règlements d'arbitrage conviendraient de s'appliquer à celui-ci. Assimilée à l'arbitrage, la clause de Dispute board serait, en définitive, une clause d'arbitrage, si bien que la Convention de New-York sur l'exécution des sentences devrait trouver à s'appliquer.

410. C'est tout naturellement qu'un Dispute board pourrait être assimilé à l'arbitrage, d'autant plus lorsqu'il est fait référence à la définition du concept de l'arbitrage donnée par certains auteurs : « (l)es parties au litige acceptent de soumettre leur désaccord à une personne en qui ils ont confiance en l'expertise ou le jugement. Ils soumettent chacun leur cas à cette personne - cette personne privée, cet arbitre - qui écoute, examine les faits et les arguments, puis prend une décision. Cette décision est définitive et lie les parties; et elle est contraignante parce que les parties sont convenues que tel devrait être le cas, et non à cause du pouvoir coercitif de tout État. En bref, l'arbitrage est un moyen efficace d'obtenir une décision finale et contraignante sur un différend ou une série de différends, sans renvoi à un tribunal »⁹¹⁴. Cette définition de l'arbitrage est parfaitement transposable aux Dispute boards et à leurs fonctions⁹¹⁵.

⁹¹¹ Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Loi type de 1985 sur l'arbitrage commercial international telle que modifiée en 2006, p. 35, <http://www.uncitral.org/>.

⁹¹² Ch. DERING, « Dispute boards : it's time to move on », *ICLR* 2004, vol. 21(4), p. 440 : « (d)ans certaines juridictions, il peut être clair et sans aucun doute qu'une procédure ayant les caractéristiques d'une procédure de règlement des différends est, que les parties le veulent ou non, un arbitrage ». Cf également A. VERSTEIN, « Ex Tempore Contracting », *Yale Law & Economics Research Paper* 2011, n° 454, p. 47 : « (d)'autres fois, ils (les tribunaux) intègrent des comités de règlement des différends en tant qu'arbitres à part entière ».

⁹¹³ *Massachusetts Highway Dept c. Perini Corp* (2002) 14 Mass. L. Rep 452 ; *American Arbitration Association Handbook on Construction Arbitration and ADR*, 2^e éd., American Arbitration Association, 2010, p. 52.

⁹¹⁴ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *op. cit.*, p. 1.

⁹¹⁵ C. SCHILLER, *préc.*, p. 380-398 et spéc. p. 384.

Le dispute board est relié au processus de l'arbitrage, c'est l'étape préalable naturelle. L'enclenchement d'un dispute board mènera inévitablement à la conclusion qu'un arbitrage est possible *in fine*. Cependant, si les parties ne font pas mention d'un dispute board préalable à l'arbitrage au sein de leur contrat, elles pourront accéder directement à l'arbitrage. La clause 20.8 des conditions FIDIC énonce que l'accès direct à l'arbitrage est toléré dans les circonstances où « il n'y a pas de (DAB) en place, que ce soit en raison de l'expiration du mandat du (DAB) ou autre »⁹¹⁶.

411. En réalité, le double degré d'arbitrage ne répond pas réellement aux caractéristiques présentes en l'espèce. Les tribunaux arbitraux pourront réviser la conclusion du dispute board ou la rendre exécutoire dans une sentence finale ou intérimaire. Ils traiteront de l'affaire avec un œil nouveau, sans tenir compte de l'existence de la conclusion du dispute board et s'exprimeront sur le différend qui leur est soumis et non sur la décision du dispute board. Ce n'est donc pas un appel et les parties pourront énoncer devant les arbitres des arguments non mentionnés devant le dispute board⁹¹⁷. Ainsi, ce n'est pas parce que le dispute board est devenu un prérequis à l'arbitrage qu'il en devient automatiquement un tribunal arbitral de premier degré⁹¹⁸. Rendre une sentence, c'est le principe, le propre, la finalité de l'arbitrage et des arbitres. Eviter le contentieux, c'est le but premier du dispute board et de sa conclusion. D'ailleurs, les new Fidic Sort of contracts de décembre 2017 ont remplacé l'appellation Dispute Adjudication Board par celle de « Dispute Avoidance/Adjudication Board » ou DAAB⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Cf Décision Du Tribunal Fédéral Suisse 4a_124/2014 BC Swi. En l'espèce, deux contrats conclus entre une entreprise française et une entreprise d'Etat roumaine pour la restauration d'une autoroute en Roumanie étaient soumis au droit roumain. Les parties avaient essayé de constituer un dispute board, mais avaient échoué de le faire dans les délais prévus. L'une des parties avait directement saisi un arbitrage, l'autre partie avait contesté cette démarche, car l'enclenchement d'un dispute board était une étape obligatoire à la requête en arbitrage. Le tribunal arbitral avait retenu sa compétence, un appel avait été formé devant la juridiction suprême suisse pour qui l'expression contenue dans la clause 20.8 « ou autrement » était une « expression très vague » et que « l'interpréter de manière littérale et extensive limiterait le mode alternatif de règlement des litiges à plusieurs niveaux imaginé par la FIDIC lorsqu'il s'agit d'une procédure ad hoc DAB, car, par définition, un litige survient toujours avant la mise en place du DAB ad hoc (...) une telle interprétation serait clairement contraire à l'objectif que les fondateurs du système avaient en tête ». Pour la juridiction suprême Suisse, le dispute board est une étape obligatoire préalable à l'arbitrage si le contrat le prévoit, mais si les circonstances font que le dispute board n'a pas été constitué dans les dix-huit mois à sa requête, alors l'arbitrage direct sera permis. Cf également *Peterborough City Council c. Entreprise Managed Services Ltd* (2014) EWHC 3193 (TCC) ; 2015 2 All E.R (Comm) 423 (QBD (TTC)) (« un droit unilatéral de se retirer du processus (DAB) existe, sauf dans le cas où, au départ, les parties ont convenu de nommer un DAB permanent et que, au moment où le différend est survenu, ce DAB avait cessé d'être en place, pour quelque raison que ce soit »).

⁹¹⁷ V. CAPASSO, « Dispute board : What if they were multi-tiered arbitration ? » *RDIPP, Walters Kluwer*, 2018, vol. 54 (3), p. 712-733.

⁹¹⁸ Cf sous-clause 21.4.3 du Livre Rouge FIDIC 2017, « La procédure du DAAB ne sera pas considérée comme un arbitrage et le DAAB n'agira pas en tant qu'arbitre(s) ».

⁹¹⁹ Dans une moindre mesure, il pourrait être envisagé par les parties de nommer les membres du dispute board comme arbitres, une fois leur au sein du dispute board achevé. Les parties pourraient même être tentées de demander au dispute board de se comporter comme des arbitres de premier degré. Cependant, un problème d'impartialité surgirait rapidement et se confronterait à la liste Rouge des *IBA Guidelines* sur les conflits d'intérêts, avec l'obligation de dévoiler les relations

412. Par ailleurs, il convient de ne pas faire de confusion. L'arbitrage à deux degrés est une méthode alambiquée et ne constitue pas une voie de recours, car il n'existe pas de double degré de juridiction réel en droit de l'arbitrage. Un double degré de juridiction implique une hiérarchie établie entre ces juridictions. Or, l'arbitrage de second degré n'est pas hiérarchiquement supérieur au premier tribunal arbitral. L'arbitrage à double degré n'est pas un véritable appel mais un simple réexamen par un tribunal arbitral⁹²⁰. Comme énoncé ci-dessus, le premier degré n'est qu'un projet de sentence et ne deviendra sentence que s'il n'a pas été contesté par la demande de réexamen d'une partie dans les délais prévus. Le réexamen impliquera que le différend soit tranché comme s'il l'était pour la première fois⁹²¹.

Conclusion 1) : Les Dispute boards ne doivent pas être confondus avec l'arbitrage malgré des caractéristiques étroitement communes⁹²². La différence fondamentale entre ces deux institutions ne réside finalement pas dans leur nature juridictionnelle ou non-juridictionnelle. L'argument tenant à différencier les Dispute boards des tribunaux arbitraux en prenant appui sur le fondement contractuel des conclusions du board ne tient pas. Le Règlement CCI sur les Dispute boards énonce que les Dispute boards ne rendent pas des sentences, mais des conclusions qui s'imposent aux parties sur un fondement contractuel, car les parties se sont contractuellement engagées à respecter leurs décisions. Néanmoins, au sein des sentences arbitrales, il existe également une obligation contractuelle de

de l'arbitre avec les parties (sect.2.1.1. quand l'arbitre « a donné des conseils juridiques ou fourni un avis d'expert sur le différend à une partie ou à une société affiliée à l'une des parties »). Une autre prohibition de principe est posée à l'article 9.3 des *ICC DBR* « sauf accord écrit contraire de toutes les Parties, un membre du DB n'agira ni n'aura agi dans aucune procédure judiciaire, arbitrale ou similaire relative au contrat, que ce soit en tant que juge, arbitre, expert ou représentant ou conseil d'une partie ». La version 2017 FIFIC a pris une position similaire avec la sous-clause 8.1(a) des *Appendix General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement to the New Red Book*, qui énonce que « l'Employeur et l'Entrepreneur s'engagent l'un envers l'autre et envers le membre du DAAB à ce que le membre du DAAB ne (...) soit pas nommé en tant qu'arbitre dans tout arbitrage en vertu du contrat ». L'hypothèse demeure controversée, cf Section 17 du *Singaporean International Act*, Chapitre 1430 « (1) si toutes les parties à une procédure arbitrale y consentent par écrit et tant qu'aucune partie n'a retiré son consentement par écrit, un arbitre peut agir en tant que conciliateur » et « (4) aucune objection ne peut être opposée à la conduite d'une procédure arbitrale par une personne au seul motif que cette personne avait agi auparavant en tant que conciliateur conformément à la présente section ».

⁹²⁰ Cf E. LOQUIN, « L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au second degré, Réflexion sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *Rev. arb.* 1990.427.

⁹²¹ « La Cour d'appel, ayant constaté que les parties s'étaient réservées la faculté de demander le réexamen de la décision du tribunal arbitral et que celle-ci n'acquerrait force de chose jugée qu'à défaut d'une demande de nouvel examen dans le délai convenu et que l'une des parties avait formé, dans les délais prévus, une demande de réexamen de la décision et qu'un second tribunal était en cours de constitution, enfin, que l'autorité de chose jugée n'était attachée qu'aux seules sentences arbitrales, en a exactement déduit que la demande de réexamen anéantissait la décision originaire » (Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2014, *Société Diag Human c. République Tchèque*, n° 12-29.112, *Bull. civ.* I, n° 27, D. 2014.671 ; *RTD com.* 2014.323, E. LOQUIN « L'impossible reconnaissance en France d'une sentence soumise à réexamen d'une autre formation arbitrale »).

⁹²² A. MOURRE, « Canada Dry Arbitrations? », *ICLR* 2006.422-432.

respecter les sentences arbitrales. Le Règlement CCI sur l'arbitrage énonce que les parties doivent respecter les sentences arbitrales, car elles ont contractuellement voulu recourir à l'arbitrage.

En revanche, la différence fondamentale réside dans la vocation de ces institutions. Les Dispute boards ont avant tout pour mission d'assurer la continuité du chantier international de construction et la poursuite des travaux. Par un rôle de régulateur du contrat, ils veillent à assurer la transparence et la communication dans la relation entre les parties au contrat international de construction. De surcroît, les membres du Dispute board interviennent au moment des faits et tout au long de l'exécution du contrat, alors que les tribunaux arbitraux n'ont vocation à intervenir, le plus souvent, qu'après échéance du contrat.

Si une décision d'un DAB ne peut se concevoir comme une sentence arbitrale, se posera alors la question de son efficacité. Sur ce point, des difficultés subsistent.

2) L'efficacité des décisions des dispute boards

Il convient de ne pas adopter une vision trop manichéenne des dispute boards, car une fois les décisions rendues, il existe des difficultés possibles sur le terrain de l'exécution. Aucune convention internationale n'est présente pour assurer aux parties l'effectivité des décisions prononcées (a). Pour que le système des Dispute boards fonctionne, il est crucial d'envisager des moyens tendant à rendre réellement obligatoire pareilles décisions (b).

a. Force obligatoire des décisions et refus d'exécuter

a.1. Le principe

413. Les dispute boards sont légitimes à imposer aux parties des mesures d'urgence ou provisoires, lorsqu'ils ne parviennent pas à rendre leurs décisions ou recommandations dans un délai prévu⁹²³. Cette situation a alimenté les controverses dès les litiges relatifs à la construction du Tunnel sous la Manche. En l'espèce, le Comité avait été saisi par le constructeur qui exigeait le paiement d'un supplément de prix. Dans l'attente d'une décision sur le fond, il avait demandé au Comité le paiement d'une provision, ce que le Comité d'experts avait accepté ; en précisant que ce versement pouvait être révisé ou supprimé si le maître de l'ouvrage apportait à sa connaissance des informations jugées suffisantes pour cela. Le maître de l'ouvrage avait alors saisi le tribunal arbitral en estimant que le Comité n'avait pas compétence pour accorder une telle provision à l'entrepreneur principal. Le Tribunal arbitral avait mis fin pour l'avenir à cette provision, mais avait considéré que le Comité d'expert agissait en son droit en prononçant l'octroi d'une mesure provisoire, dès lors que celle-ci était limitée dans le temps et justifiée dans son montant⁹²⁴. Ainsi, il arrive que le dispute adjudication board ait à rendre une décision provisoire, qui sera obligatoire même si non-définitive. Si cette décision provisoire est contestée devant un tribunal arbitral, le tribunal arbitral pourra la confirmer dans une sentence intérimaire⁹²⁵.

414. N'étant pas assimilable à une sentence arbitrale, une décision du dispute board peut-elle

⁹²³ Article 15.1 du Règlement CCI relatif aux dispute boards, 2015 : « (l) la procédure devant le DB est régie par le Règlement et, dans le silence du Règlement, par toutes règles que les parties ou, à défaut, le DB pourraient établir. En particulier, en l'absence d'accord des parties à cet égard, le DB a le pouvoir, notamment, de : déterminer la ou les langues de la procédure devant le DB, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris la langue du Contrat ; demander aux parties de produire tout document que le DB juge nécessaire pour remplir ses fonctions ; convoquer des réunions, des visites sur site et des audiences ; décider de toutes les questions procédurales se posant au cours de toute réunion, visite sur site ou audience ; interroger les parties, leurs représentants et tout témoin que le DB pourrait convoquer, et ce dans l'ordre qu'il choisit ; nommer un ou plusieurs experts, avec l'accord des parties ; émettre une conclusion même si une partie ne se conforme pas à une demande du DB ; décider de toute mesure provisoire ou conservatoire ; et prendre toutes les mesures nécessaires à l'exercice de ses fonctions de DB ».

⁹²⁴ Dans le cadre de l'arbitrage devant un tribunal constitué conformément à l'article 19 du Traité entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe transmanche signé à Cantorbéry le 12 février 1986 (*The Channel Tunnel Group Limited c. France-Manche SA et The Secretary of State for transport of the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland et Le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du gouvernement de la République française*).

⁹²⁵ T. DEDEZADE, « Are 'Binding' DAB Decisions Enforceable? », *Constr. law. int.* 2011, vol. 6, n° 3, p. 13. Cf. Sent. CCI, n° 10619, rendue en mars 2001 (la sentence finale sera rendue un an plus tard, en avril 2002) ; Ch. SEPPÄLÄ, « Engineer's Non-Final Decision Enforced by Unanimous ICC Arbitral Award », *Constr. law. int.* 2009, vol. 4, n° 3, p. 26.

néanmoins avoir la légitimité de bénéficier d'une force obligatoire ? Peut-elle faire l'objet de mécanisme d'exécution forcée ? Quelles conséquences pèseraient sur la partie prenante refusant d'exécuter la décision du board ?

415. Il convient de distinguer deux notions, les décisions obligatoires et les décisions définitives. Dès lors que les parties ont contractuellement prévu de soumettre leur litige à un DAB, les tribunaux étatiques sont nécessairement amenés à se déclarer incompétents dans le cas où ils seraient saisis par l'une des parties⁹²⁶. Dans leur contrat, les parties se sont engagées à respecter et à appliquer la décision du DAB et ce, dès l'annonce de son prononcé. Le but est de permettre la continuité des travaux. C'est en cela que la décision d'un DAB est qualifiée d' « obligatoire ». Si la décision est obligatoire, c'est parce que contractuellement, elle s'impose aux parties jusqu'à la fin du chantier de construction. Seule une décision judiciaire étatique ou une décision arbitrale définitive pourra priver d'effet la décision d'un DAB, mais en attendant, les parties ne sont pas autorisées à refuser de l'exécuter sous le prétexte qu'elle ne leur conviendrait pas.

416. Les parties sont invitées à exécuter la décision obligatoire du DAB, mais demeurent libres de la contester devant une autre juridiction qu'elles auront contractuellement rendue compétente. Le règlement relatif aux dispute boards a fait l'objet de récentes modifications par la CCI, notamment le 28 septembre 2015 à Paris. Avec ce nouveau règlement, une partie doit exécuter une recommandation ou une décision d'un dispute board si elle ne l'a pas contestée en temps et en heure⁹²⁷. Si une telle contestation est formée dans les temps, la décision conserve son caractère obligatoire, mais elle n'est alors pas définitive. Par conséquent et, dans un premier temps, le principe « pay first, argue later » prédomine. Autrement dit, même si la décision d'un dispute board n'est pas finale et définitive, elle reste obligatoire. En pratique, au regard des délais habituels constatés en matière d'arbitrage, il semble que la décision obligatoire mais non définitive s'appliquera au moins pendant un an.

417. En pratique, les décisions des dispute boards sont fréquemment et spontanément exécutées par les parties, qui leur accordent toute leur confiance. Les parties sont conscientes de la notoriété, des capacités, des expertises et de l'expérience des membres du dispute board ayant statué, de sorte qu'elles ne croient pas en une remise en cause de ses décisions par un tribunal étatique ou arbitral. S'y conformer est un gage pour les acteurs d'une économie de temps et d'argent, tant soumettre ces

⁹²⁶ Chambre des Lords, AC 334, *Channel Tunnel Group LTD c. Balfour Beatty Construction and others*, 17 février 1993.

⁹²⁷ Ch. KOCH, *préc.*, p. 86.

décisions à une autre instance impliquerait de réexpliquer tous les historiques, tenants et aboutissants d'une affaire. D'après les constatations émises par la DRBF, depuis 1975, 60 % des projets de construction ayant utilisé un dispute board n'ont pas donné lieu à des litiges contentieux par la suite. Ainsi, plus de la moitié des différends ont été résolus avant d'être envenimés par la voie contentieuse étatique. Et, 98 % des projets sondés depuis 1975 n'ont pas donné lieu au recours postérieur de l'arbitrage à la suite des décisions du dispute board. Cela atteste du fait que les décisions et recommandations des dispute boards sont satisfaisantes et conviennent aux parties en présence⁹²⁸. Par exemple, en Afrique, le dispute board du projet de construction Katse Dam au Lesotho a eu à connaître douze litiges. Parmi ces douze différends, un seul a été soumis à un tribunal arbitral, qui confirmera finalement la décision du dispute board⁹²⁹.

Les dispute boards fonctionnent sur le modèle de « Standby Neutral », bien établi à travers le monde. Autrement dit, ils œuvrent comme un continuum pro-actif dans lequel l'arbitrage ou le procès étatique constituerait une solution de dernier recours. Cependant, des cas de refus d'exécuter les décisions des dispute boards subsistent et doivent être combattus.

a.2. Le refus d'exécuter

418. Les Conditions FIDIC restent silencieuses sur le point de savoir quels effets donner aux décisions obligatoires, mais non définitives du Dispute board. L'article 20.7 des Conditions FIDIC ne fait référence qu'aux décisions définitives et pourvues de force obligatoire. Cela revient-il à traduire une exclusion de principe de soumettre l'inexécution d'une décision obligatoire, mais non définitive à l'arbitrage ? Pour que le différend puisse être renvoyé à l'arbitrage, faut-il que la décision du Dispute board soit définitive ou simplement contraignante ? Si rien n'est précisé, le tribunal arbitral renverra le plus souvent les parties devant le Dispute board s'il n'y a pas eu de négociation amiable d'entamée à la suite du non-respect par l'une des parties de la décision du Board. Retenir cette logique reviendrait à allonger les délais de procédure si la procédure amiable échoue. Il en résulte un manque d'efficacité des dispute boards⁹³⁰.

⁹²⁸ B. BEAUMONT, « Dispute boards in construction projects », *NBS* octobre 2013.

⁹²⁹ A. L. ORTIZ et O. MELEDO, « Le recours aux Dispute Adjudication Boards aux fins de prévention et de résolution des litiges en Afrique », *Jeune Afrique*, 2017.

⁹³⁰ La sous-clause 20.7 du Livre Rouge FIDIC permet l'exécution par un tribunal arbitral des décisions « définitives et contraignantes » d'un dispute adjudication board. Les décisions simplement « contraignantes » ne seraient donc pas exécutoires.

419. La sous-clause 20.7 a pris la succession de la clause 67 de la troisième édition du Livre Rouge, imposant le recours préalable à l'Engineer avant l'arbitrage. Cette clause 67 énonçait que « tous les litiges ou différends au sujet desquels la décision de l'ingénieur n'est pas devenue définitive et obligatoire comme indiqué ci-dessus seront finalement réglés conformément au Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (...) ». Autrement dit, les contentieux pour lesquels la décision d'un Engineer ne fut pas « définitive et contraignante » pouvaient être amenés à l'arbitrage. Rien n'était précisé à cette époque à propos de l'hypothèse où la décision de l'Engineer n'était contestée par aucune des parties. Devenait-elle alors « définitive et contraignante » ? Et qu'en était-il si l'une des parties refusait de l'exécuter ? Quel(s) recours bénéficiait l'autre partie pour la contraindre de se soumettre à une décision « définitive et contraignante » de l'Engineer ? La clause 67 des seconde et troisième éditions ne répondait pas clairement à cette interrogation. Ayant obtenu une décision de l'Ingénieur qui lui est favorable, la partie voudra la voir être respectée et pouvoir bénéficier d'une sentence arbitrale internationalement exécutée en application de la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. C'est ainsi que Christopher Seppälä s'interrogeait sur la question de savoir pourquoi l'arbitrage ne pourrait pas connaître des cas d'inexécution par l'une des parties des décisions « définitives et contraignantes » de l'Engineer. « Pourquoi les différends qui font l'objet de (...) décisions 'définitives et contraignantes' de l'Ingénieur ne sont-ils pas également arbitrables, au moins dans la mesure nécessaire pour que de telles décisions soient confirmées par une sentence arbitrale, si nécessaire ? ». C'est alors que l'auteur avait ajouté que « la clause 67 devrait être modifiée pour préciser qu'un différend qui fait l'objet d'une décision 'définitive et contraignante' de l'ingénieur peut néanmoins être soumis à l'arbitrage à certaines fins, telles que l'obtention d'une sentence arbitrale confirmant le droit d'une partie au montant de la décision 'finale et contraignante' »⁹³¹.

420. Dans une sentence de 1996, un tribunal arbitral avait considéré qu'il n'était pas compétent pour connaître des décisions de l'Ingénieur non exécutées par l'une des parties⁹³². Le demandeur ne bénéficiait que d'un seul recours, celui de demander l'exécution de la décision devant les tribunaux étatiques du défendeur. Cependant, une autre sentence arbitrale autorisera le tribunal arbitral à attribuer au demandeur le montant que celui-ci demandait en référence à une décision définitive et

⁹³¹ Ch. SEPPÄLÄ, « An Engineer's/ Dispute Adjudication Board's Decision is enforceable by an Arbitral Award », *TDM* 2010.

⁹³² Sent. CCI, aff. n° 7910.

obligatoire de l'ingénieur⁹³³. Finalement, la quatrième édition des Conditions FIDIC contiendra une clause 67-4 qui prévoyait expressément qu'une décision définitive et obligatoire non respectée peut conduire le demandeur à saisir directement le tribunal arbitral de la défaillance de l'autre partie⁹³⁴. La situation a été clarifiée au sein du livre or de 2008, la sous-clause 20.9 énonçant que « si une partie ne se conforme pas à une décision du DAB, qu'elle soit contraignante ou définitive, alors l'autre partie peut (...) renvoyer le manquement à l'arbitrage en vertu de la clause 20.8 (...)»⁹³⁵. Mais, cette clarification ne concerne que le livre or, de sorte que la difficulté demeure pour les livres rouge, jaune et argent.

421. A propos des décisions du dispute board, l'affaire Persero est éloquent⁹³⁶. En l'espèce, en 2006, PGN et CRW avaient conclu un contrat de construction basé sur le Livre Rouge de l'édition 1999 et soumis au droit indonésien. En vertu de ce que prévoyait le contrat, l'entreprise CRW s'était engagée à concevoir, fournir, installer, tester et effectuer les travaux de construction préalables à la mise en service d'un pipeline. Le pipeline en question avait pour objectif l'acheminement de gaz naturel du Sud de Sumatra à l'Ouest de Java en Indonésie. Le maître de l'ouvrage (CRW) se refusait à payer les 17 millions de dollars américains prévus, alors même qu'il en était contraint par une décision du dispute board et qu'il s'était obligé dans la sous-clause 20.4 du livre rouge de la FIDIC, à payer dans un premier temps et à argumenter dans un second temps. L'entrepreneur principal avait alors saisi un tribunal arbitral en lui demandant rendre effective la décision du dispute board sans procédure au fond. En 2009, le tribunal arbitral avait fait droit à cette prétention, mais la sentence arbitrale avait été annulée par les tribunaux étatiques singapouriens pour défaut de compétence. En 2011, l'entrepreneur principal avait intenté une procédure au fond devant le tribunal arbitral tout en sollicitant, dans le même temps, des mesures de protection judiciaire provisoires. La décision du dispute board avait finalement été déclarée exécutoire par le tribunal arbitral. Le maître de l'ouvrage avait exigé devant les juridictions du Singapour l'annulation de la sentence arbitrale, demande que la juridiction étatique singapourienne avait rejeté en renvoyant à la première décision que la Cour d'appel de Singapour avait rendu, qui avait estimé envisageable l'octroi par le tribunal arbitral de

⁹³³ Sent. CCI, aff. n° 3790.

⁹³⁴ Clause 67.4 : « Si ni l'employeur ni le contractant n'ont notifié leur intention de déclencher l'arbitrage d'un différend dans le délai indiqué à la clause 67.1 et que la décision relative est devenue définitive et contraignante, l'une ou l'autre des parties peut, si l'autre partie ne s'y conforme pas (...), renvoyer le manquement à l'arbitrage conformément à la sous-clause 67.3 (...) ».

⁹³⁵ Et l'arbitrage peut être enclenché sans avoir à se référer et à respecter la sous-clause 20.4 (imposant d'obtenir une autre décision du DAB) ou à la sous-clause 20.5 (56 jours ouverts au règlement amiable). Cf Ch. SEPPÄLÄ, « Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red Book Does Not Justify Denying Enforcement of a 'Binding' DAB Decision », *Constr. law. int.* 2011, vol. 17, n° 3, et « The Principal Changes in the Procedure for the Settlement of Disputes (Clause 67) », *ICLR* 1989.177, 183-184.

⁹³⁶ PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK c. CRW Joint Operation (2015), *SGCA* 30.

mesures de protection judiciaire provisoires dès lors que l'entrepreneur principal engageait une procédure au fond devant le tribunal arbitral. Ce que, lors de sa première tentative, l'entrepreneur principal avait négligé de faire.

La Cour d'appel de Singapour, dans sa décision largement commentée rendue le 27 mai 2015, avait ensuite énoncé qu'une décision rendue par un DAB qui n'a pas immédiatement été exécutée par une partie, pouvait être directement soumise à l'arbitrage. Ce faisant, la Cour d'appel du Singapour avait affirmé la présence d'une obligation contractuelle des parties d'exécuter rapidement les décisions du dispute board, même si le fond de cette décision était contesté dans le même temps. Autrement dit, même si une décision d'un DAB peut être ultérieurement révisée par un tribunal arbitral, les parties sont contraintes de l'exécuter rapidement si ce n'est immédiatement, même si ce n'est que de manière provisoire.

422. La décision Persero est capitale, d'autant plus que la majorité des contrats de construction conclus sous le modèle FIDIC ne contient aucune précision à propos des décisions obligatoires mais non définitives du dispute adjudication board. Les dispute boards sont censés apporter de la souplesse aux parties et leur garantir une justice rapide et efficace. De tels objectifs ont été bafoués dans les faits de l'affaire Persero. Comme l'a fait remarquer le Guide de 2011 sur les conditions FIDIC, « si l'employeur refuse d'honorer la décision du DB, le seul recours (...) consiste à renvoyer l'affaire à un arbitrage, à obtenir une sentence, puis à faire exécuter cette sentence. Cette sentence peut prendre des mois, voire des années après la décision du DB »⁹³⁷. Par conséquent, il suffit que l'une des parties soient au courant des difficultés financières de l'autre partie, de son manque de « *cash-flow* », pour faire perdurer son refus d'exécuter la décision du dispute board. Elle sera incitée à attendre la décision finale du tribunal arbitral, entraînant des coûts supplémentaires pour l'autre partie qui pourra être contrainte de retirer sa demande.

423. La sentence Persero sera reprise dans des décisions des Cours Sud-africaines, qui ont considéré qu'une contestation d'une décision d'un DAB n'a aucune incidence sur le devoir des parties de se soumettre à cette décision « sauf si et jusqu'à » ce qu'elle change par le biais de l'arbitrage⁹³⁸.

⁹³⁷ « EIC Contractor Guide to the MDB Harmonised Edition (June 2010) of the FIDIC Conditions of Contract for Construction, April 2011 », *ICLR* 2011, vol. 28 (4), p. 439-463.

⁹³⁸ *Tubular Holdings (Pty) Ltd c. DBT Technologies (Pty) Ltd (06757/2013) (2013)*, ZAGPJHC 155, 3 mai 2013 (South Africa : South Gauteng High Court (Johannesburg)).

424. Les tribunaux arbitraux ont été les premiers à imposer un tel devoir de soumission aux décisions *binding* mais non finales des dispute boards ou de son aîné, l'Engineer⁹³⁹ (un devoir contractuel d'obéissance aux décisions de l'Engineer, même non finales, incombait aux parties à un contrat international de construction⁹⁴⁰). Les tribunaux arbitraux ont donné corps aux décisions, qu'elles émanent du dispute board ou de l'ingénieur. En conséquence, si une partie ne respecte pas la décision « contraignante mais non définitive » d'un dispute board, elle s'expose à des dommages-intérêts pour violation du contrat⁹⁴¹.

b. Les moyens de rendre obligatoire une décision du Dispute board

425. Le refus d'exécution d'une décision même provisoire d'un dispute board doit être sanctionné d'une clause pénale autorisant le tribunal arbitral à prononcer des dommages-intérêts exemplaires. Les parties sont aussi libres de prévoir, contractuellement, que l'exécution d'une décision d'un dispute board sera immédiate, sans recours préalable à un tribunal arbitral. Il pourrait notamment être fait référence à la loi du siège du tribunal arbitral, à la loi de la convention d'arbitrage ou à la loi du lieu de l'exécution des décisions arbitrales pour examiner si l'exécution de la décision d'un dispute board nécessite d'être soumise à la saisine et à l'aval d'un tribunal arbitral. Et, dans un moindre mal, il conviendrait d'encourager les parties à prévoir, dans leur contrat international de construction, que la procédure accélérée de l'arbitrage s'appliquera en cas de contestation d'une décision du dispute board devant un tribunal arbitral. Cela permettrait aux parties d'assurer au plus vite la poursuite de l'exécution des travaux.

⁹³⁹ Sent. CCI, aff. n° 10619. Cf Ch. SEPPÄLA, « International Construction Contract Disputes : Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts », *International Court of Arbitration Bulletin* 2008, vol. 19 (2), p. 41-52 : « si les décisions de l'ingénieur susmentionnées ont un effet contraignant immédiat pour les parties, de sorte que le simple fait qu'une partie ne s'y conforme pas immédiatement est considéré comme une rupture de contrat, même si elles peuvent éventuellement être révisées ou annulées à l'arbitrage ou par un autre accord contraire, il n'y a aucune raison pour que, devant une telle violation, le tribunal arbitral s'abstienne de tout jugement immédiat donnant aux décisions de l'Ingénieur toute leur force et leur effet. C'est tout simplement la loi du contrat ».

⁹⁴⁰ A propos d'une sentence provisoire dans l'affaire 10619, ICC Rules de 2001, un entrepreneur principal avait conclu deux contrats de construction de deux routes dans l'Etat du maître de l'ouvrage. Des contestations étaient apparues sur les délais et sur le paiement de travaux supplémentaires. Pour le tribunal arbitral, « (...) l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage donneront effet à toute décision de l'Ingénieur à moins et jusqu'à ce que celle-ci soit révisée, comme prévu ci-après, dans un règlement amical ou une sentence arbitrale ».

⁹⁴¹ Sent. CCI, aff. n° 15751/JHN : « si une Partie est obligée de payer une somme d'argent en vertu d'une décision d'un DAB à l'égard de laquelle une notice de désaccord a été signifiée et qu'elle ne l'a pas fait en violation de la Clause 20.4, cette partie devrait être tenue de payer cette somme et des intérêts à compter de la date à laquelle le paiement était dû à titre de dommages-intérêts pour violation de la clause 20.4 » ; cf N. PETER et R. REECE, « Enforcing Adjudication Decisions », *RDAI* 2013, p. 403-412.

426. En pratique, les parties optent majoritairement pour les contrats-types FIDIC. Le fait que les décisions d'un dispute adjudication board ne soient pas directement exécutoires pose des difficultés. Modifier le régime des Livres FIDIC sur cette question changera-t-il la situation ?⁹⁴². Les réponses des professionnels du droit et de la construction ont été nombreuses dans le monde. En majorité, il en est ressorti que les maîtres de l'ouvrage seront de plus en plus réticents à utiliser les dispositions du dispute adjudication board des contrats FIDIC si les décisions deviennent directement exécutoires. Et, la pratique démontre que les décisions du dispute board ont, majoritairement, toujours été spontanément suivies par les parties. Par conséquent, rendre directement exécutoires les décisions des dispute boards ne ferait que contribuer à effrayer inutilement les acteurs de la construction, rendant discutable toute menace de sanction par des dommages-intérêts.

Conclusion 2) : La décision du Dispute board est obligatoire en ce qu'elle est contractuelle. Si une sentence arbitrale ou une décision judiciaire étatique peut annuler la décision d'un Dispute board, dans le laps de temps qui en découle, les parties doivent l'exécuter. La décision d'un Dispute board n'a donc pas à être définitive pour être contraignante. S'il est parfois complexe de contraindre les parties d'exécuter des décisions provisoires, les décisions du board témoignent d'une efficacité concrète, sous réserve de la bonne foi des parties ou de dispositions contractuelles incitatives (telles que les clauses pénales). En pratique, les décisions des dispute boards restent fréquemment et spontanément exécutées par les parties, qui leur accordent toute leur confiance. De plus, s'y conformer est un gage pour les parties d'une économie de temps et d'argent.

Conclusion §2 : Un Dispute board est un mode amiable de règlement des litiges différend de l'arbitrage et intervenant, le plus souvent, en amont de celui-ci. La nature juridique de ses décisions peut le rapprocher d'un tribunal arbitral, celles-ci étant obligatoires et contraignantes pour les parties. Pour autant, en plus de détenir une vocation différente, les dispute boards prononcent des décisions qui ne sont pas définitives et qui nécessitent le recours à l'arbitrage ou à la justice publique pour le devenir. Par conséquent, en dépit de ressemblances indéniables, tenant tout à la fois aux exigences d'indépendance, d'impartialité, d'adaptation du contrat ou d'application de solutions équitables aux parties, la force juridique des décisions prononcées n'a pas la même valeur que dans l'arbitrage.

⁹⁴² E. CORBETT, cité dans E. SLATTERY, *préc.*, p. 32.

Conclusion section I : Les Dispute boards répondent à toutes les attentes des opérateurs intervenant dans un chantier de construction. Ils remplissent un rôle de conseil, d'assistance, de superviseur aux parties et ont pour vocation de mener une construction à son terme. Si les parties le désirent, les Dispute boards peuvent aussi être habilités à prononcer des décisions contraignantes, même si non définitives, pour assurer une reprise des travaux rapide. La nature des Dispute boards est son atout principal, celui de garantir aux parties une construction sereine. Le Dispute board est une voie procédurale qui est devenu un véritable outil de gestion des conflits⁹⁴³.

S'il est des situations qui ne peuvent se régler que par voie contentieuse par le prononcé d'un jugement ou d'une sentence à l'effet contraignant, il existe également des situations autres qui, *ab initio*, appellent le recours à des modes non contraignants tels que la médiation.

Section II : La médiation

De plus en plus, il est apparu essentiel d'anticiper les éventuels différends et de prévoir des modes de règlement des litiges parallèles à la justice étatique, jugée inadaptée du fait de la longueur de ses procédures. Ces modes sont nombreux et ne se limitent pas aux seuls tribunaux arbitraux et aux dispute boards. Lors de la fameuse *Pound Conference* de 1996 tenue à St-Paul dans le Minnesota, à l'initiative du Chief Justice Warren Burger, Franck Sander avait présenté son concept de *multi-door Courthouse* ou de « Palais de justice à plusieurs portes », en vertu duquel d'ici 2000, le Palais de Justice ne serait plus uniquement le lieu du déroulement du procès, mais deviendrait un véritable centre de résolution des litiges, dans lequel les citoyens se verraient accorder une large palette de modes de résolution⁹⁴⁴. La médiation en ferait partie. La médiation ne fait pas l'objet d'une définition communément admise en droit international ni d'un régime propre (§1) et son efficacité demeure, encore aujourd'hui, discutée dans les litiges relatifs à la construction internationale (§2).

⁹⁴³ J-F. GUILLEMIN, « Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution », in J-C. GOLDSMITH, G. POINTON et A. INGEN-HOUSZ, *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, 2006, p. 22.

⁹⁴⁴ Cité par D. BROWN-BERSET, *préc.*, p. 345-346, « (a) panoplie flexible et diversifiée de processus de règlement des litiges (...). Il est concevable qu'une telle répartition puisse être réalisée au début par une législature pour une catégorie de cas particuliers. C'est ce qui a été fait par la législature du Massachusetts pour les cas de mauvaises pratiques. Alternativement, on pourrait émettre d'ici l'an 2000, non-pas simplement un palais de justice, mais un centre de résolution des conflits, où le plaignant serait d'abord orienté par un commis qui le dirigerait ensuite vers la procédure (...) la plus appropriée à son type de cas ».

§1 : Notions

Plusieurs auteurs se sont longtemps écorchés sur la définition de la médiation ; elle pourrait s'entendre comme « un processus consensuel visant, par l'entremise active d'un tiers neutre, au règlement d'une question litigieuse par une solution non contraignante »⁹⁴⁵. Universellement, la médiation consiste en une communication courtoise entre les parties sous le regard attentif d'un tiers neutre et de confiance. Une partie ne cherche plus nécessairement à l'emporter sur une autre mais veut, au contraire, s'assurer de la poursuite de l'exécution des travaux de construction. Aujourd'hui, plusieurs formes de médiation sont observables. Outre la médiation classique (1), il pourrait être fait état de la binding mediation, de la med-arb, de la mediation and last offer arbitration ou encore d'autres figures variées (2).

1) La médiation classique

427. Dans plusieurs systèmes juridiques nationaux, il est fréquent qu'avant toute saisine contentieuse, une phase de médiation doive être préalablement observée entre les parties. L'idée de la médiation obligatoire est ancienne. Déjà le député Prugnon l'avait désiré à la tribune de l'Assemblée Nationale constituante le 7 juillet 1790 : « rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès, c'est la première et il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde »⁹⁴⁶. L'objectif est d'éviter que les juges étatiques se saisissent « prématurément » du litige⁹⁴⁷. La doctrine du case management, très connue des pays anglo-saxons, impose aux tribunaux de pratiquer une gestion des dossiers et de la procédure qui soit efficace et juste, de sorte que le recours aux modes alternatifs de règlement soit un élément

⁹⁴⁵ Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 95. Sur la question du règlement des différends, cf C. KESSEDJIAN et V. PIRONON *op. cit.*

⁹⁴⁶ L-P-J. PRUGNON, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799)*, tome XVI - du 31 mai au 8 juillet 1790, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883, p. 739. Le Chapitre V de la Constitution du 3 septembre 1791, article 6, évoquait déjà que « les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucune action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation ».

⁹⁴⁷ B. HANOTIAU, « Arbitrage, médiation, conciliation : approches d'Europe continentale et de Common Law », *RDAI* 1996.203, n° 21 et s.

primordial de la procédure, en devenant une exigence « pré-judiciaire »⁹⁴⁸. En ce sens, la Directive 2008/52 du 21 mai 2008 sur « certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale » avait encouragé le recours à la médiation et avait même reconnu, expressément, le droit pour les Etats « au recours à la médiation obligatoire en les soumettant à des incitations ou à des sanctions, que ce soit avant ou après le début de la procédure judiciaire » (article 5).

428. Le décret du 11 mars 2015 a posé l'obligation à toute partie introduisant une demande initiale en justice par assignation, requête ou déclaration, de préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du conflit⁹⁴⁹. Et, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle a consacré la médiation dans les juridictions administratives et introduit des tentatives de médiation ou de conciliation obligatoires, notamment pour certains différends familiaux ou pour les litiges inférieurs à 4000 euros. Puis, la loi numéro 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, a étendu à d'autres contentieux l'obligation de médiation et a généralisé le pouvoir du juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur⁹⁵⁰. La médiation est une étape préalable obligatoire à l'accès au système judiciaire, pour désengorger les tribunaux⁹⁵¹. Désormais, la justice étatique n'est plus systématiquement le premier recours, mais un recours ultime dans la résolution des différends. Opter pour la médiation avant d'envisager une action devant une justice étatique ou arbitrale vaut assurément « le coût », étant une procédure peu onéreuse comparée à l'arbitrage par exemple ou encore à certains prétoires étatiques⁹⁵².

⁹⁴⁸ Dans les pays de common law, ce sont près de 85 % des litiges qui ne sont pas traités par les tribunaux étatiques mais par le recours aux modes alternatifs de règlements des différends (*Case Management Handbook*, Law Council of Australia / Federal Court of Australia, 2011).

⁹⁴⁹ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n° 0062 du 14 mars 2015

⁹⁵⁰ Malgré tout, le décret 2019-1333 du 11 décembre 2019 a fixé le montant des contentieux concernés à un niveau (5000 euros) qui paraît peu adapté aux litiges relatifs à la construction.

⁹⁵¹ La loi a prévu des exceptions à la médiation obligatoire en cas de motifs légitimes, à l'alinéa 3 de l'article 750-1 du Code de procédure civile : « (...) si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ».

⁹⁵² CEDH, 1^{re} section, 26 mars 2015, *Momcilovic c. Croatie*, aff. n° 11239/11, *Procédures* 2015, Comm. 159, N. FRICERO : « ne constitue pas une entrave substantielle au droit d'accès direct au juge l'obligation imposée par la loi de tenter de trouver une solution amiable, préalablement à toute demande devant une juridiction civile, à peine d'irrecevabilité, si par ailleurs le processus amiable suspend le cours de la prescription et qu'en cas d'échec, les parties disposent d'une possibilité de saisir le juge compétent ». La médiation obligatoire poursuit ici un but légitime, celui de procurer une économie pour le service public de la justice.

429. Il existe deux types véritables de médiation classique. D'une part, la médiation communicative est celle pour laquelle le rôle du médiateur n'est pas de donner son opinion sur le litige mais plutôt, de rouvrir la communication entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur principal qui ne se parleraient plus. Cette médiation leur permet d'explorer des pistes visant à régler leur litige. D'autre part, la médiation d'évaluation est celle en vertu de laquelle le médiateur évalue les prétentions et arguments des parties pour donner son opinion. En règle générale, ces deux types de médiation se complètent et se réalisent succinctement. Au Royaume-Uni, généralement, la médiation a trait à la figure de la médiation communicative dite « facilitative ». Lorsque la médiation devient « évaluative » ou curative, elle prend alors la forme d'une conciliation. Dans d'autres Etats au contraire, ces deux types de médiation cohabitent, une médiation pouvant alors acquérir une forme plus interventionniste sous l'habit de la médiation d'évaluation.

430. Un autre type de médiation a également été présentée, par les Professeurs Genton et Vermeille⁹⁵³. Il s'agit de la médiation par étapes successives, celle par laquelle « les parties tentent de présenter leurs arguments en toute sérénité, de les étayer au besoin progressivement, de discuter avec le médiateur en toute ouverture les points forts et faibles du cas posé. Le médiateur devient ainsi un quasi-'confesseur' de chacune des parties et a le redoutable privilège d'utiliser les confidences recueillies en aparté, sans pour autant révéler à l'autre partie des arguments qu'elle serait à même d'utiliser, en cas d'échec, dans un arbitrage (par exemple, le montant sur lequel une partie est prête à transiger) ». Comme l'a fait très justement remarquer le Professeur Philippe Malinvaud, « c'est au confessionnal et non à la grande messe qu'on obtient les meilleurs résultats »⁹⁵⁴. La médiation par étapes successives implique, en premier lieu, que les parties au contrat international de construction puissent dépasser leurs bouderies personnelles pour déjà, s'accorder sur les potentiels avantages de recourir à la médiation (économie des coûts de l'arbitrage, économie de temps ...). Les parties sont appelées à être motivées par l'efficacité de la procédure de la médiation et espérer que celle-ci aboutisse à un règlement du différend. La seconde étape tient en la désignation, par accord commun, d'un médiateur compétent et expérimenté. Les autres étapes consistent en l'action des missions de médiation par le médiateur. Pour que la médiation soit efficace, il est ensuite nécessaire que les médiateurs soient dotés des compétences indispensables pour faire face à des dossiers très complexes et volumineux. En définitive et, comme l'a souligné P. Gulliver, un médiateur assume plusieurs

⁹⁵³ F. VERMEILLE et P. GENTON, « 'Soft and hard dispute resolution' : quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, n° 2, p. 131.

⁹⁵⁴ Ph. MALINVAUD, *préc.*, p. 215.

stratégies qui peuvent s'apparenter à un continuum. Ce continuum pousse le médiateur à assumer, à l'origine, un rôle de « virtual passivity » (« passivité virtuelle »), puis il devient au fur et à mesure du déroulement de la médiation, un « chairman » (« un Président »), un « enunciator » (un « énonciateur »), un « prompter » (un « incitateur »), un « leader » puis un « virtual arbitrator » (« arbitre virtuel »)⁹⁵⁵. Son rôle est ainsi évolutif, passant de la négociation à l'« arbitrage » du différend.

2) Les formes annexes

La binding mediation peut être assimilée à un oxymore. A la différence de la médiation classique, le médiateur détient l'autorisation des parties de rendre une décision qui ne sera pas une recommandation, mais qui s'imposera à elles. Cette forme de médiation est problématique du fait de sa promiscuité inappropriée avec l'arbitrage (a). Cette promiscuité est d'ailleurs présente dans la med-arb, qui vise à juguler médiation et arbitrage tout en se confrontant aux exigences d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité de l'arbitrage (b). Si ces deux formes sont les formes annexes les plus fréquentes, la médiation dispose d'un large éventail de figures dont l'exhaustivité entière ne saurait se faire en un unique développement (c).

a. La binding mediation

431. Concrètement, la binding mediation débute par une médiation traditionnelle, sans plaidoirie, sans formalités, sans assignation à comparaître, sans procédure de discoveries, autrement dit sans toutes les formalités qui sont exigées dans l'arbitrage. Le médiateur bénéficie des atouts de la procédure de la médiation, car il peut parler aux parties collectivement ou individuellement, les assister pour régler le différend et s'il y parvient, les aider à signer une entente de règlement de médiation finale qui les obligera. En signant l'entente de règlement de médiation finale, les parties donnent toute l'efficacité à la procédure.

⁹⁵⁵ Ph. H. GULLIVER, « On Mediators », in I. HAMNET, *Social Anthropology and Law*, London Academic Press, 1977, p. 15-52.

432. Problématique, la binding mediation l'est certainement, en l'absence de principes juridiques clairement établis à travers les droits nationaux. Même si une telle procédure est aujourd'hui admise et reconnue, les inconnus demeurent trop nombreux sur la question des règles à appliquer. Convient-il d'appliquer les règles de l'arbitrage, de la médiation ou un hybride des deux ? La binding mediation est une forme nouvelle de mode alternatif de règlement des différends qui, dans sa finalité, se rapproche de l'arbitrage. En réalité, il en est rendu à se demander si la binding mediation est véritablement et toujours une médiation. En ce sens, elle est parfois perçue comme « un arbitrage à moitié cassé » ou à « un arbitrage de mauvaise qualité »⁹⁵⁶. La binding mediation révèle une approche contradictoire, car un médiateur avec des binding powers devient un arbitre, il n'est plus médiateur. D'ailleurs, des juges américains ont estimé que lorsque les parties utilisaient les mots « binding » et « mediation », c'est qu'elles étaient d'accord pour un arbitrage avant tout⁹⁵⁷.

433. De surcroît, les principes procéduraux de l'arbitrage ne sont pas respectés par le médiateur, comme la règle du contradictoire. La binding mediation tenterait d'unir arbitrage et médiation, alors même que ces deux mécanismes sont fondamentalement différents. Une anecdote l'a démontré. « Une épouse pouvait deviner si son époux avait agi en tant qu'arbitre ou médiateur. S'il rentrait du travail à l'heure pour le dîner, avec énergie et conversation, alors il avait été arbitre. S'il rentrait tard et émotionnellement fatigué, alors il avait été médiateur. Les deux fonctions, d'arbitre et de médiateur, ne peuvent être confondues entre-elles, car il s'agit de deux processus différents. Dans l'arbitrage, l'arbitre a la charge de manager la procédure, d'analyser les faits et les preuves et de prononcer une sentence. Dans la médiation, le médiateur doit clairement travailler en lien direct avec les parties dans un processus visant à aboutir à un accord répondant à leurs intérêts. Il doit alors connaître leur relation, les forces et faiblesses de leurs arguments, les assister et les aider à un compromis. Ainsi, le rôle du médiateur requiert l'utilisation de nombreuses compétences d'un psychologue, tandis que le rôle de l'arbitre requiert l'utilisation de nombreuses compétences d'un juge »⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Lindsay c. Lewandowski (2006) 139 Cal.App. 4th 1618 (43 Cal.Rptr.3d. 846), p. 1627-1628.

⁹⁵⁷ Lindsay c. Lewandowski (2006) 139 Cal.App. 4th 1618 (43 Cal.Rptr.3d. 846), p. 1627-1628 ; cf A. G. SALER, « Binding mediation is no mediation at all », *Journal of Consumer Attorneys for Southern California* 2007.

⁹⁵⁸ Sur ces points, cf E. SUSSMAN, « Developing an effective Med-Arb/Arb-Med Process », *NYSBA* 2009, vol. 2, n° 1, p. 73.

b. La med-arb

b.1. Le processus

434. La med-arb constitue un mode de résolution des différends dont l'efficacité pourrait être réelle en matière de construction internationale. Comme son nom l'indique, la « med-arb » est le diminutif pour « médiation-arbitrage », combinant ainsi la médiation et l'arbitrage. Si l'arbitre est juge, le médiateur vise avant tout à restaurer la communication entre les parties pour aboutir à une solution tenant compte de leurs besoins et de leurs intérêts. Différents, il n'en demeure pas moins que ces mécanismes peuvent paraître conciliables dans certaines situations. Par exemple, si un médiateur ne parvient pas à faire apparaître un terrain d'entente pour les parties au contrat international de construction et que celles-ci lui demandent de trancher leur litige de la manière que le ferait un tribunal arbitral, le médiateur peut-il réellement s'y refuser ? L'avantage de la med-arb est que le médiateur connaît déjà les tenants et aboutissants de l'affaire au moment de trancher en tant qu'arbitre le litige, car il a au préalable assuré les missions de médiateur. Dès lors, les parties n'ont pas à réexpliquer toute l'affaire à un autre tiers, ce qui est un gain de temps et d'argent. La med-arb cheminerait d'une « paix trouvée », en cas de succès de la médiation, à une « paix imposée » en cas d'échec de celle-ci⁹⁵⁹. La rapidité de la med-arb simultanée est d'ailleurs applaudie⁹⁶⁰.

435. Dans la procédure med-arb, un tiers neutre endosse d'abord l'habit de médiateur et, en cas d'insuccès de la médiation, prend le rôle d'arbitre et rend sa sentence⁹⁶¹. Cette méthode est à distinguer de la binding mediation. Dans la binding mediation, les parties demandent directement au médiateur de prendre une décision qui les lieront, le médiateur n'agira pas comme un arbitre, il n'instruira pas le dossier dans le cadre d'une procédure totalement contradictoire mais sera un tiers qui rendra une décision obligatoire. La binding mediation n'est pas rendue par un médiateur devenu arbitre mais par un médiateur tout court. L'entente finale de médiation constitue simplement une décision contractuelle du tiers médiateur dont le non-respect de la décision pourra être poursuivi pour rupture du contrat. Dans la med-arb, ce n'est que si la médiation échoue que le médiateur prend la cape

⁹⁵⁹ P. VAN LEYNSEELE, *La med-arb et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, Larcier, 2013, p. 834.

⁹⁶⁰ Au CMAP, sauf convention contraire, la durée totale de la procédure de Med-arb simultanée est de trois mois à compter de la notification de la constitution du tribunal arbitral et de la notification du nom du médiateur adressée aux parties.

⁹⁶¹ K. BLANKLEY, « Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case », *BLR* 2011.323.

d'arbitre et rend une sentence ayant autorité de chose jugée entre les parties jouissant des Conventions internationales sur l'exécution des sentences arbitrales. La med-arb permet de pallier l'absence d'autorité du médiateur de rendre une sentence « contraignante et définitive »⁹⁶², en garantissant une sentence arbitrale contraignante en cas d'insuccès de la médiation⁹⁶³. En soi, la med-arb est un processus hybride juxtaposant la médiation et l'arbitrage, ce que les anglais nomment selon les cas « tiered » ou « multi-tiered proceedings » (« procédures à plusieurs niveaux »), dès lors que cette combinaison s'opère au sein de la même procédure ou de manière successive et par paliers. Selon une étude, la médiation aboutirait à un arrangement dans 80-87 % des cas⁹⁶⁴. Dès lors, l'hypothèse de parties soumettant leur différend à un arbitrage international après une procédure de médiation demeure rare et minoritaire.

436. En droit anglo-saxon existe la pratique inverse qui est la « arb-med ». Ici, les parties débutent par l'arbitrage puis le suspendent en essayant de trouver une solution amiable via la médiation. Au cours d'une procédure arb-med, le tribunal arbitral joue pleinement son rôle, prend sa sentence mais il ne la divulgue pas immédiatement aux parties et fait d'abord jouer la médiation afin d'aider les parties à trouver un compromis plutôt qu'à avoir à subir une sentence qui ne soit favorable qu'à l'une d'entre elles. En pratique, le plus souvent, l'arbitre réunit les deux parties dans une même pièce avec une enveloppe scellée contenant la sentence. Face à la pression du contenu de l'enveloppe, les parties sont incitées à opter pour un compromis, surtout si le compromis se révèle avantageux pour la poursuite de leur relation d'affaires, ce qui est bien souvent le cas dans une opération de construction. Il est important que la sentence arbitrale soit opérée avant la médiation. Autrement, un arbitre ne sera pas incité à rechercher le compromis pour les parties, car il pourrait être avant tout guidé par son intérêt financier et désirer que l'arbitrage aille au bout afin d'être rémunéré. Il est également important que la sentence arbitrale soit opérée avant la médiation sans quoi un arbitre pourrait se servir des arguments énoncés au cours la médiation pour sa sentence finale. La difficulté réside dans l'impartialité de l'arbitre qui, lorsqu'il devient médiateur, se rapproche activement des parties séparément et peut les éclairer sur les faiblesses de leur dossier notamment⁹⁶⁵. A titre d'illustration,

⁹⁶² K. L. HENRY, « Med-Arb : An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes », *OSJDR* 1998, vol. 3, p. 385-390.

⁹⁶³ Th. BREWER et L. MILLS, « Med-Arb : Combining Mediation and Arbitration », *DRJ* 1999, vol. 54, p. 32-34 ; E. SUSSMAN, *préc.*, p. 71-73 ; D. MCLEAN et S-P. WILSON, « Compelling Mediation in the Context of Med-Arb Agreements », *DRJ* 2008, vol. 6328, p. 28-30.

⁹⁶⁴ D. BROWN-BERSET, *préc.*, p. 358-361, spéc. p. 360.

⁹⁶⁵ En 2014, le Centre de médiation et d'arbitrage international du Singapour a ainsi introduit une procédure hybride connue sous l'appellation de « arb-med-arb ». Il s'agit d'une procédure selon laquelle les parties actionnent en premier lieu un arbitrage, lequel est automatiquement suspendu tandis que les parties se soumettent à une médiation. Si la

des tribunaux de Hong Kong ont refusé d'exécuter une sentence arb-med, car la conduite des arbitres devenus médiateurs aurait « amené un observateur impartial à appréhender un risque réel de partialité »⁹⁶⁶. Il est à souligner que cette décision a été contredite en seconde instance. En définitive, si la médiation ne donne rien sur une partie ou l'ensemble du litige, la procédure arbitrale reprend ses droits⁹⁶⁷. En droit comparé, aucune loi nationale ne semble exclure l'arb-med. Devant les avantages en termes de coûts et d'économie du procès, certains Etats affichent ostensiblement leur faveur à cette procédure. C'est notamment le cas de la Chine, de Hong-Kong⁹⁶⁸, du Brésil, des Pays-Bas, de la France ou encore de l'Autriche. Pourtant, l'un des écueils majeurs de l'arb-med tient au fait qu'un arbitre ne partage pas les mêmes fonctions ni les mêmes rôles qu'un médiateur et réciproquement. Il est donc délicat pour les parties de désigner une personne susceptible d'avoir une personnalité adaptée pour ces deux procédures. Un bon arbitre ne fera pas nécessairement un bon médiateur tout comme un bon médiateur ne fera pas nécessairement un bon arbitre. Véritablement, l'arb-med a ses détracteurs et cette procédure est très peu développée dans la pratique des litiges internationaux en matière de construction, que ce soit dans les pays de droit civil ou de common law.

b.2. Les hostilités

Si la procédure med-arb déclenche autant d'oppositions, c'est essentiellement pour ses déficits de gages quant à l'impartialité du mécanisme et quant aux garanties de confidentialité. Durant la médiation, le médiateur rencontre les parties et leurs conseillers, au cours de - *caucus* -réunion(s) à huis-clos. Cette rencontre et ce qui s'y dit est couverte par une obligation de confidentialité. En pratique, les parties se rencontrent rarement dans la même pièce. Le médiateur les écoute séparément, obtient des informations et tente de les aider à se rejoindre dans leurs prétentions. Ainsi, les parties ne se réunissent qu'en début de médiation. Elles se retrouveront après qu'un accord ait été trouvé à la suite des interventions du médiateur sous la forme de shuttle diplomacy ou « diplomatie de la navette ». Les inconvénients de la med-arb ont trait au fait que les parties savent que le médiateur pourrait être leur futur arbitre en cas d'échec de la médiation. Dès lors, les parties pourraient être

médiation est un succès, alors les parties pourront soumettre le règlement de la médiation trouvée à un tribunal arbitral pour que l'accord soit entériné. Si la médiation échoue, l'arbitrage reprendra son rôle.

⁹⁶⁶ Gao Haiyan c. Keeneye Holdings Ltd [2011] HKEC 514, *Justice Reyes*, 12 avril 2011.

⁹⁶⁷ Une autre procédure existe également, consistant à faire intervenir la médiation après le déroulement de la procédure arbitrale, mais avant le prononcé de la sentence finale. Il s'agit de la *post-arbitration mediation*, procédure dans laquelle le tribunal arbitral a déjà statué, mais n'a pas encore communiqué sa sentence aux parties. La sentence est sous scellée et ne sera remise aux parties qu'en cas d'échec de cette médiation.

⁹⁶⁸ L'Ordonnance d'arbitrage d'Hong Kong de 2010 a permis à un arbitre de servir les parties dans un rôle de médiateur après le commencement de l'instance arbitrale.

tentées de modérer leurs demandes afin de ne pas paraître déraisonnable aux yeux du potentiel futur arbitre⁹⁶⁹. Parfois, les parties rechigneront à tout dévoiler au médiateur, étant conscientes que celui-ci peut se transformer en arbitre si la médiation échoue, ce qui ne concourt pas franchement à la réussite de la médiation. L'autre inconvénient demeure le fait que le médiateur, qui veille au succès de la médiation, pousse les parties à parvenir à un accord, mettant en lumière leurs erreurs, leurs prétentions déraisonnables, la faiblesse de leur dossier, autant d'éléments pouvant attirer l'attention des parties sur les éléments de leur dossier qui seraient à améliorer et sur l'issue de la sentence en cas d'arbitrage ultérieur.

b.2.1. Le risque de partialité

437. La partialité est la principale critique énoncée envers la med-arb. Au cours des caucus, le médiateur passe du temps avec les parties individuellement. Outre le fait qu'il puisse apparaître comme un confident et tisser avec l'une des parties des relations de sympathie, d'empathie ou d'antipathie, les parties lui confient des informations confidentielles que le médiateur ne peut partager entre-elles. Or, ces informations confidentielles peuvent l'influencer s'il statue plus tard en tant qu'arbitre. Ce faisant, les plaintes risquent d'être nombreuses, les parties contesteront sans cesse l'indépendance et l'impartialité des arbitres qui auront été médiateurs, ce qui pose question sur l'avenir de la procédure med-arb. A contrario, dans une procédure d'arbitrage, tous les documents et pièces sont soumis au principe du contradictoire.

438. Face à ces critiques liées à la partialité du médiateur-arbitre, il conviendrait simplement de renforcer le principe du contradictoire ou de poser une charte d'indépendance et d'impartialité que le médiateur-arbitre devrait respecter. Soit les parties estiment que durant la médiation, le médiateur a eu un comportement irréprochable et considèrent être satisfaites de son travail ; dans ce cas le médiateur est légitime à assurer le rôle d'arbitre. Soit au moins l'une des parties n'a pas confiance dans le médiateur et dans ce cas, elle est loisible de mettre un terme à la med-arb et de désigner un autre arbitre que la personne du médiateur. Lorsque le médiateur occupe le rôle d'arbitre dans une procédure med-arb, il s'agit d'une « med-arb pure ». Lorsqu'un nouvel arbitre est désigné, il est fait mention d'une « med-arb-opt-out ». Néanmoins, il est délicat pour une partie de savoir avec précision si elle peut ou non faire confiance au médiateur. Celui-ci a reçu des informations confidentielles qui

⁹⁶⁹ B. ROTH, « Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process », *AAA Advanced Mediator Training* 2009.5.

ne seront peut-être pas soumis au contradictoire lors des débats (si la partie refuse de les soumettre à l'instance) et a passé du temps avec chacune des parties. De plus, certaines législations interdisent aux parties de se prévaloir du manque d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre au stade de la médiation pour le récuser au stade de l'arbitrage. Parfois, le médiateur-arbitre peut cacher son jeu et sa partialité, afin que les parties lui accordent leur confiance et le désignent arbitre une fois la médiation ayant échoué. Dès lors, il convient de se demander s'il y a véritablement lieu de priver les parties de la possibilité de récuser cet arbitre anciennement médiateur pour un motif de partialité ou d'absence d'indépendance tiré de ses fonctions préalables de médiateur une fois la procédure arbitrale enclenchée.

b.2.2. Le manquement à la confidentialité

439. Le respect de la confidentialité des informations révélées au médiateur suscite l'attention. D'ailleurs, « la préoccupation la plus importante et la plus évidente concernant la procédure med-arb est l'utilisation effective de communications de médiation confidentielles dans l'élaboration d'une sentence arbitrale »⁹⁷⁰. Dans son ouvrage « We must talk because we can », D. Plant, un célèbre médiateur américain, a exposé les huit règles à prévoir nécessairement dans l'optique de parvenir à la réussite d'une « med-arb »⁹⁷¹. La troisième témoigne du souci de confidentialité : « (t)roisième règle - dans le cas où l'arbitre doit reprendre le rôle d'arbitre après avoir participé aux discussions en vue d'un règlement, l'arbitre devrait s'engager à trancher la question uniquement sur le fond (...). L'arbitre doit prendre un soin particulier à ne pas ajouter inconsciemment au dossier d'arbitrage des informations acquises de manière informelle et confidentielle au cours des discussions durant la médiation ».

440. Il conviendrait de créer un Code déontologique pour les médiateurs-arbitres⁹⁷². Surtout, l'une des solutions, déjà consacrée, serait d'interdire au médiateur devenu arbitre d'intégrer dans sa sentence finale des éléments non soumis au contradictoire lors des débats et exprimés lors des caucus confidentiels. Ces informations confidentielles n'ont été mises à la connaissance de l'arbitre qu'en sa qualité préalable de médiateur et non en sa qualité d'arbitre. Il ne peut donc pas s'en servir dans

⁹⁷⁰ K. BLANKLEY, *préc.*, p. 332.

⁹⁷¹ D. PLANT, *We must talk because we can*, Kluwer Law International, 2009, p. 188.

⁹⁷² H. ABRAMSON, « Protocols for international arbitrators who dare to settle cases », *ARIA* 1999.4.

l'arbitrage si les parties ne les ont pas soumises à la contradiction des débats. La seule manière pour qu'un médiateur devienne arbitre et puisse se prévaloir de ces informations confidentielles serait que les parties, d'un commun accord, décident de lever intégralement ou en partie la confidentialité de ce qui fut révélé au médiateur.

c. Un éventail encore très large

441. La MEDALOA est une forme de med-arb qui s'inspire de la base-ball arbitration traitant des négociations des clubs de baseball sur le rachat des joueurs. Ici, chaque partie pourra présenter devant un tiers sa solution et le tiers décidera entre les deux offres. Il ne pourra pas opter pour une troisième voie ni modifier les offres des parties. Il s'agit d'une médiation aboutissant à une décision obligatoire d'un tiers voulue par les parties. Le tiers choisira l'offre qui se serait rapprochée le plus de celle qu'il aurait choisi s'il avait pu⁹⁷³.

L'avantage de cette procédure réside dans le fait que, s'agissant de l'évaluation d'un prix ou d'un préjudice ou d'une indemnité, les parties sont amenées à ne pas être trop revendicatrices en présentant des propositions disproportionnées, au risque de conduire l'arbitre à choisir l'autre proposition qui lui apparaîtrait plus raisonnable. De plus, si l'une des parties a conscience des demandes élevées sollicitées dans la proposition de l'autre partie, elle pourra également surélever ses prétentions et la partie qui ne verra pas sa proposition retenue sera astreinte à des montants pouvant être considérables. La modération est alors de mise dans cette procédure.

442. D'autres formes de médiations existent, comme la co-médiation. Il peut en effet parfois être difficile pour les parties de s'accorder sur un médiateur disposant de compétences et de connaissances juridiques et techniques suffisantes. Faute de se mettre d'accord sur un médiateur ou de trouver un médiateur compétent, la médiation est dès le départ vouée à l'échec. En ça, la co-médiation peut être très satisfaisante, car elle permet aux parties de faire appel à deux médiateurs qui se complètent. Chacun des deux médiateurs sera spécialisé, l'un dans les problèmes juridiques et l'autre dans les problèmes techniques. Pour que cette co-médiation ait une chance de prospérer et d'être efficace, il est nécessaire que les deux médiateurs agissent de concert.

⁹⁷³ La CMAP a repris le principe de la *baseball arbitration* en consacrant la DDO, la Décision sur dernière offre.

443. La co-med-arb consiste, quant à elle, à faire coexister dès le début de la procédure un médiateur et un arbitre, l'arbitre s'effaçant lorsque les parties requièrent un caucus et le médiateur se retirant lors du délibéré et du prononcé de la sentence finale.

444. Aussi, la technique du « Mediator-in-Reserve » impose, dans la première semaine à compter du commencement de l'instance arbitrale, à envoyer aux parties une liste de médiateurs qu'elles pourront sélectionner. Le médiateur désigné sursoit à intervenir et affiche sa disponibilité dans l'hypothèse où, au cours de l'instance arbitrale, les parties ressentent le besoin d'être assisté par un médiateur. Pendant ce temps-là, le tribunal arbitral ne sera pas informé de la présence d'un Mediator-in-Reserve ni de son identité⁹⁷⁴. Dans la même veine, le Centre Français de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) propose une méthode dans laquelle le différend serait soumis à un médiateur et à un tribunal arbitral. Ni les arbitres ni le médiateur ne sont autorisés à communiquer entre eux. Les arbitres ont un délai de huit jours pour rendre une sentence après l'expiration d'un délai de trois mois. Si pendant ce temps, la médiation a rempli son rôle et abouti à une complète solution, l'accord de médiation met un terme à l'instance arbitrale. Si la médiation n'aboutit qu'à un accord partiel, alors le tribunal arbitral demeure compétent pour trancher les questions et problématiques non résolues par la médiation⁹⁷⁵.

Conclusion §1 : La médiation est un mode de règlement amiable des litiges qui connaît une certaine expansion en droit international. Elle s'attache à restaurer une communication dégradée entre les parties. Ce faisant, la médiation concourt à la continuité des travaux et à l'achèvement d'un chantier. La procédure de médiation s'est sophistiquée et offre aujourd'hui aux parties un large panorama. Aboutissant d'ordinaire à une solution pacificatrice et non contraignante, la médiation peut également aboutir à un accord de médiation plus contraignant (binding mediation) ou encore s'associer à un arbitrage ultérieur en constituant une forme fusionnée de procédures (la med-arb). Si la binding mediation poursuit la même finalité que l'arbitrage et si la med-arb se rapproche de l'arbitrage, elles visent d'abord à faire en sorte que les parties travaillent ensemble avec l'assistance d'un médiateur spécialisé sur un accord de règlement du litige qui soit acceptable, juste et équitable. Dans l'accord de binding mediation, il n'existe d'ailleurs aucune référence à l'arbitrage ; les parties n'y manifestent aucunement leur consentement ni leur intention à l'arbitrage. Elles affichent seulement leur volonté

⁹⁷⁴ Cf *JAMS Proposes First-Ever International Mediator-in-Reserve Policy*, 23 novembre 2009.

⁹⁷⁵ A. SIMARD, « Med-Arb, Why Not ? », *JAMS Global Construction Solutions* 2012.6.

d'être assistées d'un médiateur qui, s'il ne parvient pas à un accord mutuellement consenti, puisse prendre la responsabilité de rendre une solution contractuellement obligatoire pour elles.

En dépit de formes diverses, la médiation ne bénéficie pas du succès escompté dans le secteur de la construction internationale.

§2 : Une efficacité contestée en matière de construction

445. L'une des premières problématiques au succès de la médiation en matière de construction réside dans sa mise en œuvre. S'il est largement admis que, lorsqu'un juge étatique est saisi alors qu'une clause compromissoire est insérée dans le contrat, il est appelé à se déclarer incompétent, en est-il de même lorsqu'un tribunal étatique ou arbitral est saisi malgré la présence d'une clause de médiation obligatoire ? La réaction du juge français serait de respecter la clause de médiation par le prononcé d'une fin de non-recevoir⁹⁷⁶. Les tribunaux arbitraux, pour leur part, statueront selon des raisons d'opportunité⁹⁷⁷ pour décider de faire jouer ou non la clause de médiation et se déclarer ou non incompétents.

446. La seconde problématique à la médiation classique consiste dans le fait que, dans certains droits nationaux, la solution apportée par le médiateur n'est obligatoire que si les parties acceptent d'y adhérer, alors que la décision rendue par un juge étatique ou par un tribunal arbitral a autorité de la chose jugée et s'impose aux parties. Le médiateur ne peut pas imposer sa décision aux parties, qui sont alors invitées à être prévoyantes et prévoir dans leur contrat la suite à adopter en cas de refus de respecter la décision du médiateur. Malgré tout, une médiation aboutie est un moyen qui peut déboucher sur une transaction. Selon la loi applicable, cette transaction pourrait avoir autorité de la chose jugée. Les parties peuvent même demander au médiateur ou saisir un arbitre simplement pour que leur accord de médiation soit consacré sous la forme d'une sentence dite d'« accord-parties », conférant alors à la transaction l'autorité de la chose jugée de façon certaine, indépendamment de ce que prévoirait le droit applicable sur cette question.

⁹⁷⁶ F. MEGERLIN, *Médiation et arbitrage*, in *La médiation en débat*, sous la direction de F. MONEGER, Presses universitaires d'Orléans 2002, n° 24 et s. ; Ch. JARROSSON, « Chronique de modes alternatifs de règlement des conflits », *RGDP* 1998.166 ; X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000.377.

⁹⁷⁷ E. BERTRAND, « Arbitrage et médiation : l'impossible conciliation ? », *RDAl* 2001.133 et spéc. p. 141.

447. La troisième problématique réside dans le fait que le médiateur s'évertue à confronter les positions des parties. Or, les parties réagissent parfois de façon négative à la médiation, car le médiateur n'hésite pas à les presser pour qu'elles concèdent des compromis réciproques. Cette pression se justifie d'ailleurs en matière de construction, puisque l'urgence d'un apaisement des tensions entre les parties est de mise.

448. Enfin, les délais imposés par les parties au médiateur rendent la médiation inefficace. En ce sens, les Professeurs Genton et Vermeille ont défini la médiation « coup de poing » en énonçant que « les parties donnent instruction au médiateur de procéder à une médiation dans le laps de temps continu et limité (par exemple 2 à 3 jours de négociation indirecte), ce qui n'exclut pas la nécessité d'une période de préparation plus ou moins longue. Les parties se mettent ainsi sous pression en convenant, tacitement ou non, qu'en cas d'échec de la médiation, la prochaine étape sera le recours à l'arbitrage dans un délai fixé »⁹⁷⁸. La rapidité de la médiation « coup de poing » peut être favorable à l'avancée du chantier international de construction, mais son efficacité reste à relativiser. Les auteurs ont cité un cas dans lequel la médiation « coup de poing » fut pratiquée. « Dans le cas A (ouvrage d'infrastructure-différend entre membres d'un consortium européen), la médiation imposée a été plus courte que le temps utilisé pour la nomination des médiateurs. (...) Les deux médiateurs désignés, après avoir brièvement pris connaissance des prétentions écrites des parties, avaient la mission de tenter une médiation en l'espace de 2 jours seulement. Après avoir entendu les parties durant la première journée, les médiateurs ont tenté dans la seconde journée tout d'abord d'exprimer leur opinion d'un point de vue qualitatif. Ils ont par la suite requis des propositions chiffrées qui, malgré leurs efforts répétés, n'ont pas pu conduire à un règlement transactionnel. Cette tentative s'est donc soldée par un échec. Quatre mois plus tard, les parties ont cependant transigé sur un montant peu différent de celui suggéré dans le rapport motivé des médiateurs. Il n'y a pas d'enseignement général tiré de cette intervention et de ce cas particulier si ce n'est qu'une médiation en coup de poing est susceptible de ne donner guère de résultat immédiat. Si le cas A s'est finalement soldé par une transaction, c'est, d'une part parce que le rapport motivé des médiateurs a influencé l'attitude des parties, mais surtout du fait que chacune des parties se sent obligée de protéger ses intérêts futurs face à l'autre »⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ F. VERMEILLE et P. GENTON, « 'Soft and hard dispute resolution' : quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAl* 1998, n° 2, p. 131.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

Conclusion §2 : Si la médiation connaît un succès très relatif en matière de projets internationaux de construction et dans les grands contrats internationaux en général, c'est parce qu'elle paraît inadaptée aux desideratas des parties. Les parties sont pressées de la reprise des travaux et imposent des délais irréalistes au médiateur compte-tenu de la complexité du différend. Très souvent, le médiateur ne peut objectivement pas trancher en l'espace de deux jours des questions aussi délicates que celles inhérentes à tout chantier de construction.

Conclusion section II : Si la médiation participe à la réduction des coûts dans le règlement des contentieux et tend à rapprocher les parties entre elles, elle n'apparaît pas comme une alternative crédible et puissante à l'arbitrage international en matière de construction ni aux Dispute boards. Son efficacité est contestée en l'absence de force contraignante de principe. Les décisions du médiateur ne s'imposent pas aux parties. En pratique, les réactions des opérateurs du secteur de la construction s'avèrent plus que mitigées. La médiation n'est pas perçue comme une procédure apte à répondre à l'urgence des chantiers, qui exigent un traitement rapide des conflits, ni comme une étape permettant d'apaiser les relations entre les parties. D'autres modes amiables ont alors été pensés pour le secteur de la construction.

Section III : Le partnering ou alliancing

449. Egalement qualifié d' « alliancing », le partnering jouit d'une grande popularité aux Etats-Unis, en Angleterre et en Australie⁹⁸⁰. Instrument que les parties peuvent insérer dans leur contrat international de construction, le partnering agit en amont de tout différend. L'objectif poursuivi est similaire à l'action des dispute boards, celui d'éviter la naissance d'un contentieux ou, le cas échéant, de le régler à un stade très avancé, presque simultanément à sa naissance, pour permettre la continuité de l'exécution des travaux.

450. Désirant s'extirper des complexités du règlement judiciaire ou arbitral de leurs litiges, les opérateurs de la construction signent entre eux un partenariat et s'accordent pour travailler en équipe,

⁹⁸⁰ J. JENKINS et S. STEBBINGS , *op. cit.* ; S. ROE et J. JENKINS, *Partnering and Alliancing in Construction Projects*, Sweet & Maxwell, 2003 ; J. BENNET et S. PEACE, *Partnering in the Construction Industry : Code of Practice for Strategic Collaborative Working*, Butterworth-Heinemann, 2006.

dans un esprit constructif avec en ligne de mire la poursuite d'un intérêt commun, la construction d'un ouvrage de bonne qualité dans les meilleurs délais. Ce partenariat prend la forme d'une « partnering charter » pouvant être dotée d'une force contraignante et contenant, le plus souvent, des dispositions obligeant à un échange d'informations, au dialogue, à la coopération en lieu et place de procédures formelles de notification ou de réclamations traditionnelles, qui ont pour inconvénient d'être particulièrement onéreuses⁹⁸¹. Cette charte peut aussi prévoir la création d'un Comité composé de représentants de tous ses membres qui établiront des solutions en cas de différends. En général et pour assurer l'efficacité de la charte, y est prévue une récompense ou une pénalité liée au degré d'achèvement général du projet international de construction.

451. Le partenariat comprend trois phases importantes. Une phase précontractuelle d'abord, dans laquelle le partenariat a pour mission d'introduire les parties entre-elles et de veiller à ce que les attentes de chacune soient identifiées, ainsi que les objectifs mutuels ; une phase de planification de règlement des différends ensuite, dans laquelle les conflits seront détaillés dans un « processus-étape » ; une phase de rédaction d'une charte enfin, détaillant les objectifs et procédures du partenariat.

452. Outil managérial à la disposition des parties au projet international de construction visant à assurer une coopération entre-elles, « le partenariat est davantage un processus pré-contractuel (...). Un partenariat juridique est une entité juridique dans laquelle les personnes se regroupent et partagent leurs profits et leurs pertes (...). Le processus vise à réduire ou même à éliminer le climat accusatoire (...). Le partenariat est une tentative visant à rassembler le personnel pour qu'il réalise que, même s'ils ne sont pas des partenaires au sens technique, ils sont des partenaires en ce sens que chacun s'appuie dans une certaine mesure sur le succès économique »⁹⁸². L'efficacité d'un partenariat qui se base essentiellement sur la coopération des parties et sur leur bonne foi interroge. Dans un chantier international de construction mettant en relation des contractants de nationalités différentes, un choc des cultures peut survenir dans la façon que chacun a de se représenter les choses. Ces différences culturelles sont parfois si notables qu'elles conduisent à une méfiance des contractants entre eux, à une posture de confrontation, amenuisant l'efficacité de ce mode alternatif de règlement des litiges sur la scène internationale.

⁹⁸¹ Cf K. BROOKE et G. LITWIN, « Mobilizing the Partnering Process », *JME* 1997, vol. 13, n° 4, p. 42.

⁹⁸² J. SWEET, *Sweet on Construction Law*, Chicago, American Bar Association, 1997, p. 99 et s.

Section IV : L'adjudication

L'adjudication est une procédure d'urgence qui se manifeste par plusieurs particularités (§1) et qui ne saurait être confondue avec l'arbitrage (§2).

§1 : Le processus

453. L'adjudication est une méthode bien connue du droit anglais où elle est présente dans le Construction and Regeneration Act 1996, entré en vigueur le 1^{er} mai 1998. La principale préoccupation du législateur anglais, lorsqu'il a consacré la procédure de l'adjudication, était de désengorger des tribunaux saturés de dossiers complexes portant notamment sur des litiges relatifs à des chantiers nationaux et internationaux de construction. Il s'agit d'une procédure par laquelle l'adjudicator, personne neutre, évalue de manière sommaire un aspect ponctuel du contentieux et rend une décision contraignante pour les parties. Au Royaume-Uni, les parties à un contrat de construction ne peuvent déroger au mécanisme de l'adjudication, qui détient une force obligatoire pour toute construction réalisée sur le territoire. Citée comme « la clé du règlement des différends dans le secteur de la construction »⁹⁸³, l'adjudication est appelée à être utilisée dans tous les contrats de construction, à tout moment dans l'exécution des travaux. Tout différend qui résulte d'un contrat d'entreprise et toute construction qui a lieu sur le sol du Royaume-Uni doit impérativement être soumis à un adjudicator⁹⁸⁴. L'exigence est telle qu'elle pourrait éventuellement s'analyser par le juge anglais comme dotée de la valeur de loi de police. A l'instar des clauses d'arbitrage, les clauses d'adjudication sont autonomes du contrat dans lequel elles sont insérées, de sorte qu'elles ne sont pas affectées par la nullité ou par la résiliation du contrat⁹⁸⁵.

454. La procédure d'adjudication a dépassé les frontières anglaises. Dès un arrêt *Homer Burgess*

⁹⁸³ M. LATHAM, *Constructing the team : Joint Review of Procurement and Contractual arrangements in the United Kingdom Construction Industry : Final Report*, H.M Stationery Office, 1994, p. 87.

⁹⁸⁴ Pour que la procédure d'adjudication s'applique, il est nécessaire que le contrat soit un « contrat de construction » tel que défini dans la loi de 1996. Il doit alors s'agir de l'organisation ou de l'exécution d'une « opération de construction ». Certaines activités sont exclues de la définition des opérations de construction, c'est notamment le cas pour les opérations de forage gazier ou pétrolier, d'extraction de minerais ou celles qui se rattachent notamment à l'installation d'équipements dans une centrale nucléaire.

⁹⁸⁵ *A&D Maintenance and Construction Ltd c. Pagehurst Construction Services* (1999) *CILL*.1518, Technology and Construction Court, HHJ Wilcox QC.

v. Chirex de 2000 notamment, la région de la Nouvelle Galles du Sud en Australie avait imposé une procédure d'adjudication similaire dans les contrats de construction, mais seulement à l'origine pour les différends relatifs au paiement (et ce quel qu'en soit le montant)⁹⁸⁶. Le système transposé en droit français de l'adjudication par le CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) est la décision d'urgence.

455. L'adjudication consiste à faire appel à un Comité de résolution des litiges (CRL). D'une procédure d'adjudication ressort une décision contraignante pour les contractants mais ne s'imposant à eux que de manière provisoire, jusqu'à une éventuelle décision contentieuse. En règle générale, la décision de l'adjudicateur doit être rendue dans un délai court de vingt-huit jours. Il est délicat, pour l'adjudicateur, de recueillir un nombre suffisant d'informations et de procéder aux investigations nécessaires sur un projet complexe de construction en de tels délais. Pour pallier une décision précipitée et contenant des erreurs d'appréciation et au fait qu'il n'existe pas, en principe, d'obligation de motivation de la décision de l'adjudicateur⁹⁸⁷, il fut établi que devrait être adjointe à la procédure de l'adjudication une faculté laissée aux parties de la remettre en cause devant un tribunal étatique ou arbitral. La décision de l'adjudicateur, à l'instar de la décision d'un dispute board, lie donc les parties jusqu'à ce que le contentieux soit éventuellement réglé de manière définitive par un tribunal étatique ou arbitral ou par une transaction entre les parties. Il s'agit alors d'une décision précaire. Néanmoins et à l'instar des décisions des dispute boards, les décisions de l'adjudicateur font rarement, en pratique, l'objet de contestations par les parties prenantes à un contrat international de construction. Et, les décisions de l'adjudicateur sont rendues obligatoires par le biais de jugements étatiques en référé (« summary judgments ») et ce, sans contrôle des motifs⁹⁸⁸.

§2 : Une procédure distincte de l'arbitrage

456. L'adjudication est-elle un autre nom de l'arbitrage ? S'agit-il d'une distinction utile et justifiée ? Ces interrogations sont légitimées par les multiples ressemblances réunissant ces deux modes alternatifs de règlement des différends, très fréquemment retrouvés dans les contentieux

⁹⁸⁶ Homer Burgess Ltd c. Chirex (Annan) Ltd (2000) *BLR* 124 ; Discaim Project Services c. Opecprime Development (2000) *CILL* 1676 ; Elanay Contracts Ltd c. The Vestry (2000) HT00264.

⁹⁸⁷ En Angleterre, si les parties souhaitent que cette décision soit motivée, elles doivent en informer l'adjudicateur huit jours au moins avant la date de la décision.

⁹⁸⁸ Macob Civil Engineering Ltd c. Morrison Construction (1999) *BLR* 93.

relatifs à la construction internationale. A l'instar de l'arbitrage, les parties peuvent consentir à l'adjudication par contrat et nommer un ou plusieurs arbitres, désigner la langue de la procédure, la loi applicable et les règles de l'instance. Arbitres et arbitres sont soumis à des exigences d'indépendance et d'impartialité similaires et partagent le même objectif, trancher un litige par une décision que les parties veulent obligatoire. Tout comme un arbitre, un arbitre doit respecter les principes de justice naturelle, il ne peut pas mener d'enquêtes *ex officio* sans contradictoire.

457. En dépit de ces affinités, il existe des différences. L'une d'entre elles a trait au fait qu'à la différence de l'adjudication, l'arbitrage est toujours volontaire, il est toujours consensuel. L'adjudication est un droit offert à toutes les parties au contrat qui joue d'office dès qu'une partie le sollicite, même en l'absence de consentement de l'autre partie. Si la saisine d'un arbitre est un droit, elle n'empêche pas la partie adverse de saisir un juge étatique ou un tribunal arbitral en cas de clause d'arbitrage ou de juridiction prévue au contrat.

458. L'arbitrage conduit aussi à une sentence définitive alors que l'adjudication aboutit à une sentence intérimaire qui ne deviendra définitive que si elle n'est pas contestée. Même si la sentence arbitrale devra encore être exécutée par les juridictions nationales, elle ne pourra pas être révisée sur le fond, ce qui rend le processus de l'exécution plus court. La décision de l'arbitre, quant à elle, ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée⁹⁸⁹ et pourra être remise en cause sur le fond par un tribunal arbitral ou par un juge étatique. « (L)e provisoire est ici la rançon obligée de la célérité »⁹⁹⁰, l'adjudication étant plus rapide (vingt-huit jours) et moins formelle que l'arbitrage. Ainsi, si l'arbitrage bénéficie de la force des Conventions de New-York et de Washington pour l'exécution des sentences, l'adjudication ne profite d'aucune convention et ne bénéficie que de la force du droit national pour l'exécution. Par conséquent, l'exécutif des décisions de l'arbitre dépendra uniquement de la loi applicable.

⁹⁸⁹ Puisque sur le fond, la décision de l'arbitre n'est pas définitive et est susceptible d'être révisée, elle n'est pas une sentence arbitrale (CA Paris 29 avril 2003, *Société nationale des Pétroles du Congo et République du Congo c. Total Firm Elf E&P Congo*, 2000.1296, note Ch. JARROSSON).

⁹⁹⁰ R. PERROT, « Du 'provisoire' au 'définitif' », in *Mélanges offerts à Pierre Drat : le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2012, p. 447.

459. Enfin, il réside d'autres divergences essentielles entre l'adjudication et l'arbitrage. Contrairement à l'adjudication qui peut intervenir à tout moment durant l'exécution des travaux, l'arbitrage intervient souvent à la fin du chantier, *post-hoc*. De surcroît, l'adjudication n'est valable que si le contrat de construction est valable, alors qu'il existe en France un principe d'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Et, à la différence de l'arbitre qui peut statuer sur les dépens, l'adjudicateur ne peut adjuger que ses propres honoraires.

Section V : La consultation conjointe

Une méthode pourrait faire part de son potentiel succès en matière de construction, c'est celle de l'information par consultation conjointe. Procédure précise (§1), elle ne saurait s'assimiler en une simple procédure d'expertise (§2).

§1 : Le processus

460. La procédure de la demande conjointe s'apparente à l'« Early Neutral Evaluation » ou « évaluation indépendante préalable ». Ici, les parties au contrat de construction se rapprochent en sollicitant une autorité pour qu'elle leur fasse part de ses conclusions quant à une situation litigieuse, les laissant en tirer toutes conséquences et appréciation pour la poursuite de leurs discussions. L'intérêt réside dans le fait que les parties s'accordent pour désigner un expert commun impartial et objectif qui rendra une évaluation qui ne les liera pas mais qui les informera sur l'issue d'un potentiel procès sur le différend en question. La partie la plus exposée à une condamnation sera alors poussée à revoir son comportement et à presser à l'obtention d'un compromis.

461. Ainsi, la consultation conjointe se révèle être intéressante car en pratique, il arrive fréquemment que des parties, sûres de leurs armes, surestiment leurs chances de succès au procès, en étant conseillées par des avocats ne disposant pas de toutes les informations, mais uniquement celles de leur client. Il ressort de cette consultation conjointe davantage d'objectivité dans l'approche du litige par les parties, en permettant de mettre en lumière les forces et faiblesses de leurs prétentions respectives et le cas échéant, l'état de la législation applicable et des jurisprudences rendues sur des points similaires. Il en découle une négociation ultérieure entre les parties facilitée. En principe, les

conclusions de cette autorité conjointe ne sont pas obligatoires pour les parties, sauf convention contraire des parties.

462. L'essor cette procédure n'en est encore qu'à ses prémices, la consultation conjointe étant rarement prévue au sein des contrats internationaux de construction et, si tant est qu'elle le soit, les parties omettent le plus souvent de préciser les missions de l'autorité, ses exigences d'indépendance et d'impartialité, la confidentialité de ses missions ... Or, si rien n'est contractuellement prévu, une partie pourra refuser de l'autorité qu'elle ait accès à des données et documents pourtant indispensables aux investigations.

§2 : Une procédure différente de l'expertise

463. Les clauses d'expertise sont courantes dans les contrats internationaux de construction parce qu'elles sont adaptées aux relations complexes d'affaires⁹⁹¹. Ces clauses exigent l'intervention d'un tiers dont le rôle est de faciliter à l'élaboration d'une solution, mais dans ces clauses d'expertise, le tiers reste en retrait, en position de passivité. L'expert se voit assigner des tâches qui peuvent être diverses ; il peut lui être demandé d'être présent durant l'exécution du contrat afin d'anticiper les éventuelles difficultés et de les régler par son expertise si ces difficultés surviennent. Parfois, il lui est purement demandé d'intervenir qu'en cas de différends afin de rédiger un rapport sur les différents aspects du litige naissant. D'autres fois, il lui est demandé de s'immiscer pour réconcilier les parties par une solution amiable et alors, sa fonction ressemble à celle d'un médiateur. C'est pourquoi il est tant difficile de qualifier la clause d'expertise, car les missions de l'expert peuvent être variées.

464. A priori, la consultation paraît constituer une sorte d'expertise, car, comme pour l'expertise, il s'agit d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien. Les parties au contrat international de construction peuvent demander à cette autorité qu'elle leur fournisse une présentation des pratiques professionnelles les plus fréquentes dans une relation juridique similaire, ce qui pourra contribuer à les éclairer sur telle ou telle question. Les parties bénéficieront alors de davantage de recul sur un problème déterminé. L'autorité peut également éclairer les parties sur des points de droit ou leur

⁹⁹¹ S. ZARKALAM, « 'Dispute board review' et 'Adjudication' : les modes alternatifs de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale », *Justices* n° 6, 1996.159 et s.

donner des pistes de réflexion pour régler leur difficulté ou pour la contourner. Pour autant, la consultation ne constitue pas une expertise en raison de la simplicité de l'instigation requise⁹⁹².

Conclusion partie III : Comme cela fut énoncé dès les propos introductifs, le secteur de la construction est un secteur éminemment « contentieux-gène ». Les multitudes d'aléas qui peuvent se présenter dans un chantier cumulés aux interprétations divergentes des parties sur la portée de leurs droits et obligations énoncés par le droit applicable, accroissent les occurrences de saisine des tribunaux.

Les litiges peuvent être tranchés par des tribunaux, étatiques ou arbitraux, ou être réglés à l'amiable par des modes de règlement des conflits visant avant toute chose à assurer la continuité ou la reprise *in fine* des travaux. Le management des contrats internationaux de construction passe par l'élaboration d'une clause de règlement des contentieux qui soit la mieux à même de garantir aux parties : soit un traitement rapide, économique et efficient de leur différent, pour leur permettre de mettre un terme définitif à leur collaboration et saisir d'autres opportunités avec d'autres contractants ; soit une procédure amiable destinée à les rapprocher pour que leur objectif commun soit assuré, à savoir la construction de l'ouvrage. Les modes amiables de règlement des différends, abordés dans cette partie, correspondent simplement à l'adaptation des modes de résolution des conflits à une économie nouvelle et globalisée. En 2017, il y a eu moins de procédures contentieuses dans le secteur de la construction qu'en 2016⁹⁹³. L'appellation Alternative Dispute Resolution est alors encouragée à être remplacé par l'appellation Appropriate Dispute Resolution.

⁹⁹² C'est d'ailleurs ce qu'avait relevé la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 24 octobre 1978, en requalifiant la consultation en expertise en raison du contenu de la mission donnée (Cass. com., 24 octobre 1978, n° 77-12.455, *Bull. civ. IV*, n° 238).

⁹⁹³ Rapport Arcadis, « Litiges en construction dans le monde », (2017).

CONCLUSION GENERALE

465. Les problématiques sous-jacentes aux contrats internationaux de construction sont nombreuses. Elles concernent l'internationalité du contrat, le droit applicable à celui-ci et le règlement des contentieux. Un projet est considéré comme une réussite dès lors que le produit a été délivré dans les temps, au prix convenu et avec une qualité telle qu'elle apporte un grand degré de satisfaction au client⁹⁹⁴. Le bon achèvement d'un chantier est dépendant de la rédaction du contrat dont il est l'objet. Parfois mal rédigés, souvent déséquilibrés et à l'avantage de l'une des parties, les lacunes présentées par certains contrats de construction conduisent à des délais supplémentaires, à des travaux de qualité moindre et à l'accroissement des coûts. Les responsabilités sont alors nombreuses et l'internationalité du contrat vient accroître, de manière considérable, les difficultés relatives à la problématique du droit applicable.

466. C'est parce qu'un contrat est international qu'il faudra en tirer deux conséquences. La première a trait au droit applicable, la seconde concerne le règlement des contentieux. Un contrat de construction est qualifié d'international lorsqu'il se trouve affecté d'au moins un élément d'extranéité. C'est notamment le cas lorsque les parties détiennent des nationalités différentes ou encore quand elles interviennent sur un sol étranger de celui de leur siège social pour la réalisation de la construction. Les contrats principaux de construction conclus entre contractants privés sont régis par le Règlement Rome I, qui autorise une condition subjective à l'internationalité. L'internationalisation subjective du contrat correspond à l'ensemble des actions opérées par les contractants qui ont pour visée de rendre un contrat international. Sur le fond, nous avons critiqué une telle conception, car il serait essentiellement question d'un contrat interne qui ne deviendrait international que, par exemple, par le recours à une clause d'*electio juris*, c'est-à-dire par le seul jeu de la volonté des parties. Toute la difficulté vient du fait que le Règlement Rome I ne donne pas de définition du contrat international. L'article 1 § 1 du Règlement Rome I dit ne s'appliquer que dans les situations présentant un conflit de lois ; il ne dit pas s'appliquer en présence d'un contrat international. En présence d'une personne publique, le Règlement Rome I n'est pas applicable. Dans ce cas, l'internationalité est principalement objective et se manifeste essentiellement par la nationalité étrangère de l'un des contractants, laissant libre cours à certaines contestations quant à la complexe identification de personnes morales dont les

⁹⁹⁴ J. BARCLAY, *A Comparison between traditional and non-traditional forms of contracting for the procurement of building projects*, B.Sc.Thesis, School of construction Management, Queensland University of Technology, 1994.

capacités d'extension hors des frontières sont illimitées. Nous avons estimé que les critères de la nationalité d'une personne morale devaient être redéfinis, car ils ne sont pas adaptés à la mondialisation⁹⁹⁵. Le seul critère permettant de déterminer la nationalité d'une personne morale doit résider dans la localisation de la force de travail. La nationalité d'une société doit être caractérisée par l'endroit où elle génère de l'emploi, produit des richesses, où sa participation socioéconomique est réalisée. Autrement dit, l'élément central n'est plus les dirigeants sociaux, mais la main-d'œuvre nationale⁹⁹⁶.

467. En ce qui concerne l'internationalité du sous-traité, nous avons débattu de l'internationalité d'emprunt en affirmant que cette approche revenait à créer un nouvel élément d'extranéité, celui du caractère international du contrat principal. Si nous avons légitimé ce critère, c'est tout simplement car son émergence n'a fait que s'engouffrer dans une faille caractérisée par l'absence de critère d'extranéité satisfaisant en matière de sous-traitance. La nationalité est un critère trop flexible pour être le pilier absolu de l'extranéité. La localisation du lieu d'exécution du contrat principal aurait pu être un critère d'extranéité satisfaisant, mais nous l'avons écarté, car l'exécution du contrat peut intervenir dans plusieurs Etats à la fois, y compris dans l'Etat de la nationalité éventuellement commune des contractants.

468. Dès lors qu'un contrat principal de construction est international, qu'il s'agisse d'un contrat conclu entre personnes privées ou marqué par l'intervention d'une personne publique, les parties se retrouvent généralement libres de le régir par la loi de leur choix. Les parties prennent en considération leur propre connaissance du droit ayant leur faveur, les capacités de ce droit à régir les contentieux potentiels, son exhaustivité et les éventuelles règles impératives qu'il est susceptible de contenir. A défaut de choix de loi, le Règlement Rome I fixe la loi applicable en faveur de la résidence du prestataire de services. Nous avons critiqué ce rattachement. La loi du lieu de situation de l'immeuble devrait constituer la loi naturelle d'application. C'est vers son exécution qu'un contrat est avant tout orienté. Le lieu d'exécution permettrait en plus de placer toutes les entreprises sur un pied d'égalité. Privilégier la loi du lieu d'exécution de la construction garantirait une concurrence égale en cas de pluralité de constructeurs, ces derniers seraient assujettis au même droit et ne pourraient pas se prévaloir d'avantages liés à la réglementation sur les conditions de sécurité du

⁹⁹⁵ Cf L. CAO, « Corporate and Product Identity in the Post-National Economy : Rethinking U.S. Trade Laws », *Calif. L. Rev.*, 2002, vol. 90, p. 402.

⁹⁹⁶ En pratique, cette position est nuancée du fait de sociétés générant des richesses dans plusieurs Etats.

chantier par exemple. Pour se détacher du rattachement alternatif posé par le Règlement Rome I, le jeu de la clause d'exception peut rendre applicable la loi du lieu de situation de l'immeuble, traditionnellement consacrée par les juridictions en l'absence de choix de loi. Nonobstant, nous avons souligné que la clause d'exception ne doit s'appliquer que lorsque les circonstances factuelles d'une espèce donnée rendent un rattachement alternatif inapproprié.

469. Dans le cadre des contrats principaux conclus avec une personne publique, il faut distinguer entre les contrats administratifs internationaux et les contrats d'Etat. Pour les contrats administratifs internationaux, l'autonomie de la volonté des parties dans le choix du droit applicable est fortement limitée, la personne publique soumettant généralement le contrat à l'application de son propre droit. Le caractère administratif du contrat conclu prime sur son internationalité. Pour les contrats d'Etat, les personnes publiques assument se comporter comme des contractants commerçant à titre privé et acceptent de se soumettre à l'application d'un droit étranger.

470. Concernant la loi applicable aux sous-traités, nous avons rappelé l'application du Règlement Rome I et le principe de liberté de choix, en appuyant la thèse qu'un choix implicite et, en l'absence de disposition contraire, devait pencher à l'application de la loi du contrat principal. Dans le cas d'une sous-traitance transparente, l'étroite relation unissant le sous-traité au contrat principal doit servir de socle à la localisation de la loi applicable. Dans l'intention des parties, le droit applicable est celui du contrat principal. Le contrat de sous-traitance n'est qu'une opération du contrat principal. La transparence est l'élément le plus pertinent à l'application de la loi présentant la plus proche proximité avec le contrat de sous-traitance, à savoir la loi insérée dans le contrat principal, en cas d'absence de choix. En l'absence de choix de loi, l'ensemble de ces justifications pourrait faire pencher la clause d'exception en faveur de la loi du contrat principal, mais la clause d'exception ne doit pas être une exception générale à une règle de conflit, elle ne doit jouer que lorsque l'espèce atteste d'une inadaptation avec le rattachement alternatif posé.

471. Les parties peuvent faire gouverner leur contrat par un droit national qui ne sera pas celui du lieu de la construction de l'ouvrage. Pour autant, comme cela a été longuement discuté, le marché de la construction est fortement protégé par les législations nationales, de sorte que de nombreuses dispositions impératives du droit de l'Etat dans lequel la construction se réalise sont susceptibles de s'appliquer, notamment en raison de la qualité de l'un des contractants. Ce faisant, l'autonomie de la

volonté des parties dans la désignation du droit applicable ne pourra pas automatiquement écarter les lois de police de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble, en particulier celles relatives à la sécurité, et même au paiement des sous-traitants (par le biais de l'action directe pour éluder les risques de faillites en cascade). Des lois de police françaises ont été déclarées compétentes en matière de sous-traitance et nous l'avons regretté. En matière d'action directe en paiement, nous avons considéré que la loi du contrat principal devait s'appliquer, puisque le sous-traitant n'en bénéficie non pas par effet du contrat de sous-traitance mais par sa simple qualité de sous-traitant. Le sous-traitant désire se voir appliquer des droits conférés par un contrat principal pour lequel il n'est pas partie. Accessoire de la créance que le sous-traitant détient contre l'entrepreneur principal, l'action directe ne constitue qu'une demande de paiement du sous-traitant auprès du maître de l'ouvrage, une volonté de l'exécution du contrat principal à son profit. Nous avons regretté que dans une optique de protection des sous-traitants, l'action directe en paiement ait acquis une valeur de loi de police et puisse s'appliquer dès lors qu'un juge français est saisi de la question. L'application directe et immédiate des lois de police néglige le principe même du droit international privé. De plus, le critère d'applicabilité des dispositions protectrices des sous-traitants de la loi de 1975 comme lois de police, soit le critère de la localisation du lieu de construction de l'immeuble en France, est très discutable, parce qu'il fait fi du siège d'implantation du constructeur principal et de celui du sous-traitant. L'ensemble des sous-traitants qui opèrent sur le sol français pourront bénéficier de l'action directe en paiement, et non plus seulement les sous-traitants établis en France. Le champ d'application est bien trop large. C'est ainsi, à juste titre, que des mécanismes juridiques ont été posés pour désactiver l'impérativité d'une loi nationale, comme l'insertion au contrat de sous-traitance d'une clause compromissoire ou d'une clause attributive de juridiction.

472. Réputés pour être volumineux, les contrats internationaux de construction sont également des contrats exposant un grand nombre de clauses dont la plupart sont d'ailleurs déjà pré-rédigées par des contrats-types, comme pour marquer la volonté des parties de réduire le rôle attribué à la *lex contractus*. D'ailleurs, on assiste à une multiplication des contrats-types qui, s'ils restent soumis à un droit applicable, ont vainement cherché à se présenter comme une *soft law* à l'ambition d'une véritable *lex constructionis*. Le choix de la loi applicable est crucial, car il implique un nombre considérable de répercussions, sur la forme du contrat, sa validité ou encore son interprétation. En l'absence de choix de loi, les parties s'exposent à l'application par le juge compétent des règles de droit international privé de son pays, faisant planer l'incertitude sur la loi qui sera désignée.

473. Enfin, dès lors qu'un contrat de construction est international, les contentieux qu'il posera pourront être traités par le biais de l'arbitrage international, qu'il s'agisse de contrats conclus entre personnes privées ou faisant intervenir une personne publique. En droit français, lorsque la construction est interne, les personnes publiques se voient fermer, à titre de principe, les portes de l'arbitrage. C'est d'ailleurs ce que dispose l'article 2060 du Code civil⁹⁹⁷. En cas de construction internationale, les entités publiques se retrouvent liées par la convention d'arbitrage conclue, dès lors qu'elles détiennent une activité commerciale. Nous avons relativisé l'attrait de l'arbitrage international en matière de construction et ce, malgré son succès probant. Les litiges en la matière sont caractérisés par l'intervention de plusieurs partenaires œuvrant à un projet unique. Les contentieux mettent en relation des parties liées par un même contrat ou, par des convention étroitement liées entre elles. Nous avons signalé les complexités des arbitrages multipartites ayant trait à la nature consensuelle de l'arbitrage et à la composition du tribunal arbitral. Il convient de dissocier les partenaires d'un consentement exprès de la convention d'arbitrage contenue dans un contrat principal, pour privilégier leur consentement implicite découlant de leur intervention en connaissance de cause dans l'exécution d'un contrat principal.

474. Aujourd'hui, confrontée aux défaillances de la justice étatique, la pratique a également concentré son intérêt sur d'autres modes de règlement des litiges, en particulier sur des modes amiables comme le recours aux Dispute boards ou encore à la médiation. En matière de construction, les complications constituent la normalité. Malgré leurs efforts, les intervenants ne peuvent pas tout prédire. Les projets internationaux de construction impliquent de multiples partenaires à travers le monde, provenant de cultures différentes, d'horizons économiques, juridiques, sociaux et politiques variés. En cela, l'internationalité du contrat ajoute de la difficulté. Les aléas et les difficultés sont des défis permanents pour les opérateurs et exigent de leur part un fort degré d'attention et de vigilance. Si les litiges constituent une part intégrée des chantiers, les partenaires préfèrent les anticiper, afin d'éviter que des différends ne viennent empoisonner la continuité des travaux. Cela justifie le développement de modes de règlement des litiges spécialement adaptés au secteur, pour répondre au plus vite aux préoccupations et incertitudes. Les partenaires sont des professionnels avisés, avant tout cantonnés dans la construction et non dans les conflits. Les complications ne doivent pas

⁹⁹⁷ « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

automatiquement générer en contentieux ; il faut des règlements institués au cours des chantiers et des intervenants extérieurs comme les Dispute boards pour répondre aux interrogations des partenaires et faire vivre le contrat. Après avoir vanté les mérites des dispute boards, nous avons tenu à souligner une distinction entre les dispute boards et l'arbitrage. Malgré des proximités tenant à la nature juridique de leurs décisions, obligatoires et contraignantes pour les parties, les décisions prononcées par les dispute boards ne deviennent définitives que par le recours à l'arbitrage ou à la justice publique. De plus, l'intervention des membres du board s'effectue au moment des faits et tout au long de l'exécution du contrat, alors que les arbitres n'interviennent le plus souvent qu'après son échéance.

475. Enfin, nous avons tenu à relativiser le rôle de la médiation en matière de construction. Les délais imposés au médiateur ne sont pas réalistes, car les contentieux sont bien trop complexes. Peu propices à répondre à l'urgence des chantiers, les procédures de médiation sont aussi contestées pour l'absence de force contraignante de principe des décisions du médiateur, qui ne s'imposent pas aux partenaires impliqués.

476. Les contentieux en matière de contrats de construction ont trait à des problématiques qu'on ne rencontre pas dans les autres types de contrats, car il s'agit de contrats techniques, de longue durée, faisant intervenir des partenaires multiples, exigeant des réponses rapides et sans interruption du chantier aux incertitudes survenues. En dernier lieu, la crise du COVID-19 a révélé toute l'importance d'une approche solidaire entre les partenaires de la construction. Si l'épidémie n'est pas terminée et qu'il faudra sans doute encore attendre pour en percevoir les effets à moyen et long termes sur le marché de la construction, l'industrie tout entière a déjà dû répondre aux préoccupations et aux défis provoqués. Ainsi, en mars 2020, plusieurs Etats comme le Royaume-Uni, le Brésil ou encore l'Autriche ont publié des directives appelant à un comportement responsable des partenaires dans l'exécution des contrats en cours, en les enjoignant à préserver la viabilité de leurs projets. Des comités de crise ont été appelés pour favoriser une collaboration renforcée entre les opérateurs⁹⁹⁸. L'épidémie a attesté des enjeux d'une gestion contractuelle efficiente des chantiers internationaux de construction, par l'anticipation des complications des plus inhérentes au moins prévisibles, le règlement de ces dernières par des modes de règlements des litiges adéquats et par l'assujettissement du contrat à un droit national adapté.

⁹⁹⁸ Cf D. MOSEY, « What can construction contracting learn from Covid-19 ? », *Constr. law. intern.* 2020, n° 3, p. 15.

BIBLIOGRAPHIE

I/ OUVRAGES GENERAUX

AHARONI (Y.)

- ❖ *The Evolution and management of State-Owned enterprises*, Cambridge, MA, Ballinger, 1986, 475 p.

ALDRICH (G.)

- ❖ *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal: An Analysis of the Decision of the Tribunal*, Clarendon Press, 1996, 608 p.

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.)

- ❖ *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Sirey, 5^e éd., 2006, 832 p.

AUBY (J-B.), NOGUELLOU (R.), STELKENS (U.) et SCHRODER (H.)

- ❖ *Droit comparé des contrats publics / Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2017, 1012p.

AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.)

- ❖ *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1214 p.

AUDIT (M.), BOLLEE (S.) et CALLE (P.)

- ❖ *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Précis Domat, 3^e éd., 2019, 848 p.

BARENDRECHT (M.), JANSEN (Ch.), LOOS (M.), PINNA (A.), CASCAO (R.) et VAN GULIJK (S.)

- ❖ *Principles of european law*, Study Group on a European Civil code, Service Contracts (PEL SC), OUP Oxford, 2007, 1096 p.

BARRAUD (B.)

- ❖ *L'Etat-Entre fait et droit*, L'Harmattan, coll. Logique juridique, 2015, 422 p.

BARRAULT (H-E.)

- ❖ *Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés*, Paris, Sirey, 1916.

BATIFFOL (H.)

- ❖ *Les conflits de lois en matière de contrat*, Sirey, 1938, 500 p.
- ❖ *Problème de base de la philosophie du droit*, LGDJ, 1979, 519 p.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)

- ❖ *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8^e éd., t. I, 1993, 656 p.

BEALE (H.)

- ❖ *Chitty on Contracts*, Vol I, General Principles, Sweet & Maxwell, Londres, 34^e éd., 2021.

BECK (U.)

- ❖ *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, 2008, 528 p.

BENNET (J.) et PEACE (S.)

- ❖ *Partnering in the Construction Industry: Code of Practice for Strategic Collaborative Working*, Butterworth-Heinemann, 2006, 288 p.

BERGER (K.P.)

- ❖ *The creeping codification of the lex mercatoria*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2010, 422 p.

BERMANN (G.)

- ❖ *Contracts between States and Foreign Nationals: A Reassessment*, International Contracts, H. Smit (ed.) Matthew Bender, 1981.

BETTINGER (Ch.)

- ❖ *La gestion déléguée des services publics dans le monde - Concession ou BOT*, Berger-Levrault, coll. L'administration nouvelle, 1998, 297 p.

BLACKABY (N.) et PARTASIDES (C.), avec la participation de REDFERN (A.) et de HUNTER (M.)

- ❖ *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2018, 858 p.

BÖCKSTIEGEL (K-H.)

- ❖ *Der Staat als Vertragspartner Ausländischer Privatunternehmen*, Francfort Athenäum Verlag, 1971, 1432 p.

BONNELL (M.)

- ❖ *An International Restatement of Contract law*, Transnational Publishers, New-York, 2007, 691 p.

BOON (J-A.) et GOFFIN (R.)

- ❖ *Les contrats 'clé en main'*, Paris, Masson, 2^e éd., 1987, 160 p.

BRABANT (A.)

- ❖ *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981, 479 p.

BRIGGS (A.)

- ❖ *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008, 624 p.

BRISEUX (Ch.E.)

- ❖ *Architecture moderne ou l'art de bien bâtir pour toutes sortes de personnes*, Paris, Alaris et Jombert (2 volumes), 1728-1729.
- ❖ *L'Art de bâtir les maisons de campagne...*, Paris, Prault Père (2 volumes), 1743.

BRUNER (P.L.) et O'CONNOR (P.)

- ❖ *Brunner & O'Connor on construction law*, West Group, 2002.

BUCHER (A.) et BONOMI (A.)

- ❖ *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 3^e éd., 2013, 450 p.

BÜHLER (M.) et WEBSTER (Th.)

- ❖ *Handbook of ICC Arbitration : commentary, precedents, materials*, W. Green. Publ., Edinburgh, 4^e éd., 2018, 700 p.

BUNNI (N.), BUNNI (L.)

- ❖ *Risk and Insurance in Construction*, Routledge, 2021, 570 p.

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.)

- ❖ *Droit international privé*, PUF, 5^e éd., 2021, 828 p.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.) et RODA (J-Ch.)

- ❖ *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018.

CADIET (L.) et JEULAND (E.)

- ❖ *Droit judiciaire privé*, Litec, 11^e éd., 2020, 1086 p.

CALAMARI (J.) et PERILLO (J.)

- ❖ *The Law of Contracts*, St. Paul, West, 5^e éd., 2003, 1052 p.

CARRE DE MALBERG (R.)

- ❖ *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 2003, réimpression des éditions de 1920-1922, t. I, 638 p.

CASSELLA (S.), LASSERRE (V.) et LECOURT (B.) (dir.)

- ❖ *Le droit souple démasqué : articulation des normes privées, publiques et internationales*, Pedone, 2018, 194 p.

CHENUT (C-H.)

- ❖ *Guide juridique du consortium*, EFE, 2005, 304 p.

CHERN (C.)

- ❖ *Chern on Dispute Boards*, Routledge, 4^e éd., 2021, 832 p.

CHEVALLIER (J.)

- ❖ *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 5^e éd., 2017, 328 p.

CHOAY (F.)

- ❖ *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Paris, Seuil, 1980, 384p.

COLLINS (L.)

- ❖ *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 15^e éd., 2018.

COMBACAU (J.) et SUR (S.)

- ❖ *Droit international public*, LGDJ, 2019, 896 p.

CORNU (G.)

- ❖ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF Quadrige, 2020, 1092 p.

CRAIG (L.), PARK (W.), PAULSSON (J.), PETROCHILOS (G.) et SILVA (E.R.)

- ❖ *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oxford University Press, 2021, 950 p.

DE LA BRUYERE (J.)

- ❖ *Les caractères*, Flammarion, 1880, 444 p.

DELMON (J.), DELMON (V.R.) (eds.)

- ❖ *National Reports published in International Project Finance and PPP's. A Legal Guide to Key Growth Markets*, Kluwer Law International, 2012, 1279 p.

DE PAGE (H.)

- ❖ *Traité élémentaire de droit civile belge*, Bruxelles, Bruylant, 4^e éd., t. 2, 1997, 849 p.

DE SAINT-EXUPERY (A.)

- ❖ *Terre des hommes*, Le Livre de Poche, 1939, 224 p.

DESGODETS (M.)

- ❖ *Les lois des Bâtiments suivant la coutume de paris*, 1748, éd. L. Callot, Paris, 1777.

DEUMIER (P.)

- ❖ *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale*, Dalloz, 2008, 494 p.

DIEHL (A.)

- ❖ *The Core Standard of International Investment Protection. Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, 2012, 587 p.

DOUGLAS (M.)

- ❖ *Commercial issues in private international law: A common law perspective*, Hart Publishing, 2019, 408 p.

ELDERS (L.)

- ❖ *L'éthique de Saint-Thomas d'Aquin, Une lecture de la Secunda Pars de la Somme de théologie*, Paris, L'Harmattan, 2005, 371 p.

FLAMME (M-A.)

- ❖ *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. I : Théorie générale des contrats de l'administration, Bruxelles, Bruylant, 1969, 823 p.

FLORY (Th.)

- ❖ *L'Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 252 p.

FLOUR (J.), AUBERT (J-L.), SAVAUX (E.)

- ❖ *Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 2022, 540 p.

GARNER (B.) et BLACK (H.C.)

- ❖ *Black's Law Dictionary*, Saint-Paul, West, 9^e éd., 2009, 1920 p.

GAUDEMET-TALLON (H.) et ANCEL (M.E.)

- ❖ *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6^e éd., 2018, 978 p.

GAVALDA (Ch.) et PARLEANI (G.)

- ❖ *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 8^e éd., 2019, 656 p.

GROSSI (P.)

- ❖ *L'Europe du droit*, trad. de l'italien par Sylvie TAUSSIG, Seuil, coll. Faire l'Europe, 2011, 294p.

HOECKMAN (B.) et MAVROIDIS (P.)

- ❖ *Law and policy in Public Purchasing – The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, 343 p.

JACQUET (J-M.), DELEBECQUE (Ph.) et USUNIER (L.)

- ❖ *Droit du commerce international*, Dalloz, 4^e éd., 2021, 1166 p.

JAPIOT (R.)

- ❖ *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau et Cie, 3^e éd., 1935, 771p.

JENKINS (J.)

- ❖ *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2014, 414 p.

JENKINS (J.) et STEBBINGS (S.)

- ❖ *International Construction Law Arbitration (Arbitration in Context)*, Kluwer Law International, 2006, 464 p.

JESSUP (Ph.)

- ❖ *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

JOMBERT (Ch.A.)

- ❖ *Architecture moderne*, Paris, Jombert (version augmentée de Ch.E. BRISEUX, 1728), 1754.

KASSIS (A.)

- ❖ *Le nouveau droit des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, 600 p.

KESSEDJIAN (C.) et PIRONON (V.)

- ❖ *Droit du commerce international*, PUF, 2^e éd., 2020, 666 p.

LATHAM (M.)

- ❖ *Constructing the team : Joint Review of Procurement and Contractual arrangements in the United Kingdom Construction Industry : Final Report*, H.M Stationery Office, 1994, 130 p.

LEBRETON (J-P.)

- ❖ *Droit de l'urbanisme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1993, 480 p.

LE TOURNEAU (Ph.)

- ❖ *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielles*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2^e éd., 2016, 336 p.

LEVEAU (G.)

- ❖ *Pratique du Contract Management*, Gualino, coll. Guides pro, 3^e éd., 2019, 228 p.

MAYER (P.), HEUZE (V.) et REMY (B.)

- ❖ *Droit international privé*, LGDJ, Domat droit privé, 2019, 12^e éd., 800 p.

MONEGER (F.)

- ❖ *Droit international privé*, LexisNexis, coll. Objectif droit, 9^e éd., 2021, 297 p.

MOUSSERON (J.-M.), REYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J.-L.)

- ❖ *Droit du commerce international-droit international de l'entreprise*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, 528 p.

MOUSSERON (P.)

- ❖ *Les usages : l'autre droit de l'entreprise*, Lexis Nexis, coll. Droit & Professionnels, 2014, 204 p.

ORTSCHEIDT (J.) et SERAGLINI (Ch.)

- ❖ *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^e éd., 2019, 1056 p.

OWEN (G.) et TOTTERDILL (B.)

- ❖ *Dispute Boards: Procedures and Practice*, Thomas Telford Publishing, 2008, 360 p.

PEYRET (S.)

- ❖ *Sous-traitance industrielle – Guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitant: choix du partenariat, points-clés du contrat, contrôles, responsabilités*, Paris, Delmas, 2000, 362 p.

PLANT (D.)

- ❖ *We must talk because we can*, Kluwer Law International, 2009, 188 p.

PRUGNON (L-P-R.)

- ❖ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799)*, tome XVI-Du 31 mai au 8 juillet 1790, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1883. ‘

ROE (S.) et JENKINS (J.)

- ❖ *Partnering and Alliancing in Construction Projects*, Sweet & Maxwell, 2003, 234 p.

ROWLINSON (S.) et McDERMOTT (P.)

- ❖ *Strategic issues in construction procurement, in procurement systems – A guide to best practice in construction*, Londres, Steve Rowlinson & Peter McDermott, A&FN, 1999, 342 p.

SALAH (M.M.)

- ❖ *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, 2002, 256 p.

SAVATIER (R.)

- ❖ *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, La Séance, Panorama des mutations, Dalloz, 3^e éd., 1964, 454 p.

SCHNITZER (A.)

- ❖ *Handbuch des internationalen Handels, Wechsel – und Checkrechts*, Zürich/Leipzig, 1938, 480p.

- ❖ *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 2 volumes, Bâle, Verlag f. Recht- und Gesellschaft, 4^e éd., 1958, 494 et 578 p.

SCHREUER (Ch.)

- ❖ *The ICSD Convention: A commentary*, Cambridge University Press, 2^e éd., 2009, 1596 p.

STONE (P.)

- ❖ *EU Private international law harmonization of laws*, Elgar European Law series, 3^e éd., 2016, 592 p.

SWEET (J.)

- ❖ *Sweet on Construction Law*, Chicago, American Bar Association, 1997, 528 p.

THALLER (E.) et PERCEROU (J.)

- ❖ *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Paris, Arthur Rousseau, 8^e éd., 1931, 1386 p.

THIBIERGE (C.)

- ❖ *La densification normative – Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2014, 1204 p.

VAN LEYNSEELE (P.)

- ❖ *La med-arb et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, Larcier, 2013.

VILLEY (M.)

- ❖ *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013, 624 p.

VINTER (G.), PRICE (G.) et LEE (D.)

- ❖ *Project Finance*, Sweet & Maxwell, 4^e éd., 2013, 606 p.

VITRUVIUS POLLIO (M.)

- ❖ *The Ten Books on Architecture*, Morris Hickey Morgan traduction, Dover Publications Inc, 1998, 331 p.

VLACHOS (G.)

- ❖ *Droit public économique français et communautaire*, Dalloz, 2001, 415 p.

VON SAVIGNY (F.C.)

- ❖ *Traité de droit romain*, traduit par Charles Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1860, t. VIII.

WEIL (P.)

- ❖ *Ecrits de droit international. Théorie générale du droit international, Droit des espaces, Droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, 423 p.
- ❖ *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 572 p.

WOLFELSPERGER (A.)

- ❖ *Economie publique*, Paris, PUF, 1998, 488 p.

II/OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS

ABDALLAH-MARTIN (N.)

- ❖ « L'extension et la transmission de la clause compromissoire : vers une *lex mediterranea* ? », in OSMAN (F.) et CHEDLY (L.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage : Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, 558 p.

AGO (R.)

- ❖ « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 58, 1936.

ALMEIDA PRADO (M.)

- ❖ *Le Hardship dans le droit du commerce international*, thèse, Bruylant, 2003, 345 p.

ANCEL (B.) et MUIR-WATT (H.)

- ❖ « Du statut prohibitif (Droit savant et tendances régressives) », in *Etudes à la mémoire de Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, 740 p.

ANCEL (M-E.)

- ❖ *La prestation caractéristique du contrat*, thèse, Economica, 2002, 394 p.
- ❖ « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio fori* », in COURBE (P.) et DEMEESTER (M-L.), *Le Monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, 1075 p.

ANCEL (P.)

- ❖ « Impossibilité et force majeure : un éclairage du droit allemand sur le nouveau droit français des obligations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, 924 p.

ANTONMATTEI (P-E.)

- ❖ *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse, LGDJ, 1992, 315 p.

ANZILOTTI (D.)

- ❖ *Cours de droit international*, trad. Gilbert Gidel, Sirey, 1929, réed éd. Panthéon-Assas, 1999, 534p.

AUDIT (B.)

- ❖ « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, hors-série. Journée du Cinquantenaire, 1988, 142 p.
- ❖ « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, 932 p.

AUDIT (M.)

- ❖ *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, thèse, LGDJ, 2002, 428 p.

AZZI (T.)

- ❖ « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, 886 p.

BACACHE-GIBEILI (M.)

- ❖ *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse, LGDJ, 1996, 360 p.

BARCLAY (J.)

- ❖ *A Comparison between traditional and non-traditional forms of contracting for the procurement of building projects*, B.Sc.Thesis, School of construction Management, Queensland University of Technology, 1994.

BATIFFOL (H.)

- ❖ « Commentaires », *Travaux du Comité français de droit international privé*, Séance du 13 mars 1967, 1966-1971, 377 p.
- ❖ « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. 1, repr. In *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, 504 p.

BEGUIN (J.)

- ❖ « La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, 1023 p.

BERAUDO (J-P.)

- ❖ « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, 840 p.

BIGOT (J.)

- ❖ « Rapport général : L'assurance des risques de la construction », in *La responsabilité du constructeur, Journées Egyptiennes*, Travaux de l'association Capitant, t. 42, Litec, 1993, 528 p.

BISMUTH (J-L.)

- ❖ « La sous-traitance internationale », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1984-1985. 1986, 131 p.

BISMUTH (R.)

- ❖ « Une cartographie de la standardisation internationale privée : tentative d'identification de l'objet et de ses enjeux », in BISMUTH (R.), *La standardisation internationale privée : aspects juridiques*, Larcier, 2014, 248 p.

BLONDEL (J.F.)

- ❖ *Cours d'architecture ou traité de la décoration, de la distribution et de la construction des bâtiments contenant les leçons données en 1750 et les années suivantes par J.F. Blondel, architecte, dans son école des Arts*, Paris, Desaint (9 volumes), 1771.

BÖCKSTIEGEL (K-H.)

- ❖ « Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in international contracts », in HORN (R.), *Adaptation and Renegotiation of contracts in international trade and finance*, Kluwer Law International, 1985.

BONOMI (A.)

- ❖ « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, 288 p.
- ❖ « Le norme di applicazione necessaria nel regolamento « Roma I » », in BOSCHIERO (N.) (eds), *La nuova disciplina comunitaria della lege applicabile al contratti*, Turin, Giappichelli, 2009, 564 p.

BRAZ (A.)

- ❖ *Droit et éthique chez Kant : l'idée d'une destination communautaire de l'existence*, thèse, Publications de la Sorbonne, 2005, 355 p.

CARBONE (S.)

- ❖ « Article 4 », in *Le Commentaire à la loi n° 218 de 1995*, in *Le nuovo leggi civili commentate*, 1996.

CHAIX (F.)

- ❖ *Le contrat de sous-traitance en droit suisse. Limites du principe de la relativité des conventions*, thèse, Helbing & Lichtenhahn, 1995, 297 p.

CHANTELOUP-GUERIN (H.)

- ❖ *La loi applicable aux quasi-contrats*, thèse dactyl., Université Paris X, 1994, 437 p.

COHEN-JONATHAN (G.)

- ❖ *Les concessions en droit international public*, thèse dactyl., Université de Paris, 1966, 672 p.

CONNAN (Ch.)

- ❖ *La réception du droit privé par le droit administratif français*, thèse dactyl., Université de Poitiers 2000, 462 p.

COZIAN (M.)

- ❖ *L'action directe*, thèse, LGDJ, 1998, 360 p.

DE BERTI (G.)

- ❖ *Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator?*, Austrian Yearbook on International Arbitration, éd. Christian Klausegger, Peter Klein et al., Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2011, 414 p.

DELVOLVE (J-L.)

- ❖ « L'imprévision dans les contrats internationaux », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 9^e année, 1991, 195 p.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

- ❖ « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, 932 p.
- ❖ « L'ordre public », in AZZI (T.) BOSKOVIC (O.) (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Colloque du 14 mars 2014, Bruylant, 2015, 254 p.

DJOUDI (J.)

- ❖ *Le principe de l'effet relatif des contrats et la sous-traitance de marchés*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon Assas, 1993.

DUPUY (P-M.)

- ❖ « La coopération régionale transfrontalière et le droit international », *Annuaire français de droit international*, 1977, vol. 23, 1363 p.

ELBEHERRY (I.)

- ❖ *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, thèse dactyl., Université Nice Sophia Antipolis, 2004, 566 p.

EVRIGENIS (D.)

« Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 118, 1966.

FADLALLAH (I.)

- ❖ *La famille légitime en droit international privé*, thèse, Dalloz, 1977, 366 p.
- ❖ « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1984-1985.1986, 131 p.

FATOUROS (A.)

- ❖ « The administrative contract in transnational transactions : reflections on the uses of comparison », in *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, éd. Tubingen, 1969, 1132 p.

FEDOZZI (P.)

- ❖ « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 27, 1929.

FOUCHARD (Ph.)

- ❖ *L'arbitrage judiciaire*, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, 534 p.
- ❖ « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, 720 p.

FRANCQ (S.) et JAULT-SESEKE (F.)

- ❖ « Les lois de police, une approche de droit comparé », in CORNELOUP (S.) et JOUBERT (N.) (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, 488 p.

FREEMAN (M.)

- ❖ « Finding the applicable law of the contract in England », in *Liber Memorialis Petar Sarcevic*, Sellier, European Law Publishers, 2006, 663 p.

FULCHIRON (H.), NOURISSAT (C.), TREPPOZ (E.) et DEVERS (A.)

- ❖ *Travaux dirigés Droit international privé*, LexisNexis, coll. Objectif Droit TD, 2013, 292 p.

GLAVINIS (P.)

- ❖ *Le contrat international de construction*, thèse, Paris, Joly Éditions, 1998, 680 p.

GOLDMAN (B.)

- ❖ « Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1963, t. I, vol. 109.
- ❖ « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1964, t.IX.

GUEZ (Ph.)

- ❖ *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris X, 1992, 509 p.

GUILLEMIN (J-F.)

- ❖ « Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution », in GOLDSMITH (J-C.), POINTON (G.) et INGEN-HOUSZ (A.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Kluwer Law International, 2006, 303 p.

GULLIVER (P.H.)

- ❖ « On Mediator », in HAMNET (I.), *Social Anthropology and Law*, London Academic Press, 1977, 234 p.

HAFTEL (B.)

- ❖ *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Etude dans le domaine du conflit de lois*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon Assas, 2008, 1380 p.

HEBRAUD (P.)

- ❖ « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, t. XIX.

HEUZE (V.)

- ❖ « La notion de contrat en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1998, 344 p.

JACQUET (J-M.)

- ❖ « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Travaux du comité français de droit international privé*, 1993-1995, 12^e année, 237 p.

- ❖ « La loi de l'Etat contractant », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses Université Sciences sociales de Toulouse, 1996, 831 p.
- ❖ « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in « Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, 886 p.

JARROSSON (Ch.)

- ❖ *La notion d'arbitrage*, thèse, LGDJ, 1987, 407 p.

JAYME (E.)

- ❖ « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne (Cours général de droit international privé) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1995, vol. 251.

KAHN-FREUND (O.)

- ❖ « Common law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation », in M. CAPPELLETTI (dir), *New Perspectives for a Common law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

KARIM (V.)

- ❖ *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, thèse, Cowansville, Yvon Blais, coll. Minerve, 1987, 328 p.

KAUFMANN-KOHLER (G.)

- ❖ « Le contrat et son droit devant l'arbitre international », in BELLANGER (F.), CHAIX (F.) et CHAPPUIS (Ch.) *Le contrat dans tous ses Etats, publication de la Société genevoise de droit et*

de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Berne, Staempfli, 2004,
402 p.

KELSEN (H.)

- ❖ « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit et de sociologie*, Paris, Sirey, 1940.

KESSEDJIAN (C.)

- ❖ « Codification du droit commercial international et droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 300, 2002.

KLESTA (L.)

- ❖ *Le règlement des litiges entre Etats et personnes privées étrangères, Approche critique de la Convention de Washington*, thèse dactyl., Institut universitaire européen de Florence, 1991.

LABORDE (J-P.)

- ❖ « Droit international privé et Groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Les Activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN Joly, 1998, 437 p.

LAGARDE (P.)

- ❖ « La sous-traitance en droit international privé », in GAVALDA (C.), *La sous-traitance de marchés de travaux et de services*, Economica, 1978, 245 p.
- ❖ « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales : Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, 427 p.

- ❖ « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1986, vol. 196.

LAITHIER (Y-M.)

- ❖ *Etude Comparative Des Sanctions De L'inexécution Du Contrat*, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque De Droit Privé, 2004, 688 p.

LALIVE (P.)

- ❖ « Le droit public étranger et le DIP (Séance du 13 juin 1975) », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1973-1975, 257 p.

LALIVE (J-F.)

- ❖ « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1983, vol.181.

LAMBERT (E.)

- ❖ « Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Duchemin, t. III, 1934, 546 p.

LEBEN (Ch.)

- ❖ « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 2003, vol. 302.

LEBOULANGER (Ph.)

- ❖ *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, thèse, Paris, Economica, 1985, 372 p.

LEMAIRE (S.)

- ❖ *Les contrats internationaux de l'Administration*, LGDJ, 2005, 415 p.

LEQUETTE (Y.)

- ❖ « L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier (24-25 octobre 1985)*, Paris, PUF 1986, 358 p.

LEVEL (P.)

- ❖ « Le contrat dit sans loi (Séance du 27 mai 1966) », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 25-27^e année, 1964-1966-1967, 243 p.

LOQUIN (E.)

- ❖ *L'amicable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, thèse, Litec, 1980, 385 p.

LOUSSOUARN (Y.)

- ❖ « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé*, Journée commémorative du Cinquantenaire, Paris, 23 novembre 1985, 142 p.

MAYER (P.)

- ❖ « Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung) », *in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, 427 p.
- ❖ « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985.

- ❖ « La protection de la partie faible en droit international privée », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, LGDJ, coll. BDP, 1996, t. 261, 676 p.
- ❖ « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Cours général de droit international privé, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 327, 2007.

MEGERLIN (F.)

- ❖ « Médiation et arbitrage », in *La médiation en débat*, sous la direction de MONEGER (F.), Presses universitaires d'Orléans, 2002, 389 p.

MENJUCQ (M.)

- ❖ « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Aspects actuels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur d' Yves Guyon*, Dalloz, Paris, 2013, 1164 p.
- ❖ « La notion de siège social ; une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », in *Droit et actualités, études offertes à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, 806p.

MESTRE (J.) et RODA (J.Ch).

- ❖ « Clause de force majeure », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, p. 397.

MONDON (G.)

- ❖ *La nationalité des sociétés*, thèse dactyl., Université de Grenoble, 1937.

NAON (G.)

- ❖ « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 289, 2001.

NERET (J.)

- ❖ *Le sous-contrat*, thèse, LGDJ, 1979, 388 p.

NUYTS (A.)

- ❖ « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, 1076 p.

OPPETIT (B.)

- ❖ « Le développement des règles matérielles », *Travaux du comité français de droit international privé*, Journée du cinquantième, hors-série, 1988, 142 p.
- ❖ « Droit du commerce international et valeurs non-marchandes », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, 790 p.

PAMBOUKIS (Ch.)

- ❖ « La lex mercatoria reconsidérée », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde : le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, 888 p.

PATAUT (E.)

- ❖ *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, thèse, LGDJ, 1999, 517 p.
- ❖ « Remarques sur la compétence internationale », in BOLLEE (S.), CADIET (L.), JEULAND (E.) et PATAUT (E.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, 230 p.

PATRIKIOS (A.)

- ❖ *L'arbitrage en matière administrative*, thèse, LGDJ, 1998, 339 p.

PERROT (R.)

- ❖ « Du 'provisoire' au 'définitif' », in *Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2012, 710 p.

PILLET (A.)

Des personnes morales en droit international privé, thèse, Paris, Sirey, 1914, 434 p.

POCAR (F.)

- ❖ *Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance*, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, 790 p.

RANOUIL (V.)

- ❖ *Autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, mémoire d'études supérieures Droit, Paris II, PUF, 1980, 165 p.

RAVIX (J-T.)

- ❖ « Les relations inter-entreprises et frontières des industries », dans INSEE (2004), *De la sous-traitance au réseau : la variété des relations inter-entreprises*, Séminaire annuelle de la Direction des Statistiques d'Entreprises, Paris, INSEE méthodes, décembre 2004, 102 p.

REGLI (J-P.)

- ❖ *Contrats entre Etat et personnes privées étrangères*, thèse dactyl., Université de Lausanne, 1989.

REINISCH (A.) et MARBOE (I.)

- ❖ « Contracts between States and Foreign Private Law Persons », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum, Oxford University Press, 2012, 11724 p.

REMY-CORLAY (P.)

- ❖ *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Université de Poitiers, 1997.

RIGAUX (F.)

- ❖ « Cours général de droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 213, 1989.

SACHS (K.) et SCHMIDT-AHRENDTS (N.)

- ❖ « Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence », in VAN DEN BERG (A.J), *Arbitration Advocacy in Changing Times (ICCA Congress Series n° 15)*, Kluwer Law International, coll. International Council for Commercial Arbitration, 2011, 472 p.

SCHNITZER (A.)

- ❖ « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1968, t. 123.

SEPPÄLÄ (Ch.)

- ❖ « The development of a case law in construction disputes relating to FIDIC contract », in GAILLARD (E.) et BANIFATEMI (Y.), *Precedent in International Arbitration*, Jurisnet LCC, 2008, 542 p.

SERAGLINI (Ch.)

- ❖ *Lois de police et justice arbitrale internationale*, thèse, Dalloz, 2001, 571 p.

SPERDUTI (G.)

- ❖ « Théorie du droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 122, 1967-III.

SYMEONIDES (S.)

- ❖ « General Report », *Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress? : XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague; Boston : Kluwer Law International, 2000, p. 38-40.

TAHER (F.)

- ❖ *La sous-traitance des contrats internationaux*, thèse dactyl., Université de Rennes, 1992, 371 p.

THIBIERGE (C.)

- ❖ « La force de la nomenclature », in NEYRET (L.) et MARTIN (G.J.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, 456 p.

TRIGEAUD (J-M.)

- ❖ « Justice et fidélité dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, vol. 28, 1983.

USUNIER (L.)

- ❖ *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, thèse, Economica, 2008, 567 p.

VAN HOUTTE (V.), VERMEERSCH (R.) et WAUTELET (P.)

- ❖ « La sous-traitance internationale », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Commission Droit-vie-affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003.

VERDROSS (A.)

- ❖ « Protection of private property under “Quasi-International Agreements », *in Liber Amicorum Jean Pierre Adrien François*, Leiden, 1959, 427 p.
- ❖ « The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses », *in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*, Albany : M. Bender, 1964, 1063 p.

VISHER (F.)

- ❖ « The antagonism between legal security and search of justice in the field of contracts », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, t. 149, 1974-II.

WALSCHOT (F.)

- ❖ « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », *in La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Commission Droit-vie-affaires, Bruxelles, Bruylant, 2003.

WEIL (P.)

- ❖ « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1969-IV, t. 128.
- ❖ « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, 346 p.
- ❖ « Droit international et contrats d'Etats », *in Le droit international : unité et diversité, Mélanges Paul Reuter*, Pedone, 1981, 582 p.

WEILL (A.)

- ❖ *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse, Dalloz, 1938, 1062 p.

WEINTRAUB (R.)

- ❖ « Functional Developments in Choice of Law for Contracts », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1984, t. 187.

III/ ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES

AAEN (B.)

- ❖ « The total cost method of calculating damages in Construction Cases », 22 *PAC L.J* 1991, vol. 22, p. 1185.

ABBATUCCI (S.), SABLIER (B.) et SABLIER (V.)

- ❖ « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *AJDA* 2004.2192.

ABRAHAMSON (M.)

- ❖ « Contractual risks in tunneling – how they should be shared », *Journal of the BTS*, novembre 1973 et mars 1974, vols. 5 et 6.

ABRAMSON (H.)

- ❖ « Protocols for international arbitrators who dare to settle cases », *ARIA* 1999.4.

ALEXANDER (F.)

- ❖ « Comment on articles on stabilization by Piero Bernardini, Lorenzo Cotula and AFM Maniruzzaman », *JWELB*, novembre 2009, vol. 2, Issue 3, p. 175–177.

AL-RESHAID (K.) et KARTAM (N.)

- ❖ « Design-Build pre-qualification and tendering approach for public projects », *IJPM* 2005, vol. 4, n° 23, p. 309-320.

ANCEL (P.) et WINTGEN (R.)

- ❖ « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 1^{er} juillet 2006, n° 3, p. 897.

ARENTZ-HANSEN (L.)

- ❖ « Penalty Clause: Norway », *DPCI* 1982.497.

AUBERT (F.)

- ❖ « La conception-réalisation : une mutation profonde du secteur de la construction ? Etude des cas britanniques et français ? », *Annales des mines-Gérer et comprendre*, septembre 2017, vol. 3, n° 129, p. 3-12.

AUBY (J-B.)

- ❖ « Arbitrage et contrats de partenariat », *Droit administratif*, décembre 2004, p. 3.
- ❖ « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 2004.541 et s.

AUDIT (M.)

- ❖ « L'arbitrage et les contrats de partenariat », *Contrats publics*, mars 2007, n° 64, p.38.

BARNES (M.)

- ❖ « Proposals for a New Style Contract for Engineering Projects », *International Conference on Learning Representations*, 1987.295.

BARNETT (M.)

- ❖ « Role of the merchant banker in projects », *IJPM* 1987, vol. 5(4), p. 1, 97-203.

BATIFFOL (H.)

- ❖ « L'avenir du droit international privé », *Annuaire IDI* 1973.168 et s.
- ❖ « Contrats et Conventions », *Rép. intern.* V^o, n^o 9.

BAUDRY (B.)

- ❖ « Quasi-intégration et relation de sous-traitance industrielle : une évaluation des travaux de Jacques Houssiaux », *Revue d'économie industrielle* 2013.142.

BEAUMONT (B.)

- ❖ « Dispute boards in construction projects », *NBS*, octobre 2013.

BENABENT (A.)

- ❖ « Sous-traitance », *J. Cl. Construction- Distribution*, fasc. 1450, n^o 5 et s.

BEN HAMIDA (W.)

- ❖ « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage, Paris Journal International Arbitration* 2009, vol. 4, p. 40.

BENNANI (A.)

- ❖ « Les contrats FIDIC, fondement d'une lex constructionis en devenir », *Cahiers de l'arbitrage* 1^{er} juillet 2018, n° 1, p. 41.

BERAUDO (J-P.)

- ❖ « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995.192.

BERLIN (D.)

- ❖ « Les contrats d'Etat ('State Contracts') et la protection des investissements internationaux », *DPCI* 1987.197.

BERTRAND (E.)

- ❖ « Arbitrage et médiation : l'impossible conciliation ? », *RDAI* 2001.133 et s., spéc. p. 141.

BETTO (J-G.)

- ❖ « Pour la consécration de la notion de sentence provisoire en droit français de l'arbitrage international », *Gaz. Pal.* 14 décembre 2006, p. 8.

BLANKLEY (K.)

- ❖ « Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case », *BLR* 2011.323.

BONELL (M.)

- ❖ « The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law », *Euro. Rev. Priv. L.* 1997, vol. 5, p. 505-506.
- ❖ « Do we need a global Commercial Code ? », *RDU* 2000.469 et s.
- ❖ « The UNIDROIT Principles and Transnational Law », *RDU*, 1^{er} avril 2000, vol. 5, Issue 2, p. 181.

BORYSEWICZ (E.)

- ❖ « Sous-traitance internationale et loi du 31 décembre 1975 : un mariage délicat », *D.* 2007.2008.

BOUBLI (B.)

- ❖ « Contrat d'entreprise », *Rép. civ.* 2016, V^o, n^o 288.

BRACONNIER (S.)

- ❖ « Arbitrage et contrats publics d'affaires : vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », *Dr. et Patr.* octobre 2005, n^o 141, p. 59-69.

BRACONNIER (S.), MOREL (J-B.) et RUBIO (A-E.)

- ❖ « Partenariats publics-privés internationaux », *J. Cl. Contrats-Marchés publics* 2010, mise à jour du 1^{er} mai 2016, fasc. 647, n^o 53 et n^o 54.

BREWER (Th.) et MILLS (L.)

- ❖ « Med-Arb: Combining Mediation and Arbitration », *DRJ* 1999, vol. 54, p. 32, 34.

BROOKE (K.) et LITWIN (G.)

- ❖ « Mobilizing the Partnering Process », *JME* 1997, vol. 13, n^o 4, p. 42.

BROUSSEAU (E.)

- ❖ « Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation », *Petites affiches* 1998, p. 22.

BROUSSEAU (E.) et RALLET (A.)

- ❖ « Efficacité et inefficacité de l'organisation du Bâtiment », *Revue d'économie industrielle* 1995, vol 4, n° 74, p. 9-30.

BROWN-BERSET (D.)

- ❖ « La médiation commerciale : le Géant s'éveille », *RDS, NF* 2002, vol. 121, p. 242 et s., spéc. p. 343.

BRUNER (Ph.)

- ❖ « Allocation of Risks in International Construction: Revisiting Murphy's Law, The FIDIC Conditions and the Doctrine of Force Majeure », *ICLR* 1986.259.

BUFFELAN-LANOIRE (J(P.))

- ❖ « L'entreprise publique perdue et retrouvée », *Petites affiches* 11 août 1995, n° 96, p. 4.

BUREAU (D.) et MUIR-WATT (H.)

- ❖ « L'impérativité désactivée ? », *Rev. crit. DIP* 2009.1.

CABAY (J.)

- ❖ « L'action directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant : action directe et groupe de contrats à l'appui d'une solution », *J.T.* 2009.770.

CAO (L.)

- ❖ « Corporate and Product Identity in the Post-National Economy: Rethinking U.S. Trade Laws », *Calif. L. Rev.*, 2002, vol. 90, p. 402.

CAPASSO (V.)

- ❖ « Dispute board : What if they were multi-tiered arbitration ? », *RDIPP, Walters Kluwer*, 2018, vol. 54 (3), p. 712-733.

CEENAEME (B.)

- ❖ « ICSID Arbitration as an option for international construction disputes », *ICLR* 2011.220 et s.

CHAMPAUD (C.)

- ❖ « Droit administratif et droit des affaires », *AJDA* 1995.82 et s.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.)

- ❖ « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP*, 1^{er} septembre 2014, n° 5, p. 1283.

CHEVALLIER (F.)

- ❖ « Les entreprises publiques en France », *La Documentation française*, 9 mars 1979.

COHEN (D.)

- ❖ « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997.471 et spéc. 474.

CORBIN (A.)

- ❖ « Third Parties as Beneficiaries of Contractors' Surety Bonds », *Yale L.J* 1928, vol. 38, § 779c, p. 40.

- ❖ « Contracts for the Benefit of Third Parties in the Construction Industry », *Fordham L. Rev.* 1971, vol. 40, p. 315.

CORNU (G.)

- ❖ « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980.378.

CREMADES (B.)

- ❖ « La clause pénale en Espagne et en Amérique Latine », *DPCI* 1982.464.

D'AVOUT (L.)

- ❖ « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165.

DE BOISSESON (M.)

- ❖ « Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'art. 9 de la loi du 19 août 1986 », *Rev. arb.* 1987.3.

DEDEZADE (T.)

- ❖ « Are 'Binding' DAB Decisions Enforceable? », *Constr. law int.* octobre 2011, vol. 6, n° 3, p. 13.

DE JESUS O. (A.)

- ❖ « The prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society », *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, 2012, n° 1, p. 1.

DELVOLVE (J-L.)

- ❖ « L'arbitrage et les tiers : le droit de l'arbitrage », *Kluwer arbitration, Rev. arb.* Comité français de l'arbitrage, 1988, p. 501.

DERING (Ch.)

- ❖ « Dispute boards : it's time to move on », *ICLR* 2004, vol. 21(4), p. 440.

DEUMIER (P.)

- ❖ « Regards comparatistes sur le phénomène contractuel », *JDI* juillet 2010, n° 3, p. 14.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

- ❖ « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011.207.
- ❖ « Autonomie et ordre public dans les principes de La Haye », *JDI* 2016.24.

DEWATRIPONT (M.)

- ❖ « Renegotiation and Information Revelation over Time in Optimal Labor Contracts », *Q.J.E.* 1986, volume 104, p. 589-620.

DRAETTA (U.)

- ❖ « Arbitration in international construction contracts: selected practical problems », *Gaz. Pal.* 16 décembre 2008, n° 351, p. 13.

DUBUISSON (B.)

- ❖ « Les problèmes du long terme », *DPCI* 1973.148.

DUGUIT (L.)

- ❖ « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906.446.

ELHOUEISS (J-L.)

- ❖ « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *JDI* 1^{er} janvier 2003, n° 1.

ENGEL (E.), FISHER (R.) et GALETOVIC (A.)

- ❖ « Highway Franchising : a new method to Auction Highway Franchises », *Documentos de Trabajo CEA* n° 13, Department of Industrial Engineering, University of Chile, 1996.
- ❖ « Auctioning a Road by Income » ; *Documentos de Trabajo CEA* n° 21, Department of Industrial Engineering, University of Chile, 1997.
- ❖ « Soft Budgets and Highway Franchising », in «Infrastructure Concessions : Fixing What Went Wrong » in « Public-Private Partnerships : Theoretical Issues & Empirical Evidences », *Conférence internationale co-organisée par ADIS et l'Université de Paris XI Sceaux, Paris, Conseil d'Etat*, 23 octobre 2004.

ERNZEN (J.) et SCHEXNAYDER (C.)

- ❖ « One company's experience with design/build : labor cost and profit potential », *JCEM* 2000, vol. 126, n° 1, p. 180-185.

ESTOUP (P.)

- ❖ « L'amiable composition », *D.* 1996.222.

FETZE KAMDEM (I.)

- ❖ « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de droit*, 1999, vol. 40, n° 3, p. 645-663.
- ❖ « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. dr. unif.* 2008, p. 609-647 et spéc. pp. 629-633.

FLETCHER (J.)

- ❖ « What is Dispute Avoidance », *LexisNexis, The MENA Business Law Review*, 2016, Fourth Quarter.

FOUCHARD (Ph.)

- ❖ « La spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981.449 et s., 463 et s.

FRANCESCAKIS (Ph.)

- ❖ « Qualification », *ancien Répertoire droit international privé, Dalloz*, V°, n° 46.

FRILET (M.)

- ❖ DRBF Regional Conference Paris 2018 : Using Dispute Boards to keep the work moving forward », *Session 6 New Opportunities for Dispute Boards, The French scene and Grand Paris Project*.

GAEDE JR. (A.)

- ❖ « The Silver Book: an unfortunate shift from FIDIC's tradition of being even-handed and of focusing on the best interests of the project », *ICLR* 2000.502.

GAILLARD (E.)

- ❖ « Arbitrage commercial international : droit applicable au fond du litige », *J. Cl. Droit international* 1996, fasc. 886-9-1, n° 19, p. 6.

GALLAGE-ALWIS (S.) et TILLIARD (C.)

- ❖ « La force majeure, roue de secours des entreprises sous conditions », *JCP E* 2011.1606.

GALLIGAN Jr. (Th.)

- ❖ « Extra Work in Construction Cases: Restitution, Relationship, and Revision », *TLR*. 1989, vol. 63, p. 799, 800-801.

GANNAGE (L.)

- ❖ « Le contrat sans loi en Droit international privé », *EJCL, NVVR*, Session IIBI, National Reports.

GAUDEMET-TALLON (H.)

- ❖ « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J. Cl. Europe* 1996, fasc. 3200, n° 11.

GELINAS (P.)

- ❖ « L'action des Dispute Boards secondée par l'arbitre », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} janvier 2010, n° 1, p. 71.

GENTON (P.)

- ❖ « Le DRB/DAB, un véritable complément à l'arbitrage », *Bull. ASA* 2000, n° 1, p. 71 et s.
- ❖ « Le nouveau règlement CCI sur les 'Dispute Boards' », *Gaz. Pal.* 4 décembre 2004, n° 339, p. 36.

GERBER (P.) et ONG (B.)

- ❖ « DAPS : When will Australia jump on board ? », *BCL* 2011, vol. 27, p. 29.

GERGEN (M.)

- ❖ « Restitution as a Bridge Over Troubled Contractual Waters », *Fordham L. Rev.* 2002, vol. 71, p. 709-715.

GLENN (P.)

- ❖ « La guerre de l'amiante », *Rev. crit. DIP* 1991.41 et s.

GOLDSCHMIDT (W.)

- ❖ « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1955.639 et s. et *Rev. crit. DIP* 1956.21 et s.

GOLDSTEIN (G.)

- ❖ « L'exception de prévisibilité Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ? », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 3-29.

GOLHEN (C.)

- ❖ « Modalités de la transmission d'une clause compromissoire dans une chaîne de contrats », *JCP G* 27 juin 2007, n° 26, II. 10118.
- ❖ « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction (1re partie) » *Procédures* mai 2008, n° 5, étude 5 (2ième Partie), *Procédures* juin 2008, n° 6, étude 6.

GOULD (N.)

- ❖ « Enforcing a dispute board's decision: issues and considerations », *ICLR* 2012, vol. 29(4), p. 442-474.

GRANDJEAN (A.)

- ❖ « Personnalité morale et rationalité selon Kant », *Archives de Philosophie* 2016/2, Tome 79, p. 387-399.

GRIGERA NAON (H.)

- ❖ « La clause pénale en droit argentin », *DPCI* 1982.443.

HAFSI (T.) et KOEING (Ch.)

- ❖ « The State-SOE relationships : Some patterns », *JMS* mai 1988.

HAFSI (T.)

- ❖ « Partenariats public-privé et management de la complexité : Les nouveaux défis de l'Etat », *RFAP* 2009/2, n° 130, p. 337 à 348 et spéc. p. 338.

HANCOCK (M.)

- ❖ « Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws : The Disadvantages of Disingenuousness », *Stanford L. Rev* 1967.1-40.

HANOTIAU (B.)

- ❖ « Arbitrage, médiation, conciliation : approches d'Europe continentale et de Common Law », *RDAI* 1996.203, n° 21 et s.
- ❖ « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Gaz. Pal.* 19 décembre 2002, n° 353, p. 6.

HARBST (R.) et MAHNKEN (V.)

- ❖ « ICC Dispute Board Rules: The Civil Law Perspective », *Arbitration* 2006, vol. 72(4), p. 310-313.

HARMON (K.)

- ❖ « Effectiveness of Dispute Review Boards », *JCEM* novembre et décembre 2003.647-679.

HART (O.) et MOORE (J.)

- ❖ « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica* 1988, vol. 56, p. 509-540.

HARTY (Ch.), GOODIER (C.I), SOETANTO (R.), AUSTIN (S.), DAINTY (A.) et PRICE (A.)

- ❖ « The futures of construction : a critical review of construction future studies », *CME* 2007, vol. 25, n° 5, p. 477-493.

HENRY (K.)

- ❖ « Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes », *OSJDR* 1998, vol. 3, p. 385, 390.

HEUZE (V.)

- ❖ « La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats : l'exemple de la sous-traitance internationale », *Rev. crit. DIP* 1996.16 et s.
- ❖ « Sous-traitance », *Rep. International Dalloz* 1998, n° 24, 35 et 36.

HOBECK (P.), MAHNKEN (V.) et KOEBKE (M.)

- ❖ « Time for Woolf Reforms in international construction arbitration », *Int'l Arb. L. Rev.* 2008.89 et s.

HÖK (G.)

- ❖ « Significant Case Law on the FIDIC Forms of Contract – Development of a FIDIC Case Law », en ligne, <http://www.dr-hock.de/FR/beitrag.asp?t=FIDIC-Significant-Cases>.
- ❖ « Les conditions de contrat FIDIC 'Design, Build & Operate Form' du Livre Or », *ZfBR* 2009.213 et s.

HUET (M.)

- ❖ « Les professionnels de la construction », *RDI* 1992.437.

HUMMELS (D.), ISHII (J.) et YI (K-M.)

- ❖ « The Nature and Growth of Vertical Specialization in World Trade », *JIE* 2001.

JANSEN (Ch.)

- ❖ « The Case for the European Lex Constructionis », *ICLR* 2000.593.

JARROSSON (Ch.)

- ❖ « Chronique de modes alternatifs de règlement des conflits », *RGDP* 1998.166.

JAYME (E.)

- ❖ « Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht », *IPRax*, 1987.63 et s.

JAYNES (G.)

- ❖ « FIDIC's 1999 Editions of Conditions of Contract for 'Plant and Design-build' and 'EPC Turnkey Contract': Is the 'DAB' still a star? », *ICLR* 2000.42 et s.

JEDLICKI (Cl.) et LANZAROTTI (M.)

- ❖ « Sous-traitance internationale : Quelle industrialisation ? », *Revue Tiers Monde*, issu du numéro thématique « L'économie mondiale en 1980 : Vers l'éclatement du système centre-périphérie » (janvier-mars 1980), vol. 21, n° 81, p. 159-167.

JEZE (G.)

- ❖ « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP* 1909.667.

JONES (D.)

- ❖ « Dispute Boards : Preventing and Resolving Disputes » , *DRBF Singapore Conference – The Growth of Dispute Boards Around the World* 2014. 5.

JUENGER (F.)

- ❖ « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: some Highlights and Comparisons », *AJCL* 1994, vol.42, p. 381, 392.
- ❖ « What's wrong with forum shopping ? », *S.L.R* 1994, p. 5 et s.

JUILLARD (P.)

- ❖ « Remarques à propos de l'affaire Klöckner », *Chronique de droit international*, *AFDI* 1984.781.

KAHN (Ph.)

- ❖ « Force majeure et contrats de longue durée », *JDI* 1975.476.
- ❖ « Droits des Etats et nationalisation », *JDI* 1982.849.
- ❖ « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989.305.
- ❖ « Contrats d'Etat et nationalisation », *JDI* 1985.849 et s.

KARILA (J-P)

- ❖ « Sous-traitance », *J.Cl. Construction-Urbanisme* 2017, fasc. 206, n° 5.

KENNEDY (F.)

- ❖ « Commentary on the EIC Guide by the Chairman of the EIC Conditions of Contract Working Group: EIC Contractor's Guide to the FIDIC .Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects (The Silver Book) », *ICLR* 2000, Part 4, p. 505.

KHOUZAMI (C.)

- ❖ « The Decision of the State Council Avoided the Worst », *TDM* 2005, vol. 2, p. 1.

KOCH (Ch.)

- ❖ « The New Dispute Board Rules of the ICC », *ASA Bull* 2005.54.

KOVACIC (C.)

- ❖ « A Proposal to Simplify Quantum Meruit », *Litigation, AmULRev*, 1986, vol. 35, p. 547 et p. 582.

KRYSTUFEK (Z.)

- ❖ « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique moderne », *Rev. hist. dr. Fr & étran* 1966, p. 45-59 et spéc. p. 59.

KUYVEN (L.F.)

- ❖ « La détresse de la clause d'exception en matière contractuelle », *Petites affiches* 25 juillet 2007, n° 148, p. 3.

LAGARDE (X.)

- ❖ « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000.377.

LAGARDE (P.) et TENENBAUM (A.)

- ❖ « De la Convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP* 2008. 727 et s. et spéc. n° 47 et s.

LAKE (S.)

- ❖ « An Empirical Study of the UNIDROIT Principles – International and British Responses », *RDU* 2011.

LANDO (O.)

- ❖ « The European Principles in an integrated world », *ERCL* 2005.1-18.

LANDSBERRY (S.)

- ❖ « FIDIC Design Build Operation DBO – Glitter or Gold? », *ICLR* 2008.156.

LEAUTE (J.)

- ❖ « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953.430.

LEFEBVRE (G.) et D'HOLLANDER (J.)

- ❖ « La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie », *RJTUM* 1997, vol. 31, p. 223.

LE GALLOU (C.)

- ❖ « Clause pénale en droit anglais : des réajustements d'ampleur », *D.* 2016.322 et s.

LEMAIRE (S.)

- ❖ « Règlement Rome I et contrats administratifs internationaux », *AJDA* 2008.2042.

LONCLE (J-M.) et MOREL (J-B.)

- ❖ « Emanation of States and ICSID Arbitration », *RDAI* 2008, I, 29-51 et spéc. 34.

LOQUIN (E.)

- ❖ « La compétence arbitrale », *J. Cl. Procédure civile* 1986, fasc. 1032, n° 20.
- ❖ « L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au second degré, Réflexion sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *Rev. arb.* 1990.427.
- ❖ « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, n° 157, p.7.
- ❖ « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE* 2010/1, t. XXIV, *De Boeck Supérieur*.

LOWENFELD (A.)

- ❖ « Lex Mercatoria: An Arbitrator's View », *Arb.Int'l* 1990, § 146.

LUCAS-PUGET (A-S.)

- ❖ « La clause de force majeure », *CCC* 2015, Formules 2.

MALINVAUD (Ph.)

- ❖ « Réflexions sur le ‘Dispute Adjudication Board’ », *RDI* 2001.215.
- ❖ « Sous-traitance et principe de réalité », *RDI* 2011.255 et s.

MANN (F-A.)

- ❖ « The Consequences of an International Wrong in International and Municipal Law », *BYIL* 1979.49.

MARKESINIS (B.S.)

- ❖ « Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of European Legal Unity », *Euro. Rev. Priv. L.* 1997, vol. 5, p. 519-524.

MARRELLA (F.)

- ❖ « Choice of law in Third-Millennium arbitrations : The relevance of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts », *VJTL* 2003, vol. 36, p. 1158.

MARTENS (P.)

- ❖ « La sous-traitance : freins et stimulants juridiques », *DPCI* juin 1979.

MATTERA (A.)

- ❖ « Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des Etats », *RMUE* 1993.9.

MAYER (P.)

- ❖ « La neutralisation du pouvoir normatif de l’Etat en matière du Contrat d’Etat », *JDI* 1986.5.
- ❖ « Le rôle du droit public en DIP », *RIDC* 1986.46.

- ❖ « Lois de police », *Rép. intern.* 1998, V°.

MAZEAUD (L.)

- ❖ « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928.30.

MCLEAN (D.) et WILSON (S-P.)

- ❖ « Compelling Mediation in the Context of Med-Arb Agreements », *DRJ* 2008, vol. 6328, p. 28-30.

MCLLWRATH (M.) et MOOLLAN (S.)

- ❖ « Joinder – Current Practice in International Arbitration », *TDM* 2005, vol. 2, p. 3.

MELLERAY (F.)

- ❖ « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFDA* 2008.1123.

MERNA (A.) et SMITH (N.)

- ❖ « Concession contracts for power generation », *ECAM* 1994, vol. 1, p. 1 7-27.

MEWETT (A.)

- ❖ « The Theory of Government Contracts », *McGill J. Law* 1959, vol. 5, p. 222, 226.

MOLENAAR (K.), SONGER (A.), BARASH (M.)

- ❖ « Public-Sector Design/Build Evolution and Performance », *JME* 1999, vol 15, n° 2, p. 54-62.

MOLINEAUX (Ch.)

- ❖ « Moving Toward a Construction Lex Mercatoria – A Lex Constructionis », *J. Int. Arbitr.* 1997, n° 14, p. 55.

MOSEY (D.)

- ❖ « What can construction contracting learn from Covid-19 ? », *Constr.law. intern.* 2020, n° 3, p. 15.

MOTULSKY (H.)

- ❖ « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972.93.

MOURRE (A.)

- ❖ « Canada Dry Arbitrations? », *ICLR* 2006.422-432.

MUIR WATT (H.)

- ❖ « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit* 1997, n° 41 p. 208.
- ❖ « La protection préventive du droit de créance dans les droits de Common Law », *Petites affiches*, 4 avril 2007, n° 68, p. 3.
- ❖ « La fonction économique du droit international privé », *RIDE* 2010§ 1 (t. XXIV, 1), p. 103-121.

MURRAY (A.)

- ❖ « The Sun in a Box: The ITER Dispute Board », *Constr. law. int* 2020, vol. 13, n° 1, p. 47, 49-50.

NIBOYET (J-P.)

- ❖ « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927.402.

NICOLAS (E.)

- ❖ « Le modèle-type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *Petites affiches* 23 octobre 2012, n° 212, p. 3.

NORA (S.) et Groupe de travail du Comité interministériel des entreprises publiques

- ❖ « Rapport sur les entreprises publiques », *La Documentation française* 1967.

NORMAND (N.)

- ❖ « Application du Code des marchés publics à un contrat conclu à l'étranger », *AJDA* 2016.863.

OPPETIT (B.)

- ❖ « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *JDI* 1974.794.

PANSIER (F.-J.)

- ❖ « Délai » *Rép. civ.* 2010, p. 1, n° 5.

PAZARCI (H.)

- ❖ « La responsabilité internationale des Etats à raison des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères », *RGDIP* 1975.354.

PETER (N.) et REECE (R.)

- ❖ « Enforcing Adjudication Decisions », *RDAl* 2013.403 et s.

PEYREFITTE (L.)

- ❖ « Le problème du contrat dit sans loi », *D.* 1965.113.

PIRONON (V.)

- ❖ « Brèves remarques sur la protection du sous-traitant étranger », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution* 2015.459.

PULKOWSKI (F.)

- ❖ « The Subcontractor's Direct Claim in International Business Law », *ICLR* 2004.31 et s.

RACINE (J-B.)

- ❖ « Arbitrabilité et lois de police », *Revue brésilienne de l'arbitrage* 2009, n° 1, p. 23.
- ❖ « Droit économique et lois de police », *RIDE* 2010.1.
- ❖ « Lois de police et sous-traitance : le retour de la “mal-aimée” loi du 31/12/1975 », *RDC* 2011.1294.

RADICATI DI BROZOLO (L.)

- ❖ « Mondialisation, juridiction et arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP* 2003.25.

REMY-CORLAY (P.)

- ❖ « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003.37.

RIGAUX (F.)

- ❖ « Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale », *Rev. crit. DIP* 1978.435.

ROSHER (P.)

- ❖ « Delay analysis in international construction projects: a comparative study in English and French law », *RDAI* 2014.427-443 et spéc 428.

ROTH (B.)

- ❖ « Med-arb, arb-med, binding mediation, mediator's proposal and other hybrid process », *AAA Advanced Mediator Training* 2009.5.

ROTH (Ch.) et BRÜNING (A.)

- ❖ « La sous-traitance à l'épreuve du droit international ou les limites de la loi du 31 décembre 1975 », *Les Annonces de la Seine*, 23 juillet 2007, n° 51, p. 54.

SABOURIN (F.)

- ❖ « Le contrat sans loi en droit international privé », *RQDI* 2006.35-63.

SALER (A.)

- ❖ « Binding mediation is no mediation at all », *Journal of Consumer Attorneys for Southern California*, janvier 2007.

SAMSON (C.) et ALBERT (F.)

- ❖ « L'arbitrage dans le domaine de la construction – Une solution attractive malgré la spécificité des litiges », *Construction-Urbanisme*, octobre 2003, n° 10, chron.9.

SCHILLER (C.)

- ❖ « Dispute board is arbitration: an alternative view on the nature and enforceability of a dispute board's determination », *Constr. Law. J.* 2015, vol. 31(7), p. 386.

SCHNITZER (A.)

- ❖ « La loi applicable au contrat », *Rev. crit. DIP* 1955.459.

SENECHAL (J.)

- ❖ « La fragilité de l'obligation d'assurance de responsabilité décennale s'imposant au constructeur étranger édifiant sur le sol français », *RDI* 2005.75.

SEPPÄLÄ (Ch.)

- ❖ « The Principal Changes in the Procedure for the Settlement of Disputes (Clause 67) », *ICLR* 1989.177, 183-184.
- ❖ « Les Nouvelles dispositions FIDIC pour un comité de règlement des différends », *RDAI* 1997, n° 8, p. 967.
- ❖ « FIDIC's Four Standard Forms of Contracts, Claim, Resolution of disputes and the DAB », *IBC UK Conferences Limited* 2005.1 et s.
- ❖ « Engineer's Non-Final Decision Enforced by Unanimous ICC Arbitral Award », *Constr. law. int.*, septembre 2009, vol. 4, n° 3, p. 26.
- ❖ « An Engineer's/ Dispute Adjudication Board's Decision is enforceable by an Arbitral Award », *TDM* 2010.
- ❖ « Sub-Clause 20.7 of the FIDIC Red Book Does Not Justify Denying Enforcement of a 'Binding' DAB Decision », *Constr. law. int.* octobre 2011, vol. 17, n° 3.

SIMARD (A.)

- ❖ « Med-Arb, Why Not ? », *JAMS Global Construction Solutions*, 2012.16.

SLATTERY (E.)

- ❖ « Deleting DAB Clauses », *Constr. law int.* septembre 2009, vol. 4, n° 3, p. 32.

SLIM (H.)

- ❖ « Les contrats d'Etat et les spécificités des systèmes juridiques dualistes », *Rev. arb.* 2003.691 et s.

SLOBODANSKY (C.)

- ❖ « Tout savoir sur la pratique du Contract Management », *Petites affiches*, 11 avril 2014, n° 73, p.4.

SMITH (R.)

- ❖ « Risk Identification and Allocation: Saving Money by Improving Contracts and Contracting Practices », *ICLR* 1995.40.

STRAUCH (M.) et NEUMANN (C.)

- ❖ « La clause pénale en droit allemand », *DPCI* 1982.501 et s.

SUSSMAN (E.)

- ❖ « Developing an effective Med-Arb/Arb-Med Process », *NYSBA* 2009, vol.2, n° 1, p. 73.

TEKOU TENE (J.)

- ❖ « L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux », *Rev. des Juristes de Sciences Po* 2013, n° 8, p. 52-53.

THEROUX (M.) et GROSSE (A.)

- ❖ « Force Majeure in Canadian Law », *ALR* 2011.49(2), p. 397.

VAN HOUTTE (V.)

- ❖ « International Subcontracting », *ICLR* 1991.311 et s.

VERHOEVEN (J.)

- ❖ « Droit international des contrats et droit des gens », *RBDI* 1978-1979, vol. XIV, p. 209.
- ❖ « Traités ou contrats entre Etats ? Sur les conflits de lois en droit des gens », *JDI* 1984.5 et s.

VERMEILLE (F.) et GENTON (P.)

- ❖ « ‘Soft and hard dispute resolution’ : quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, n° 2, p. 131.

VERSTEIN (A.)

- ❖ « Ex Tempore Contracting », *Yale Law & Economics Research Paper* 2011, n° 454, p. 47.

VIRALLY (M.)

- ❖ « Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques : Entreprises publiques et Etablissements publics », *La Revue administrative*, juillet-août 1950, n° 16, p. 355-366.

WAKED (R.)

- ❖ « La notion de contrat administratif international », *Petites affiches*, 14 décembre 2012, n° 250, p.6.

WATANABE (S.)

- ❖ « Sous-traitance internationale, emploi et perfectionnement technique », *ILO*, mai 1972.

WENGLER (W.)

- ❖ « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990.668.

ZARKALAM (S.)

- ❖ « ‘Dispute board review’ et ‘Adjudication’ : les modes alternatifs de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale », *Justices* n° 6, 1996.159 et s.

ZIMMERMANN (R.)

- ❖ « Savigny's Legacy. Legal History Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science », *L.Q.R.* 1996, vol. 112, p. 576-605.

III/ NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

ALLAIN (T.)

- ❖ Note sous Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-22.608, *D.* 2016.988.

ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Rev. crit. DIP* 2007.420.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.)

- ❖ Concl. sous, CE 19 novembre 1999, *Tegos*, *RFDA* 2000.833.

AUBY (J-M.)

- ❖ Note sous CE 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RDP* 1984.212.

AUDIT (B.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, n° 84-16.338, *Bull. civ. I*, n° 354, *D.* 1986. IR. 265.

AUDIT (M.)

- ❖ Note sous CA Paris, 8^e Ch. 1^{er} septembre 2005, *Rev. arb.* 2006, n° 1, p. 223, « L'exécution de la sentence et la notion d'émanation de l'Etat défendeur ».

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, *Sté Keller Grundbau GmbH c/ EDF*, n° 02-12.959, « La validité d'une clause attributive de juridiction est subordonnée au caractère international de la situation », *Rev. crit. DIP* 2006.413.
- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux », *Rev. arb.* 2010, n° 2, p. 265.

AVENA-ROBARDET (V.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (Mme) c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, *D.* 2006.2910.

BARBIER (H.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 24 novembre 2015, n° 14-14.924, *Bull. civ.* 2015, *RTD civ.* 2016.98.

BASTID (S.)

- ❖ Note sous *Saudi Arabia c. Arabian American Oil Company (Aramco)*, 23 février 1955, «Le droit international public et la sentence Aramco », *AFDI* 1961.361.

BATIFFOL (H.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 24 avril 1952, *Compagnie française de l'Afrique occidentale*, *S.* 1952. 1. 185.
- ❖ Note sous *Saudi Arabia c. Arabian American Oil Company (Aramco)*, 23 février 1955, « La sentence Aramco et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1964.653.
- ❖ Note sous Cass. ass. plén., 17 octobre 1977, *Bloch c. Sté Filtex*, *Bull. civ.* I, n° 6, *Rev. crit. DIP* 1978.166.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 avril 1988, *Bull. civ.* I, n° 104, n° 85-18.715, *Rev. crit. DIP* 1989.68.

BELORGEY (J-M.), GERVASONI (S.) et LAMBERT (Ch.)

- ❖ Note sous CJCE, 16 mai 2002, *France c. Commission*, aff. C-482/99, *AJDA* 2002.1122.

BENABENT (A.)

- ❖ Note sous Cass. com., 19 mai 1980, *D.* 1980.443.
- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 13 mars 1981, *D.* 1981.309.

BERGUIN (F)

- ❖ Obs. sous CE, 19 novembre 1999, *Tegos*, *AJFP* 2000.10.
- ❖ Note sous CE, 10 janvier 2007, n° 27-0084, *Syndicat national CGT c. Ministère des Affaires étrangères*, *JCP E* 2007, n° 4, p. 63-65.

BISCHOFF (J-M.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 16 décembre 1980, *État néerlandais c. Reinhold Rüffer*, aff. C-814/79, *JDI* 1982.463.
- ❖ Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *JDI* 1993.469.

BOULOC (B.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, n° 98-15.546, *RTD com.* 2001.504.

BOUTARD-LABARDE (M-C.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *JCP G* 1993. I. 3666, n° 3.

BRAIBANT (G.)

- ❖ Concl. sous CE, 3 juillet 1968, *Lavigne et Le Mée*, n° 68-333, Lebon T.884, *AJDA* 1969.253.

BUREAU (D.) et D'AVOUT (L.)

- ❖ Note sous Cass. com., 13 juillet 2010, *Soc Tranzimaz et Système U*, n° 09-13.354, « La Chambre commerciale, l'article 132-8 du Code de commerce et la qualification des lois de police », *JCP G* 2010.972.

CAPITANT (H.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1927, *DP* 1928.25.

CASSIA (P.)

- ❖ Etude sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *AJDA* 2010.1047 et s.

CHAPELLE (A.)

- ❖ Note sous Sent. CCI, 23 septembre 1982, *Sentence Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain* (n° 4131), confirmée par CA Paris, 1^{re} ch. 21 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984.

CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) et DE BERGUES (G.)

- ❖ Chron. sous CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *AJDA* 2000.307.

CLAY (Th.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (Mme) c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, *D.* 2006.3026.
- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *RDI* 2010.551.

CORNELOUP (S.)

- ❖ Note sous Cass. com., 5 avril 2011, n° 09-16.844, *Rev. crit. DIP* 2011.864.

CORNU (G.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 19 mai 1980, *RTD civ.* 1981.168.

COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, *Sté Keller Grundbau GmbH c/ EDF*, n° 02-12.959, *D.* 2005.2626.

D'AVOUT (L.)

- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, n° 06-14.006, « *S'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi française sur la sous-traitance est une loi de police* », *Petites affiches* 2008.

D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (Mme) c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, *D.* 2007.2562.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *D.* 2007.1115.
- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *D.* 2010.2933.

D'AVOUT (L.) et BUREAU (D.)

- ❖ Note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *JCP G* 2010.530.

D'AVOUT (L.) et PERREAU-SAUSSINE (L.)

- ❖ Note sous CJCE, 6 octobre 2009, *Interncontainer Interfrigo SC (ICF) c/ Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV*, aff. C-1133/08, *Petites affiches*, novembre 2009.

DEBENE (M.)

- ❖ Note sous Cass. com., 5 février 1991, *Bul. civ. IV*, n° 52, *Rev. sociétés* 1991.741.

DELEBECQUE (Ph.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, *Sté Keller Grundbau Gmbh c/ EDF*, n° 02-12.959, *RTD com.* 2006.252.

DELPECH (X.)

- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *D.* 2010.2633.
- ❖ Note sous Cass. com., 23 septembre 2014, « Clause attributive de juridiction dans les relations internationales : appréciation de l'internationalité du contrat », *D.* 2014.

DE MONTECLER (M-C.)

- ❖ Obs. sous CE, 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT c. Ministère des Affaires étrangères*, n° 27-0084, *AJDA* 2007.120.

DERAINS (Y.)

- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 2139.1974, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 1975.102.929.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 2291.1975, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 1976.103.989.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 2583.1976, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 1977.104.950.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 2745 et n° 2762.1977, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 1978.105.989.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 3202.1978, *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI* 1979.106.1003.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 2119.1978, *JDI* 1979.997.
- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. n° 5294.1988, *Yearbook.com.arb* 1989.137.

DERAINS (Y.) et JARVIN (S)

- ❖ Chron. sous Sent. CCI, aff. 4434.1983, Chronique des sentences arbitrales, *JDI* 1983.110.893.

DEUMIER (P.)

- ❖ Note sous Cass. com., 19 décembre 2006, *RDC* 2007.467.
- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, n° 06-14.006, « Action directe du sous-traitant : la loi française est finalement une loi de police », *RDC* 2008.508.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

- ❖ Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *RTD eur.* 1992.712.
- ❖ Note sous Cass. com., 27 avril 2011, n° 09.13-524, *JDI* janvier 2012, p. 2, n° 23.

DONDOUX (Ph.)

- ❖ Concl. sous CE, 18 janvier 1980, *min. du travail c/ Fédération des cadres de la chimie, Dr. soc.* 1980.328.

DONTENWILLE (H.)

- ❖ Concl. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744, *Bull. civ.* 1990, n°12, *Petites affiches* 1991.II.21640.

DREYFUS (J-D.)

- ❖ Obs. sous CE, 28 septembre 2001, *Entreprise de construction et de prestations de services*, n° 21-3395, *RDI* 2002.67.

DROZ (G.)

- ❖ Note sous CJCE, 14 octobre 1976, *LTU Luftransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol*, aff. C-29/76, *Rev. crit DIP* 1977.772.

DUFAU (J.)

- ❖ Note sous CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79-352 *AJDA* 1989.II.361.

DURAND-PASQUIER (G.)

- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, n° 06-14.006, *Construction – Urbanisme* n° 1, janvier 2008.

DURRY (G.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 8 juillet 1981, *RTD civ.* 1982.426.

EMDE (R.)

- ❖ Note sous OLG München. Urt. V, 17 mai 2006, *EwiR* 2006.621.

FATÔME (E.) et RICHER (L.)

- ❖ Note sous Cons. const., décision du 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : JO 3 juillet 2003, p. 11205 ; *RFDC* 2003.772.

FLATTET (G)

- ❖ Note sous Tribunal Fédéral, 12 février 1952, *Rev. crit. DIP* 1953.390.
- ❖ Note sous Tribunal Fédéral, 31 août 1953, *Rev. crit. DIP* 1954.799.

FLECHEUX (G.)

- ❖ Note sous Cass. com., 19 mai 1980, *JCP G* 1980.II.19440.
- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 13 mars 1981, *JCP G* 1981.II.19568.

- ❖ Note sous TGI Paris, 27 mai 1987, *Rev. arb.* 1987.519.

FOUSSARD (D.)

- ❖ Note sous CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79-352, « Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt AREA du 3 mars 1989) », *Rev. arb.* 1989.167.

FRICERO (N.)

- ❖ Comm. sous CEDH, 1^{re} section, 26 mars 2015, *Momcilovic c. Croatie*, n° 11239/11, *Procédures* 2015.159.

GALLEISTER (I.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *Bull. civ. I*, n° 233, *D.* 2008.2790.

GAUDEMET (Y.)

- ❖ Note sous CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79-352, *Rev. arb.* 1992.279.

GAUDEMET-TALLON (H.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1985, *Rev. crit. DIP* 1986.537.
- ❖ Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *Rev. crit. DIP* 1992.730.

GAUDEMET-TALLON (H.) et JAULT-SESEKE (F.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 5 avril 2011, n° 09-16.484, *D.* 2012.1228.
- ❖ Obs. sous CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, *D.* 2014.1059.
- ❖ Obs. sous Cass. com., 24 novembre 2015, n° 14-14.924, *D.* 2016.1045, IV, n° 161.

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2017, n° 15-26.105, *D.* 2017.1011.

GIBOULOT (A.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, *D.* 1876.I.193.

GUYOMARD (M.)

- ❖ Concl. sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *RFDA* 2010.959.

HAFTEL (B.)

- ❖ Note sous Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-20.789, *D.* 2012.2930.

HARTLEY (T.)

- ❖ Note sous CJCE, 16 décembre 1980, *État néerlandais c. Reinhold Rüffer*, aff. C-814/79, *Eur. Law Review* 1981.215.

HEUZE (V.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, n° 98-15.546, *Rev. crit. DIP* 2001.682.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 septembre 2015, n° 14-22.794, *JCP G* 2015.1163.

HUET (A.)

- ❖ Note sous CJCE, 14 octobre 1976, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol*, aff. C-29/76, *JDI* 1977.707.

HUGLO (J-G)

- ❖ Chron. sous CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *RTD eur.* 2000.727.

IDOT (L.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *Rev. sciences crim.* 2000.248.

- ❖ Obs. sous CJCE, 15 mai 2003, *Société Préservatrice foncière TIARD c. Staat der Nederlanden*, aff. C-266/01, point 36, *Europe* 2003.261.
- ❖ Note sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (Mme) c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, *Rev. arb.* 2007.199.
- ❖ Obs. sous CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c/ Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, *Europe* 2013.495.

JACOBS (F.G)

- ❖ Concl. sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contre Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *Rec. CJCE*.I.3697.

JACQUET (J-M)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, *Sté Keller Grundbau GmbH c/ EDF*, n° 02-12.959, *JDI* 2006.4, p. 176-177.

JARROSSON (Ch.)

- ❖ Note sous CA Paris, 10 juillet 1992, *D.* 1992.459.
- ❖ Note sous CA Paris, 27 février 1997, *Rev. arb.* 1998.159.
- ❖ Note sous CA Paris, 29 avril 2003, *Société nationale des Pétroles du Congo et République du Congo c. Total Firm Elf E&P Congo*, *Rev. arb.* 2000.1296.

JAULT-SESEKE (F.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *AJ. fam.* 2007.324.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *Bull. civ.* I, n° 233, « L'applicabilité d'une loi de police n'entrave pas le jeu de la clause attributive de juridiction », *D.* 2009.200.

JOURDAIN (P.)

- ❖ Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contre Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *JCP E* 1992.363.

KAHN (Ph.)

- ❖ Note sous CA Paris, 22 novembre 1980, *JDI* 1981.585.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 223, *JDI* 1983.602.

KOBINA GABA (H.)

- ❖ Note sous CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel*, aff. C-167/00, point 30, *D.* 2002.3200.

LAAZOUZI (M.)

- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, « L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 2010.653, n°43.
- ❖ Note sous CAA Douai, 29 mai 2012, *SA King Consult*, n° 10DA01035, « La nature des contrats administratifs internationaux », *RFDA* 2013.46.
- ❖ Note sous CA Paris, 23 octobre 2018, n° 16-24374, « L'autolimitation par l'arbitre des lois de police de la lex contractus », *RDC* 7 mars 2019, n° 1, p. 79.

LAGARDE (P.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP* 1971.451.
- ❖ Note sous Cass. ass. plén., 17 octobre 1977, *Bloch c. Sté Filtex*, *Bull. civ. I*, n° 6, *D.*1978.417.
- ❖ Note sous CAA Versailles, 6 février 1991, *Rev. crit. DIP* 1991.745.

- ❖ Note sous BGH, 19 mars 1997, *La Grande Canarie*, *Rev. crit. DIP* 1998.610 et s.
- ❖ Note sous Cass. com., 19 décembre 2006, *Rev. crit. DIP* 2007.592.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2007, n° 05-12.243, « Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome », *Rev. crit. DIP* 2007.592.

LALAUZE (R.)

- ❖ Concl. sous CAA Nantes, 15 avril 1999, n° 98NT00412, *Société Mammoet Stoof Vof*, Lebon T. *RFDA* 2000.1110.

LARROUMET (Ch.)

- ❖ Note sous CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, aff. C-26/91, *JCP G* 1992. II. 21927.

LE BOS (Y-E.)

- ❖ Note sous Cass. com., 27 avril 2011, *D.* 2011.1655.

LEMAIRE (S.)

- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *D.* 2010.2323.

LEVEL (P.)

- ❖ Note sous CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79/352, *Petites affiches* 1989. II. 21323.

LICHERE (F.)

- ❖ Note sous Cons. const., décision du 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : *JO* 3 juillet 2003, p. 11205 ; *RDP* 2003.1163.

LLORENS (F.)

- ❖ Note sous CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *RFDA* 1984.45.

LOQUIN (E.)

- ❖ Note sous CA Paris, 13 décembre 1975, *JDI* 1977.107.
- ❖ Note sous CA Paris, 7 décembre 1994, *RTD com.* 1995.401.
- ❖ Note sous CA Paris, 13 juin 1996, *JDI* 1997.151.
- ❖ Note sous CA Paris, 28 novembre 1996, *Rev. arb.* 1997.380.
- ❖ Note sous TC, 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *RTD com.* 2010.525.
- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 12-29.112, *Société Diag Human c. République Tchèque*, *Bull. civ. I*, n° 27, « L'impossible reconnaissance en France d'une sentence soumise à réexamen d'une autre formation arbitrale », *RTD com.* 2014.323.

LYON-CAEN (Ch.)

- ❖ Note sous Cass., 5 décembre 1910, *American trading company*, *S.* 1911. 1. 129.

LYON-CAEN (G.)

- ❖ Note sous Cass. ass. plén., 17 octobre 1977, *Bloch c. Sté Filtex*, *Bull. civ. I*, n° 6, *JDI* 1978.305.

MALINVAUD (Ph.) et BOUBLI (B.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1984, *RDI* 1985.155.
- ❖ Note sous CA Paris, 21 janvier 1994, *RDI* 1994.248.

MARJANOVIC (V.)

- ❖ Concl. sous CAA Douai, 29 mai 2012, *SA King Consult*, n° 10DA01035, *AJDA* 2012.2223.

MARTIN-SERF (A.)

- ❖ Note sous CA Versailles, 8 novembre 1990, *Petites affiches* 1991. II. 21672.

MAYER (P.)

- ❖ Note sous CA Rouen, 13 novembre 1984, *Rev. crit. DIP* 1985.658.

MENJUCQ (M.)

- ❖ Note sous Cass. com., 23 septembre 2014, « Clause attributive de juridiction et caractère international d'une cession d'action », *Revue des sociétés* 2015.128.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro (Mme) c/ Centro Movil Milenium SL*, aff. C-168/05, *RTD civ* 2007.113.

MICHOU (I.)

- ❖ Note sous CA Paris, 17 février 2011, n° 09/28533, *Gouvernement du Pakistan, Ministère des Affaires religieuses c/ Dallah et Cour suprême Royaume-Uni*, *JDI* 2011.395.

MOITRY (J-H.) et VERGNE (C.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1990, *Rev. arb.* 1990.854 et s.

MONEGER (F.)

- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 2000, n° 98-15.546 et n° 98-16.103, *Droit et patrimoine* 2011.122.

MUIR WATT (H.)

- ❖ Note sous Cour fédérale d'appel des Etats-Unis, 7^e circuit (3F.3d 156) 1993, *Bonny c. Society of Lloyd's*, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002.509 et s.

MUIR WATT (H.) et PATAUT (E.)

- ❖ Etude sous CJCE, 15 février 2007, *Eirini Lechouritou et autres contre Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, aff. C-292/05, point 34, *Rev. crit. DIP* 2008.61.

NIBOYET (J-P.)

- ❖ Note sous Cass. civ., 19 février 1930, S. 1931.1.1.

NIBOYET (M-L.)

- ❖ Chron. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Gaz. Pal.* 2007, n° 123.

NILSSON (M.)

- ❖ Note sous House of Lords, *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC*, « La doctrine de la 'frustration' telle qu'admise par la Chambre des Lords dans l'arrêt Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC (1956) », *MBDE* 2008.

NOURISSAT (C.)

- ❖ Obs. sous CJCE, 1^{er} mars 2005, *Owusu c. Jackson*, aff. C-281/02, *D.* 2006.1259.
- ❖ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 2005, *Sté Keller Grundbau GmbH c/ EDF*, n° 02-12.959, *Procédures* 2006.79.

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2017, *AJ Contrat* 2017.139.

OPPETIT (B.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1971, *Petites affiches* 1972. II. 17140.
- ❖ Note sous CA Paris, 30 novembre 1972, *JDI* 1973.390.

PATAUT (E.)

- ❖ Note sous CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker*, aff. C-64/12, *Rev. crit. DIP* 2014.159.

PERINET-MARQUET (H.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2002, *RDI* 2003, n° 3, p. 264.
- ❖ Note sous Cass. civ. 3^e, 10 février 2009, *Sté Limoux distribution c. Sté Tolerie industrielle d'Aquitaine*, n° 08-11.818, *RDI* 2009.354.

PERREAU-SAUSSINE (L.)

- ❖ Note sous Cass. ch. mixte., 30 novembre 2007, *Société Agintis et autres c/ Société Basell production France*, n° 06-14.006, *Bull. ch. mixte*, n° 12, *JDI* 2008.1.

PERROT (R.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 11 décembre 2007, n° 06-18.618, *RTD civ.* 2008.154.

PETIT (B.)

- ❖ Note sous CA Grenoble, 19 octobre 1987, *Petites affiches* 1989. II. 21215.

PIRONON (V.)

- ❖ Obs. sous Cass. com., 20 avril 2017, n° 15-16.922, *Bull. civ, AJ Contrat* 2017.289.

REBOUL (Y.)

- ❖ Note sous CA Paris, 15^e Ch. 19 mars 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1992, § 245, p. 759.

REMY (Ph.)

- ❖ Obs. sous Cass. ch. mixte., 13 mars 1981, *RTD civ.* 1981.862.

REMY-CORLAY (P.)

- ❖ Note sous TGI Poitiers, 22 décembre 1999, *Rev. crit. DIP* 2001, n° 4, spéc. p. 680-681.
- ❖ Note sous CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel*, aff. C-167/00, *Rev. crit. DIP* 2003.682.

RODIERE (R.)

- ❖ Note sous CA Aix-en-Provence, 5 octobre 1954, *Petites affiches* 1955. II. 8548.
- ❖ Note sous CE, 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, *Rev. crit. DIP* 1985.317.

SANA-CHAILLE DE NERE (S.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-21.802, *Bull. I.* 2011, n° 183, *JDI* 2012.1.

SEPPÄLA (Ch.)

- ❖ Note sous Sent. CCI, aff. n° 8873, 1997, « Contentieux des contrats internationaux de construction : Commentaires de sentences CCI relatives aux conditions FIDIC pour les contrats internationaux », *RDAI* 1999, n° 6, p. 722.

- ❖ Note sous Sent. CCI, aff. n° 10619, « International Construction Contract Disputes : Second Commentary on ICC Awards Dealing Primarily with FIDIC Contracts », *International Court of Arbitration Bulletin* 2008, vol. 19 (2), p. 41-52.

SINDRES (D.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 2017, n° 15-28.767, *Rev. crit. DIP* 2017.431.

SIZAIRE (Ch.)

- ❖ Comm. sous Cass. civ. 3^e, 29 mai 2013, n° 12-17.715, *Ets Gallia c/ Sté Vesancy Promotion* ; « Marché à forfait – Paiement et acceptation non-équivoque des travaux supplémentaires », *Construction – Urbanisme* n° 9, septembre 2013, p. 120.

SYNVET (H.)

- ❖ Note sous CA Paris, *Société Gatoil c. National Iranian Oil Company* du 17 décembre 1991, *Rev. arb.* 1993, n° 2, p. 281.

TERNEYRE (Ph.)

- ❖ Obs. sous CE, 3 mars 1989, *Société AREA*, n° 79-352, *D.* 1990. Somm. 67.

TRAIN (F-X.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *JDI* 2007.1195.
- ❖ Note sous CA Paris, 22 mai 2008, n° 06/18493, *Rev. arb.* 2008, n° 8, p. 741.

TSCHANZ (P-Y.)

- ❖ Note sous CE Sect. 6 mai 1985, *Ricard*, « Contrats d'Etat et mesures unilatérales de l'Etat devant l'arbitre international », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 47 s.

VASSEUR (M.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 3e, 29 mai 1980, *Gaz. Pal. Rec. bim.mars-avr. 1981. J. p. 179.*

WARNER (J-P.)

- ❖ Concl. sous CJCE 16 décembre 1980, *État néerlandais c. Reinhold Rüffer*, aff. C-814/79 point 15,
Rec. CJCE 1980.3807.

ZALEWSKI-SICARD (V.)

- ❖ Note sous Cass. civ. 3e, 11 mars 2015, n° 14-15.425, *Gaz. Pal. 2 juin 2015, p. 8.*

Index (Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Acte juridictionnel : 402, 403, 404, 405.

Action

-action contractuelle : 280, 285, 322, 326, 328.

-action délictuelle : 282, 322, 326, 327.

-action directe

-action directe en paiement : 273, 284, 275, 279, 280, 282, 284, 285, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 300, 303, 307, 309, 313, 322, 324, 329, 471.

-action directe en responsabilité : 326, 327, 328, 329.

Agency : 280.

Agentis : 147, 295, 296, 299, 309, 310, 312, 317.

Amiable composition : 210, 336, 337, 338.

Appel d'offres : 46, 47, 121, 138, 251.

Arbitrabilité/inarbitrabilité : 321, 358, 364.

Arbitrage d'urgence : 357.

Arb-med : 436.

Arbitrage multipartite : 340, 342, 345, 346, 347, 352.

Assignement : 280.

Assurance obligatoire : 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189.

Autonomie

-autonomie conflictuelle : 159, 160, 161.

-autonomie de la volonté : 156, 158, 159, 161, 163, 210, 211, 220, 234, 371, 372, 469, 471.

-autonomie intégrale : 159, 160.

- autonomie in favorem : 267.

-autonomie restreinte : 159, 160.

-B-

Binding mediation : 431, 432, 433, 435.

Bridging : 37.

-C-

Capacité à compromettre : 358, 359, 360, 362, 364, 365.

Cautio flote : 281.

Cession de contrat : 49, 290.

Cession de créance : 284.

Civil law : 93, 98, 332, 338, 339, 436.

CJCE : 120, 194, 285, 304, 305.

CJUE : 125, 131, 170, 194, 262, 305, 309, 322, 324, 402, 403.

Clause

-clause attributive de juridiction : 114, 117, 119, 120, 202, 203, 260, 320, 321, 322, 323, 348, 471.

-clause compromissoire/clause d'arbitrage/convention d'arbitrage : 114, 232, 318, 319, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 355, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 401, 409, 425, 445, 453, 457, 459, 471, 473.

-clause de délais supplémentaires : 85, 86, 87.

-clause d'electio juris : 115, 116, 466.

-clause d'exception : 173, 174, 175, 176, 177, 178, 190, 264, 265, 266, 267, 268, 296, 468, 470.

-clause d'extra works : 66, 67, 76, 77, 78.

-clause de flow-down : 345.

-clause de force majeure : 89, 95, 96, 99.

-clause d'imprévision : 105, 106, 107, 112.

-clause d'intangibilité : 215, 218, 219.

-clause de liquidated damages : 63, 84, 92.

-clause pay-if-paid : 69, 70, 71, 72, 73, 150.

-clause pay-when-paid : 70, 74, 75, 150.

-clause pénale : 60, 61, 62, 425.

-clause de résiliation : 28, 65.

-clause de stabilité : 215, 216, 217, 218, 219, 220.

CNUDCI : 18, 46, 336.

Co-contrat : 50.

Code

-Code civil : 60, 179, 188, 260, 276, 295, 323, 359, 366, 473.

-Code des marchés publics : 49, 57, 200, 203.

-Code de procédure civile : 212, 223, 268, 337, 341.

Combined dispute board : 387.

Co-med-arb : 443.

Co-médiation : 442.

Common law : 30, 63, 67, 78, 83, 84, 85, 86, 88, 93, 97, 98, 99, 109, 280, 332, 338, 339, 364, 436.

Compromis d'arbitrage : 338.

Concession : 16, 18, 23, 24, 28, 30, 32, 34, 102, 126, 201, 211, 213, 216, 335, 363, 366.

Conditions générales FIDIC : 101, 355, 388.

Confidentialité : 20, 394, 395, 439, 440, 462.

Conflit de lois : 111, 115, 116, 152, 154, 159, 162, 164, 166, 173, 190, 192, 193, 196, 200, 221, 222, 223, 227, 237, 243, 249, 265, 268, 296, 297, 323, 324, 325, 326, 359, 466.

Conseil d'Etat : 192, 193, 201, 203, 204, 363.

Consentement : 144, 209, 233, 341, 345, 346, 347, 349, 351, 352, 353, 364, 405, 457, 473.

Consolidation : 343, 344, 350, 352, 353.

Consortium : 39, 138, 139, 448.

Consultation conjointe : 461, 462.

Contract management : 15.

Contrat

-contrat administratif : 127, 128, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 201, 203, 204, 206, 208, 209, 358, 361, 469.

-contrat Build, transfer : 35.

-contrat BOO : 33.

-contrat BOOT : 34.

-contrat BOT : 18, 19, 21, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 363.

-contrat DB ou clés en main : 36, 37, 38, 40, 41, 44, 379.

-contrat DBB : 45, 46, 47.

-contrat d'assurance : 183, 186, 187, 188.

-contrat d'entreprise : 10, 11, 48, 51, 53, 292, 453.

-contrat d'Etat : 209, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 224, 364, 469.

-contrat de vente : 11, 51, 52.

Convention

-Convention de Bruxelles : 120, 194.

-Convention de Lugano : 117, 323.

- Convention de New-York : 342, 364, 409, 419, 458.

-Convention de Rome : 177, 178, 193, 194, 197, 204, 235, 293, 294, 295, 304.

- Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises : 11.

- Convention de Washington : 124, 368, 369, 372, 373, 374, 458.

Cost and fees : 68.

Co-traitance : 50.

Cour d'appel : 119, 148, 149, 157, 168, 177, 232, 237, 244, 268, 280, 310, 323, 348, 353, 421.

Cour de cassation : 62, 117, 118, 119, 129, 134, 146, 147, 10, 156, 157, 158, 160, 177, 190, 201, 232, 234, 237, 266, 268, 281, 290, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 301, 302, 309, 314, 315, 320, 321, 323, 337, 342, 347, 348.

Critère du contrôle : 134, 136.

-D-

Délai : 14, 21, 30, 33, 35, 44, 65, 70, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 100, 180, 255, 280, 350, 374, 376, 387, 388, 407, 412, 413, 416, 418, 444, 448, 450, 455, 465, 475.

Dispute adjudication board : 354, 355, 379, 383, 387, 388, 402, 403, 405, 406, 411, 413, 422, 426.

Dispute board : 355, 357, 379, 384, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 414, 416, 417, 418, 421, 422, 424, 425, 426, 455.

Dispute board ad hoc : 355, 389, 402.

Dispute resolution board : 387.

Dispute resolution board foundation (DRBF) : 386, 387, 417.

Droit anational : 213, 227, 228, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 364, 399.

Droit (loi) applicable : 14, 16, 21, 75, 99, 100, 101, 130, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 177, 183, 184, 185, 188, 197, 202, 203, 204, 206, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 222, 223, 224, 227, 234, 235, 236, 247, 253, 258, 260, 261, 263, 264, 266, 267, 282, 283, 284, 288, 295, 296, 300, 304, 305, 318, 321, 323, 326, 329, 336, 345, 359, 362, 391, 399, 402, 406, 446, 456, 458, 465, 468, 469, 470, 471, 472.

-E-

Effet relatif : 272, 278, 280, 288, 347.

Equité : 71, 108, 111, 232, 334, 335, 336, 337, 339, 363.

Emanation : 123, 124, 125, 126, 127, 195, 196, 201, 224, 279, 378.

Engineer (Ingénieur) : 354, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 388, 397, 419, 420, 424.

Entreprise publique : 124, 126, 366, 367.

Estoppel : 280, 363.

Exequatur : 318, 324, 342.

Expertise : 333, 392, 393, 394, 410, 417, 463, 464.

Exploitation : 18, 20, 21, 23, 25, 26, 27, 28, 34, 35, 42, 46, 126, 366, 373, 375.

Extension de la clause d'arbitrage : 341, 346, 347, 348, 349, 351, 401.

Extranéité : 117, 119, 120, 122, 139, 144, 146, 147, 151, 154, 155, 200, 466, 467.

-F-

FIDIC : 21, 40, 92, 94, 95, 101, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 354, 355, 365, 376, 378, 379, 380, 383, 384, 388, 389, 390, 405, 410, 411, 418, 420, 421, 422, 426,

Force obligatoire : 73, 104, 209, 220, 231, 232, 248, 280, 321, 336, 364, 414, 418, 453

Frustration : 97, 99, 109, 110

-G-

Garantie décennale (responsabilité décennale) : 181, 182, 183, 184, 185, 189.

Gérance : 33, 37, 126, 272.

Groupe de contrat : 14, 280, 285, 347.

Groupe de sociétés : 136, 137, 140, 263, 347, 348.

-H-

Harmonisation : 253, 255, 256, 257, 321.

-I-

Ideal cost : 78.

Immeuble : 9, 167, 168, 169, 175, 177, 178, 188, 189, 190, 261, 264, 295, 296, 301, 308, 309, 312, 313, 314, 317, 468, 471.

Impartialité : 80, 382, 396, 397, 398, 436, 437, 438, 456, 462.

Incorporation : 131, 132, 134, 137, 159, 312.

Indépendance : 124, 221, 306, 379, 380, 382, 396, 397, 398, 402, 437, 438, 456, 462.

INSERM : 192, 206, 361.

Internationalisation : 114, 117, 121, 127, 211, 256, 466.

Internationalité : 116, 117, 119, 120, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 163, 200, 206, 209, 466, 467, 469.

Internationalité d'emprunt : 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 467.

-J-

Jonction : 352, 353.

Juge administratif : 193, 197, 201, 203, 204, 206, 358, 367.

Juge judiciaire : 193, 206, 361.

Jury-verdict-method : 78.

-L-

Lex constructionis : 243, 244, 249, 472.

Lex contractus : 96, 100, 111, 112, 159, 165, 184, 212, 230, 235, 249, 294, 318, 324, 326, 472.

Lex fori : 266.

Lex mercatoria : 107, 223, 226, 227, 229, 230, 232, 251.

Livre

-livre argent : 40, 42, 43, 95, 239.

-livre jaune : 95, 239, 379, 382.

-livre or : 20, 21, 22, 25, 26, 80, 93, 382, 420.

-livre rouge : 94, 239, 355, 379, 380, 389, 405, 419, 421.

Loi de police conditionnée : 188

Loi de police du for : 320, 321, 323, 325.

Loi de police étrangère : 319, 323, 324, 325

Loi du 31 décembre 1975 : 48, 70, 269, 284, 291, 292, 294, 297, 298, 299, 300, 302, 310, 311, 312,
315, 324

-M-

Marché public : 1, 17, 48, 49, 57, 65, 122, 126, 143, 191, 194, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 251,
306.

MEDALOA : 441.

Med-arb : 434, 435, 437, 438, 439, 441.

Médiation : 217, 330, 354, 357, 389, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 438, 441, 442,
444, 445, 446, 447, 448, 454, 474, 475.

Mediator-in-Reserve : 444.

Méthode de calcul des délais : 86.

Mondialisation : 2, 137, 466.

-N-

Nationalité : 98, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 136, 137, 139, 142, 144, 145, 147, 155, 156, 157, 158, 242, 308, 309, 314, 315, 317, 452, 466, 467.

Nationality planning : 140, 142, 147.

Nominated subcontractor : 58, 273.

-O-

Obligation d'assurance : 179, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189.

Ordre public : 70, 96, 113, 206, 267, 293, 294, 297, 305, 315, 318, 324, 359, 361, 384.

Organes institutionnels : 125, 126.

Organisation mondiale du commerce : 2, 17.

-P-

Partenariats publics-privés : 18, 122, 139.

Partnering (alliancing) : 449.

Persero : 421, 422, 423.

Personne physique : 1, 12, 129, 130, 179.

Personne morale : 126, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 358, 360, 366, 466.

Personne publique : 2, 33, 34, 65, 140, 144, 193, 194, 195, 203, 215, 251, 279, 359, 360, 361, 364, 365, 378, 466, 468, 469, 473.

Prétoire : 233, 403, 428.

Principe de proximité : 169, 265.

Prix : 20, 22, 23, 27, 44, 46, 67, 68, 78, 79, 80, 101, 103, 105, 110, 121, 324, 333, 386, 413, 441, 465.

-Q-

Quasi-contrat : 283.

-R-

Règle matérielle : 99, 112, 244, 359, 362, 364.

Règlement

-Règlement Bruxelles I : 120.

-Règlement Bruxelles I bis : 320, 322, 323.

-Règlement Rome I : 115, 116, 121, 152, 161, 162, 164, 166, 169, 170, 173, 184, 187, 193, 194, 196, 197, 121, 159, 161, 163, 167, 169, 174, 176, 188, 190, 194, 196, 197, 227, 235, 236, 258, 260, 261, 266, 267, 284, 288, 294, 304, 305, 324, 325, 466, 468, 470.

-Règlement Rome II : 282.

Résidence du prestataire de services : 159, 161, 166, 169, 468.

Responsabilité : 3, 8, 9, 14, 15, 16, 20, 26, 27, 28, 33, 38, 39, 40, 42, 46, 48, 49, 83, 89, 102, 125, 144, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 189, 190, 209, 214, 219, 228, 243, 253, 255, 256, 278, 280, 282, 306, 323, 326, 327, 328, 329, 343, 380, 393, 465.

Révélation (devoir) : 397.

Risque : 4, 9, 13, 14, 15, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 28, 31, 33, 40, 43, 44, 47, 67, 68, 72, 74, 78, 93, 95, 96, 102, 106, 108, 137, 185, 186, 187, 188, 201, 243, 256, 271, 298, 303, 307, 312, 321, 343, 350, 371, 374, 375, 391, 393, 409, 436, 471.

-S-

Siège

-siège social : 131, 132, 133, 134, 136, 137, 261, 466.

-siège social réel : 131, 134, 135.

Sous-traitance de capacité : 54, 55.

Sous-traitance de marché : 51, 52, 53, 317.

Sous-traitance industrielle : 51, 52, 53, 302.

Sous-traitance de spécialité : 54, 55.

Standard : 232, 240, 250, 251, 252.

Standing dispute board : 383, 386, 389.

Stipulation pour autrui : 272, 280.

-T-

Tegos : 203, 204, 205.

TFUE : 402.

Théorie de la fiction : 129, 130.

Théorie de la réalité : 129.

Total cost : 78.

Transparence (sous-traitance transparente) : 149, 150, 152, 153, 258, 259, 280, 344, 401, 470.

Tribunal des conflits : 192, 361.

Trust : 280.

-U-

UNIDROIT : 226, 227, 232, 235, 236, 237

Union européenne : 131, 163, 181, 256, 323