



**Руководство по составлению международных контрактов
между сторонами, задействованными в реализацию
специфичных проектов**

**Guide for drawing up international contracts between parties
associated for the realization of a specific project**

Европейская Экономическая Комиссия (ЕЭК) ООН

(на французском языке)

miripravo.ru/lcp03



Резюме, Lex Mercatoria, Торговые обычаи, Консорциумы, Совместные предприятия,
Международные контракты a-Z

1. Introduction

1. L'évolution des relations, que ce soit dans le domaine industriel ou dans celui de l'exploitation des ressources naturelles, a donné naissance à une série de nouvelles formes de rapports contractuels internationaux, parmi lesquelles le groupement d'entreprises en vue de la réalisation de projets déterminés joue un rôle important et est probablement appelé à se développer encore davantage. La constitution de tels groupements apparaît comme une véritable nécessité lorsqu'il s'agit de projets mettant en jeu soit une technique impliquant différentes spécialisations, soit des capitaux considérables, soit l'un et l'autre. Même un grand groupe multinational peut se trouver devant une situation dans laquelle il serait obligé de chercher des appuis techniques et financiers complémentaires. L'importance des capitaux engagés dans la réalisation de grands projets internationaux est également de nature à inciter les entreprises ou les groupes d'entreprises intéressés à combiner leurs ressources et à diviser les risques. La complexité et la diversité des problèmes posés par l'organisation interne des groupements qui doivent être constitués pour répondre au besoin qui vient d'être indiqué ne permettent pas d'envisager, pour la constitution et le fonctionnement des groupements visés ici, l'élaboration d'accords types uniformes. Aussi a-t-il été jugé utile de reprendre, pour faciliter la rédaction d'accords internationaux à conclure entre parties qui se groupent en vue de la réalisation d'un projet déterminé, la formule d'un guide qui constituerait une sorte d'aide-mémoire, énumérant les différents procédés contractuels pouvant être adoptés et indiquant les questions que ces procédés peuvent soulever ainsi que les conséquences qu'ils peuvent entraîner. Il a été notamment procédé de cette façon dans la rédaction du Guide sur la réalisation d'ensembles industriels¹ et de celui qui est consacré à la rédaction de contrats de coopération industrielle². Les considérations qui ont amené les auteurs de ces deux guides à adopter cette formule valent également pour les accords de groupements constitués en vue de la réalisation d'un projet déterminé, groupements dont l'importance aussi bien pour la construction d'usines à l'étranger que pour les contrats internationaux de coopération industrielle a d'ailleurs été soulignée dans les deux guides précités³.

2

2. Dans bien des CAS, le groupement EST constitué par des entreprises possédant une technicité particulière ou une capacité financière importante. Ces entreprises peuvent avoir recours à d'autres entreprises, sous forme de contrats de sous-traitance conclus par le groupement lui-même ou par un membre du groupement pour le compte de celui-ci. Ces deux formules de mise en commun de différentes ressources techniques et financières, à savoir la constitution de groupements et la sous-traitance, se retrouvent dans la pratique actuelle, en se complétant d'ailleurs le plus souvent selon les circonstances techniques, géographiques, économiques et financières de chaque cas donné. La complexité technique et les dimensions du projet sont parmi les facteurs essentiels qui déterminent le choix des formules à adopter et celui des entreprises participant en tant que membres aux groupements à constituer ou rattachées à ces groupements à titre de sous-traitants. Les projets internationaux impliquant un financement considérable sont à l'heure actuelle principalement pris en charge par des entreprises ayant une assiette financière et des ressources adéquates. Cela n'exclut pas que, dans tout projet, les petites et moyennes entreprises peuvent également s'insérer utilement comme membres du groupement. Quelle que soit l'importance de l'entreprise, IL EST essentiel qu'elle ne s'intéresse pas à des tâches dépassant SES possibilités sur le plan financier et technique.

3. L'intervention des petites et moyennes entreprises dans des projets internationaux de cette importance pourrait être initiée par les entreprises elles-mêmes, devenant conscientes de la nécessité

de se grouper pour pouvoir utilement participer a la realisation de projets importants dans le domaine de l'industrie. Les entreprises d'ingenierie, ou meme des organismes publics ou semipublics qui seraient charges de prendre des initiatives en vue de la constitution de groupements comprenant une serie de petites et moyennes entreprises, pourraient fournir un moyen tres efficace pour le developpement de la participation de ces entreprises aux groupements internationaux. Certains exemples de l'evolution dans ce sens peuvent d'ailleurs deja etre trouves dans quelques pays europeens, et il n'est pas exclu que cette evolution soit appelee a avoir des repercussions encore plus considerables sur le developpement des relations internationales.

4. Dans la constitution de groupements crees en vue de la realisation d'un projet determine, il pourrait etre necessaire de tenir compte de l'element dit d' " integration locale ", c'est-a-dire de la necessite, soit de faire entrer dans le groupement, soit de prendre comme sous-traitant, une entreprise du pays dans lequel est execute le projet en question. Il se peut egalement que certains travaux a realiser dans le cadre du projet general soient pris en charge par le client lui-meme, situation qui aura des repercussions aussi bien sur l'accord conclu en vue de la constitution du groupement que sur les contrats entre le groupement et le client⁴. Si, par consequent, une ou plusieurs des situations qui viennent d'etre indiquees se presentent lors de la realisation d'un projet determine, il faudra que les conditions dans lesquelles les elements de l'integration locale sont retenus par les contractants soient nettement precisees, aussi bien dans le contrat entre le groupement et le client que dans l'accord ou les accords entre les membres du groupement.

5. D'une maniere plus generale, il sera tenu compte, dans le present Guide, de l'incidence qu'auraient les relations contractuelles du groupement avec le client sur les rapports internes entre les organismes et les entreprises⁵ faisant partie du groupement.

3

6. Ce Guide vise en premier lieu les groupements formes par des entreprises de nationalites differentes. IL peut etre egalement applique aux groupements d'entreprises appartenant a un meme pays mais constitues en vue de la realisation de projets determines a l'etranger.

7. Les groupements dont IL s'agit ici pourraient revetir des formes juridiques les plus diverses. Il y aurait notamment lieu de distinguer entre trois categories de groupements, a savoir : groupements constitues sur une base purement contractuelle, groupements constitues sous forme de societes n'ayant pas de personnalite juridique, et groupements constitues sous forme de societes ayant une personnalite juridique, etant entendu que cette derniere categorie de groupements n'aurait a etre etudiee dans le Guide que dans la mesure ou se poseraient des questions depassant les problemes classiques du droit commun des societes. En outre, il conviendra de faire la distinction entre les situations dans lesquelles les contrats avec le client sont le resultat de soumissions sur appels d'offres, et celles ou ces contrats sont conclus, a la suite de negociations, de gre a gre. IL y aura lieu par consequent de tenir compte dans le Guide, lorsque la necessite s'en FERA sentir, de la difference qui peut exister sur tel ou tel point entre toutes ces categories de groupements. Par ailleurs, dans le CAS d'une societe, il pourrait y avoir egalement des accords separes regissant les relations entre les associes.

II. Les accords preliminaires

8. Dans la pratique, la constitution d'un groupement EST le plus souvent precedee d'un accord ou d'accords preliminaires entre les entreprises interessees. Ces accords preliminaires peuvent etre conclus uniquement en vue de la remise des offres, mais IL arrive egalement que des accords preliminaires contiennent deja en fait toutes les clauses ou la majorite des clauses qui seraient ensuite introduites dans l'accord definitif du groupement au cas ou l'offre serait acceptee. Parfois, les accords preliminaires sont conclus sous forme d'une simple «lettre d'intention " (voir plus loin, par. 15). Selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'accords preliminaires et selon la modalite choisie par les parties desirant constituer un groupement, les dispositions a introduire dans le ou les documents constitutifs du groupement devront etre amenees de facon differente.

9. Lorsque, comme cela semble arriver le plus souvent dans la pratique, les entreprises choisissent de conclure des accords preliminaires et quelle que soit la forme que prennent ces accords, il parait indispensable qu'elles apportent un soin particulier a la redaction de ces derniers de maniere a rendre, au moment de la constitution definitive du groupement, la transformation des accords preliminaires en accords definitifs aussi facile que possible. Lorsqu'il s'agit d'un appel d'offres d'un client eventuel, l'entreprise ou les entreprises interessees qui estiment ne pas pouvoir repondre a elles seules a CET appel d'offres et qui desirent constituer un groupement a cet effet devront choisir leurs partenaires. Ce choix sera dicte par plusieurs facteurs. Les rapports qui existent deja entre certaines entreprises joueront assurement UN certain role dans ce choix. La specialisation des uns et des autres entrera egalement en ligne de compte. Lorsque les entreprises -qui envisagent de constituer un groupement en vue de repondre a une offre et de realiser ensuite l'operation - appartiennent a des pays differents, les regimes fiscaux et juridiques de ces pays devront egalement etre pris en consideration. L'aspect fiscal des rapports entre les membres eventuels du groupement peut deja entrer en ligne de compte lors de la conclusion de l'accord preliminaire en vue de determiner, des ce moment, la forme juridique que prendrait le groupement par la suite. Il EST surtout indispensable d'envisager cette question lorsqu'il s'agit d'un accord conclu sous condition que l'offre soit acceptee. Il y aurait egalement lieu de preciser la maniere dont serait assuree la representation du groupement au moment de la remise de l'offre. Il se peut que le role de negociateur soit assure par une des entreprises ayant participe a la preparation de l'offre, qui serait designee comme chef de file. L'accord preliminaire devrait clairement stipuler que le chef de file choisi ne saurait prendre, a l'egard du client, des engagements qui ne seraient pas acceptables par les autres participants decides a faire partie du groupement au cas ou l'offre serait acceptee. Une autre formule serait de prevoir que l'entreprise designee comme chef de file peut se faire accompagner par des representants d'autres entreprises parties a l'accord preliminaire. Les negociations peuvent par ailleurs etre organisees de toute autre maniere, par exemple par la creation d'un comite dans lequel chacune des entreprises desirant faire partie du groupement serait representee.

10. La preparation de l'offre devrait faire l'objet d'une precision tres elaboree dans l'accord preliminaire. Il y aurait notamment lieu de mentionner les prestations que chacun des participants a l'elaboration de l'offre aurait a accepter dans l'execution du contrat, au cas ou l'offre serait retenue par le client, la remuneration de chacun, le cas echeant les formules de revision des prix que les participants a l'elaboration de l'offre mettraient comme condition a leur acceptation, la repartition du financement des etudes en vue de l'etablissement de l'offre, les responsabilites que chacun des

participants serait dispose a accepter pour les travaux qui ne seraient pas mis a sa charge ainsi que sa participation dans les responsabilites pour les travaux qui seraient mis a sa charge, tels que les travaux globaux ou les travaux a la charge d'autres participants eventuels. Il faudrait ensuite que les differentes parties a l'accord preliminaire definissent le delai pendant lequel elles seraient disposees a maintenir l'offre en ce qui les concerne, en prevoyant par ailleurs ce qui arriverait si les delais acceptes par l'une ou l'autre de ces parties etaient differents.

11. Une autre question voisine se posera aux entreprises redigeant un accord preliminaire a la constitution d'un groupement en ce qui concerne les garanties qui, dans le cas d'une soumission, peuvent etre demandees par le client au moment de la presentation d'une offre. Les appels d'offres emanant d'organismes publics' prevoient souvent la constitution par le soumissionnaire de garanties offertes par une banque, une compagnie d'assurance ou une autre institution pratiquant ce genre d'operations, garanties cautionnant l'engagement de maintenir l'offre pendant le delai fixe et d'executer les prestations promises au cas ou l'offre serait acceptee. Dans certains CAS, cette garantie est exigee sous la forme d'une garantie inconditionnelle, le garant devant payer «a la premiere demande» de l'auteur de l'appel d'offres; dans d'autres cas, une garantie conditionnelle peut egalement etre obtenue. Deja a ce stade des accords preliminaires, le probleme des garanties joue un tres grand role dans les rapports entre les parties, et il serait certainement important que ces dernieres determinent les repercussions des garanties constituees sur leurs rapports reciproques ainsi que la repartition du cout de la garantie. La solution la plus simple consisterait probablement a repartir, entre les parties a l'accord preliminaire, les frais financiers lies a la constitution de garanties ainsi que le montant du reglement eventuel d'une garantie, qu'elle soit conditionnelle ou inconditionnelle, proportionnellement au prix des prestations de chacune d'elles. Le soumissionnaire, en presentant l'offre, peut faire des reserves sur tel ou tel point du cahier des charges de l'auteur de l'appel d'offres sans avoir obtenu un accord expresse de ce dernier. Ce point peut creer une serie de difficultes, car il n'est pas certain que de telles reserves soient considerees comme valables.

12. Si l'offre du groupement n'est pas acceptee ou si la negociation entre le groupement et le client eventuel n'aboutit pas a des resultats positifs, il faudra proceder a la liquidation du groupement. Les Principes regissant cette liquidation devraient etre fixes dans les accords preliminaires. A CET egard, les party's ont le choix entre les solutions les plus diverses. Il pourrait notamment etre prevu que chacun des participants, ayant pris le risque de collaborer a l'elaboration de l'offre, garde a sa charge ses depenses d'etudes. UN certain amenagement de cette solution pourrait consister a faire partager entre tous les participant's les frais communs qui auraient pu etre engages dans la negociation, au prorata de la participation de chacun. Selon les circonstances, il pourrait etre prevu d'autres facons de liquider le groupement provisoire, en faisant par exemple supporter - lorsque les circonstances economiques et financieres de l'operation projetees le justifient - une plus grande part des depenses a l'entreprise ayant pris l'initiative de l'operation. Il peut finalement arriver que certains des participants a l'elaboration de l'offre, qui n'a pas donne de resultats positifs, restent associes en vue d'une operation semblable avec un autre client, ce qui pourrait avoir pour consequence de faire prendre en charge par ces entreprises les depenses preliminaires dont elles pourraient se servir en vue d'autres operations. Dans tous les CAS de liquidation totale, il devrait etre etabli que les entreprises restent libres de participer a d'autres offres ou soumissions de meme genre, avec n'importe quel groupement et sous n'importe quelle forme. Ce ne sont la, toutefois, que des exemples, compte tenu notamment de la nature et du contenu des accords preliminaires, d'une part, et de la situation technique et financiere des entreprises qui les ont conclus, de l'autre.

13. Au CAS ou l'offre du groupement provisoire serait acceptée et donnerait lieu à un contrat entre le groupement et le client, les accords préliminaires devraient être transformés en accords définitifs. Dans le CAS ou UN accord préliminaire serait fait, comme cela arrive dans la pratique, sous réserve de conclusion du contrat⁶, cet accord préliminaire deviendrait automatiquement un accord définitif dès l'entrée en vigueur du contrat. Cela n'exclut pas, il est vrai, la nécessité - même dans cette hypothèse - de compléter l'accord définitif par certaines dispositions qui n'ont pu être envisagées avant la conclusion du contrat avec le client. Il peut, en outre, arriver que les conditions du cahier des charges qui accompagnent l'appel d'offres soient modifiées au cours de négociations précédant la conclusion du contrat avec le client, situation qui peut se présenter également dans l'hypothèse d'un marché de gré à gré. Là encore, certaines dispositions des accords préliminaires, même contenant une clause prévoyant leur transformation automatique en accords définitifs, en cas de conclusion du contrat avec le client, devraient subir les modifications qui pourraient s'avérer nécessaires à leur mise en harmonie avec le contrat dans sa forme finale. En outre, il semblerait difficile d'obliger un des membres du groupement provisoire à continuer sa participation au groupement définitif si le cahier des charges primitif devait subir des modifications que ce membre ne serait pas disposé à accepter en ce qui le concerne. Dans une telle hypothèse, la question se posera de savoir si la partie à un accord provisoire, fait sous réserve de conclusion de contrat avec le client, peut refuser de faire partie du groupement définitif en invoquant la modification des conditions contractuelles prévues à l'origine ; à une telle possibilité de refus devait être admise, il y aurait lieu de préciser les conséquences financières, notamment en ce qui concerne les dépenses engagées par le membre en cause en vue de la préparation de l'offre.

14. La solution à apporter à ce problème, comme aux problèmes posés en général par le retrait d'un membre, variera en fonction des différents engagements pris aux termes des accords préliminaires. À titre d'exemple, on pourrait citer les solutions suivantes que l'on rencontre dans la pratique: a) L'accord prévoit la possibilité de retrait dans certaines circonstances (par exemple en cas de changement des conditions dans l'appel d'offres du client) et règle les conséquences financières du retrait, notamment en ce qui concerne les dépenses faites par le membre qui se retire - question traitée sous c - et l'indemnisation des dommages subis par d'autres membres. Une solution possible serait que l'indemnisation ne pourrait être imposée au membre défaillant que si son retrait n'était pas motivé par les circonstances mentionnées ci-dessus. Tous dommages et intérêts pourraient être éventuellement garantis par des cautions réciproques des membres entre eux. (Le montant de ces dommages et intérêts pourrait être réduit au cas où les travaux préparatoires effectués par le membre sortant profiteraient au groupement dans la poursuite et l'exécution du projet.) b) L'accord prévoit la possibilité de retrait d'un membre dans le cas de l'opposition du client à sa participation au groupement et règle les conséquences financières du retrait. c) L'accord prévoit l'application du principe du "risque accepté" en vertu duquel, au cas où l'offre collective ou individuelle ne serait pas suivie d'effets, les participants à l'offre supporteraient en principe, chacun en ce qui le concerne, les dépenses qu'ils auraient engagées en vue de la préparation de l'offre. La même solution pourrait être appliquée dans le cas où le client ne consentirait à conclure le contrat avec le groupement qu'à condition que tel ou tel membre du groupement provisoire ne fasse pas partie du groupement définitif.

15. Dans l'hypothèse où l'accord préliminaire prendrait la forme d'une "lettre d'intention" (c'est-à-dire - et bien que cette notion varie d'un droit national à l'autre et même souvent d'une partie

contractante a une autre - d'un document qui ne fait qu'esquisser les grandes lignes que les parties entendent suivre dans la negociation des contrats avec les clients eventuels ou des accords entre elles-memes), l'incertitude qui regne au sujet de cette notion de lettres dites d'" intention " devrait inciter les parties a une plus grande prudence encore et a indiquer exactement la portee de leur engagement.

16. Toujours dans cette hypothese d'acceptation de l'offre du groupement provisoire, il y aurait lieu de prevoir comment seront reglees finalement les depenses encourues par chacun des participants a l'elaboration de l'offre, etant suppose qu'ils participent tous ensuite a l'accord definitif de groupement. Plusieurs solutions peuvent etre envisagees a cet egard. Ces depenses pourraient rester a la charge de chacun des membres du groupement en tant qu'element du prix de revient. Elles pourraient egalement etre reportee's sur les depenses communes du groupement constitue en vue de l'execution du projet. Tout cela, bien entendu, sous reserve des depenses qui, en vertu de ce qui precede, devraient etre remboursees aux participants a l'accord preliminaire qui ne feraient plus partie de l'accord definitif.

17. En outre, il faudra que, des le stade des accords preliminaires, les parties prevoient des dispositions relatives aux obligations des participants a l'elaboration de l'offre de ne pas se faire concurrence en ce qui concerne la presentation de celle-ci, ce qui constituerait en fait un engagement de ne pas presenter de propositions, isolement ou a l'interieur d'un autre groupement, pour le meme projet. Bien que cette solution puisse etre consideree comme correspondant a un principe general du droit, il pourrait etre utile, afin d'eviter toute equivoque, de l'inscrire expressement dans une disposition particuliere de l'accord preliminaire, en prenant toujours en consideration la legislation antitrust.

7

18. Dans le meme ordre d'idees, il serait certainement utile de mentionner dans l'accord preliminaire l'obligation des membres du groupement de ne pas devoiler a des tiers les secrets industriels et commerciaux contenus dans les propositions presentees par d'autres membres du groupement, et de ne pas utiliser ces secrets en dehors du groupement. 19. Parmi d'autres questions qu'il serait certainement utile de regler dans les accords preliminaires, eu egard au cas ou l'offre du groupement serait acceptee, on peut citer la repartition exacte des taches entre les partenaires, les problemes de financement, d'assurance et de repartition des responsabilites a l'interieur du groupement, toutes ces questions pouvant subir des modifications en raison des termes exacts du contrat conclu avec le client. Le probleme du reglement des differends devrait egalement figurer dans les accords preliminaires niais, selon les circonstances, il n'est pas impossible que cette question soit reglee d'une maniere differente dans les accords preliminaires et dans l'accord definitif du groupement (voir plus loin chap. XVI). On peut rappeler en outre (voir notamment par. 12) qu'il faudrait prevoir dans les accords preliminaires, et de facon non equivoque, quelles seraient les consequences juridiques et financieres et la responsabilite des membres du groupement dans l'hypothese de la non-conclusion du contrat.

III. Forme ET structure du groupement

20. Il a été déjà indiqué plus haut que les parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé à l'étranger pouvaient être constituées sous les formes les plus diverses. Une des solutions serait de prévoir une convention déterminant les différents éléments des rapports entre les membres du groupement et sa représentation à l'extérieur. Dans la mesure où le client préférerait - comme cela arrive souvent - avoir affaire à une seule personne ou à une seule société, il suffirait - dans l'hypothèse de la solution contractuelle - que les autres membres du groupement donnent mandat à l'entreprise choisie pour être le chef de file de représenter l'ensemble du groupement à l'extérieur. Il y aurait lieu toutefois de prendre les précautions nécessaires pour que cette solution n'incite pas les autorités compétentes des différents pays intéressés à considérer que le groupement, sans en prendre la forme, constitue tout de même une société de fait avec le risque d'être déclarée nulle, ou des sociétés telles que la société "silencieuse" connue de plusieurs droits, sociétés qui, bien que n'ayant pas de personnalité juridique, sont dans certains cas tout de même soumises à une série d'exigences légales. C'est là qu'intervient le problème du choix du centre administratif du groupement, car c'est ce centre qui sera en fait un des éléments de rattachement en vue de la recherche du droit applicable. Aussi ne peut-il qu'être recommandé aux entreprises voulant constituer un groupement en vue d'opérations à l'étranger de consulter soigneusement des juristes compétents des différents pays qui entrent en ligne de compte pour la localisation du centre administratif du groupement, sur la question de savoir dans quelle mesure la convention qui est à la base du groupement ne peut être considérée dans les pays intéressés comme formant une sorte, plus ou moins intégrée, de société - ou d'association - prévue par la loi, ce qui pourrait entraîner des conséquences fiscales défavorables.

8

21. Il se peut par ailleurs que le client ne se contente pas d'exiger la désignation du chef de file d'un groupement et qu'il demande que ce groupement prenne la forme d'une société. Selon le pays où il sera décidé d'établir la société, celle-ci pourrait prendre telle ou telle autre forme de société existant dans les différents droits.

22. Quelle que soit la solution qui sera finalement adoptée pour la structure du groupement, il y aura lieu de préciser exactement dans les accords constitutifs son objet précis, l'organisation de son fonctionnement, les obligations des différents participants, la nature des prestations de chaque partenaire, les modalités de financement, la responsabilité du groupement à l'égard du client, la répartition de cette responsabilité à l'intérieur du groupement ainsi que les conditions de sa liquidation.

IV. L'objet du groupement ET la répartition des prestations entre ses membres

23. La définition de l'objet du groupement et la répartition des prestations entre ses membres seront déterminées conformément au contrat qui aura été conclu avec le client. Comme il a déjà été indiqué plus haut à propos des accords préliminaires, il peut paraître souhaitable de régler ces problèmes d'une manière aussi précise que possible dans les accords préliminaires (voir par. 19 ci-dessus). Toutefois, la conclusion du contrat avec le client peut amener des modifications parfois considérables dans la répartition des prestations entre les membres, telle qu'elle aurait été prévue dans les accords préliminaires, de même que dans la définition de l'objet même de l'accord. Dan's

cette situation, IL paraît évident que les dispositions correspondantes des accords préliminaires devront subir des modifications dans l'accord définitif, pour tenir compte du contrat conclu avec le client. Si cela arrive, il y aura notamment lieu de procéder à une nouvelle répartition des prestations dans l'accord définitif du groupement en faisant particulièrement attention aux prestations d'assistance technique et de formation du personnel qui devraient, soit être confiées à un des membres du groupement spécialisé dans les problèmes de transfert de technologie sur le plan humain, soit réparties entre les partenaires, compte tenu des fournitures et des prestations de chacun, soit sous-traitées par une entreprise spécialisée ne faisant pas partie du groupement en tant que membre. IL peut toutefois arriver que les membres du groupement définitif n'arrivent pas à s'entendre sur une nouvelle répartition de leurs prestations respectives. Dans ce cas, on se trouvera devant une situation qui s'apparente à celle qui a été traitée aux paragraphes 13 à 15 ci-dessus.

24. La même situation se présente par ailleurs si, dans les conditions prévues aux paragraphes 13 à 15 ci-dessus, un des membres aux accords provisoires se retire ou est écarté du groupement au moment de la conclusion de l'accord définitif. Les prestations qui, dans les accords préliminaires, auraient été confiées aux membres qui ne feraient plus partie de l'accord définitif devraient être réparties entre les autres parties à l'accord préliminaire ou confiées à une entreprise jusqu'ici restée en dehors du groupement, soit à titre de sous-traitant, soit à titre de membre du groupement définitif. Les frais supplémentaires qui pourraient s'attacher à cette nouvelle répartition des prestations entre les membres du groupement définitif seraient réglés selon les solutions que - comme il a été relevé à plusieurs reprises au chapitre II ci-dessus - les parties aux accords préliminaires auraient intérêt à insérer dans ces accords au sujet de la possibilité de retrait ou d'exclusion d'un membre du groupement provisoire.

25. Lorsqu'il s'agit d'un groupement constitué sur une base purement contractuelle, IL faudra régler, dans le cadre de la répartition des prestations entre ses membres, le problème de la coordination des travaux. L'entreprise désignée comme chef de file peut jouer à cet égard UN rôle très important. Ce rôle peut être étendu à la prise en charge par cette entreprise, à l'égard du client, des responsabilités qui incomberont au groupement en vertu du contrat. IL EST bien entendu par ailleurs que si cette solution est retenue dans l'accord du groupement, l'accord devra également prévoir que la responsabilité assumée par le chef de file à l'égard du client est ensuite répartie entre les autres membres.

26. La responsabilité en première ligne du chef de file peut d'ailleurs se combiner, dans toutes les formes contractuelles que peut revêtir un groupement constitué en vue de l'exécution d'un projet déterminé, avec l'obligation solidaire de tous les membres du groupement à l'égard du client. Dans ce dernier cas, le client pourrait s'adresser à son choix soit au chef de file, soit à n'importe lequel parmi les membres du groupement pour présenter la totalité de ses réclamations, soit encore à un membre du groupement dans la limite du pourcentage qui revient à celui-ci dans l'ensemble des travaux, étant entendu qu'au cas où ces réclamations donneraient lieu au paiement de dommages-intérêts le chef de file ou un autre membre du groupement, ayant dédommé le client, pourrait se retourner contre les autres membres du groupement pour obtenir une réparation, conformément au principe de la répartition des responsabilités à l'intérieur du groupement parmi ses membres, qui sera exposé plus loin (voir chap. IX).

27. Lorsque les membres du groupement choisissent la solution de l'entreprise chef de file, l'importance des fonctions que cette entreprise pourrait être appelée à assumer justifie dans nombre de cas que, en plus de la rémunération qui doit lui revenir en raison des prestations qu'elle aurait à fournir, elle reçoive également une rémunération spéciale en raison de ses obligations supplémentaires de coordination des travaux et de représentation du groupement à l'extérieur. Mais, même lorsque les fonctions spéciales de l'entreprise chef de file sont très importantes, il se peut que sa rémunération soit déjà incluse dans sa part des recettes du groupement, notamment lorsque sa part dans l'ensemble des travaux est par elle-même déjà considérable. Si, toutefois, l'entreprise chef de file doit recevoir une rémunération spéciale, celle-ci peut prendre soit la forme d'un pourcentage sur le montant global de l'opération, soit celle d'une somme forfaitaire.

28. Aussi bien dans son rôle de coordination que dans celui de représentation du groupement à l'extérieur, l'entreprise chef de file n'agit qu'en tant que mandataire du groupement. Il convient par conséquent de préciser très exactement les termes du mandat donné à cette entreprise. Toutefois, celle-ci devrait avoir une certaine liberté de mouvements car, par exemple, une négociation avec le client pourrait l'amener à prendre - dans le cadre de son mandat - certaines décisions sur lesquelles, surtout lorsqu'il s'agit de négociations ayant lieu à une distance considérable du centre de décision du groupement, une consultation continue avec les autres membres ne serait pas toujours facile. Une solution qui pourrait peut-être concilier les différents aspects du problème serait, pour les négociations importantes, d'adjoindre à l'entreprise chef de file des représentants des autres ou de certains autres membres du groupement.

29. Il faut toutefois indiquer que la solution qui consiste à confier les fonctions de coordination et de représentation à une entreprise désignée comme chef de file n'est pas la seule possible et que, par exemple, ces problèmes peuvent être réglés par la création d'un comité de coordination, formé par les représentants des différents membres faisant partie du groupement. Cette dernière solution pourrait notamment être considérée comme une solution normalement applicable dans les groupements constitués par quelques membres seulement, sans toutefois exclure qu'elle puisse également s'appliquer dans le CAS d'un groupement à composition plus étendue. En revanche, même dans le cas d'un groupement à participation réduite, rien ne s'opposerait en fait à la désignation d'une entreprise chef de file. Il convient d'ajouter que, pour la coordination des travaux, il arrive que le groupement nomme une personne faisant fonction de directeur du projet⁷.

30. Il se peut qu'au cours de l'exécution du contrat un des membres ne soit pas en mesure de remplir d'une manière convenable, et en temps utile, les obligations et les prestations mises à sa charge par l'accord de groupement ou les statuts de l'association ou de la société dans laquelle le groupement est incorporé. L'accord peut prévoir, dans cette hypothèse, qu'une réparation (pénalité de retard ou dommages et intérêts forfaitaires) sera imposée au membre en défaut. Certaines législations nationales prévoyant que le seul fait de stipuler une réparation dans un accord n'exclut pas la possibilité de dommages et intérêts, les parties désireuses d'exclure de tels dommages et intérêts devront expressément le prévoir dans l'accord. Le membre défaillant peut même, dans certains CAS, se trouver dans l'impossibilité d'assurer le maintien de sa participation aux travaux en cours. Cela peut amener le groupement à vouloir exclure le membre qui aurait failli à ses obligations résultant de l'accord constitutif du groupement ou du statut de l'association, ou de la société dans laquelle le groupement est incorporé. Que le membre lui-même veuille, dans cette hypothèse, se retirer du groupement ou que le groupement décide de l'exclure, il convient de décider, d'une part,

de quelle maniere seront reglees les prestations que le membre en question aurait fournies auparavant d'une maniere satisfaisante et, de l'autre, la reparation des dommages que ce membre aura causes au groupement, notamment en raison de la necessite dans laquelle le groupement peut se trouver de remplacer le membre defaillant, souvent en catastrophe. A cet egard, il pourrait etre utile, de meme que cela a ete suggere pour les accords preliminaires, que les accords constitutifs du groupement precisent si un membre defaillant ou desireux de se retirer du groupement pour une autre raison peut le faire ou non, dans quelles conditions il peut etre exclu, ainsi que les consequences financieres du depart d'un des membres du groupement, aussi bien en ce qui concerne les dommages qu'il doit que les prestations qui lui restent dues. Cette solution, surtout en ce qui concerne la determination des consequences financieres, entre tout naturellement dans les accords constitutifs du groupement cree sur une base purement contractuelle. Elle peut egalement s'appliquer au groupement formant une societe, a condition de conclure un accord special entre les membres, distinct de celui d'une societe.

V. Sous-traitance

31. Tout ce qui precede concerne un groupement constitue par des entreprises qui en font partie en tant que membres. Il peut toutefois etre envisage que, pour certains travaux, le groupement fasse appel a une entreprise qui n'entrera pas dans le groupement en tant que membre mais participera a certains des travaux sur la base d'un contrat de sous-traitance. Le choix entre inclure une entreprise dans le groupement en tant que membre, ou de conclure avec celle-ci un contrat de sous-traitance devrait se faire selon les circonstances, apres examen de chaque cas particulier.

11

32. Le contrat de sous-traitance peut etre conclu soit par le groupement, soit par un de ses membres pour le compte du groupement ou pour son propre compte. Lorsque la sous-traitance EST faite pour le compte du groupement, il faudra evidemment que la decision soit prise selon les modalites admises, dans les accords constitutifs du groupement, pour le reglement de questions de ce genre. Mais lorsque le contrat de sous-traitance EST conclu avec un sous-traitant par un des membres du groupement pour son propre compte, c'est normalement ce membre qui choisit librement le soustraitant et est, par consequent, responsable de l'execution des travaux par le sous-traitant qu'il aura choisi.

33. Il pourrait par ailleurs arriver que, au cours de l'execution d'un contrat avec le client, le groupement en tant que tel, ou UN de ses membres, veuille conclure un contrat de sous-traitance pour une partie des travaux. Si l'accord constitutif du groupement ne prevoit rien au sujet de cette hypothese particuliere, les dispositions relatives aux contrats de sous-traitance, conclus au moment de la constitution du groupement, pourraient s'appliquer egalement au cas ou de tels contrats seraient conclus au cours de l'execution d'un contrat avec le client. Mais il se peut egalement que, pour les contrats de sous-traitance conclus au cours de l'execution d'un contrat avec le client, les membres veuillent adopter des solutions differentes de celles qui sont prevues dans les accords constitutifs pour la sous-traitance admise des l'origine. Cette situation devrait etre refletee dans le texte meme des accords. Il peut finalement arriver qu'un sous-traitant soit impose au groupement par le client, ce qui devrait amener le groupement d'abord a preciser, dans le contrat avec le client, la mesure dans laquelle le groupement ou les membres qui concluraient des contrats de sous-traitance imposes par le client resteraient responsables du sous-traitant dont il s'agit, tandis que

la question de savoir quelle serait la procedure par laquelle le sous-traitant serait lie au groupement, ou a un ou plusieurs de ses membres, pourrait etre reglee, de cas en cas, en tenant eventuellement compte des principes enonces dans les accords constitutifs, d'une maniere generale, au sujet de la sous-traitance.

VI. L'organisation du fonctionnement du groupement

34. Les differents problemes qui viennent d'etre evoques montrent deja que les membres du groupement constitue en vue de la realisation d'un projet determine peuvent etre amenes a prendre des decisions importantes, aussi bien pour le groupement en tant que tel que pour chacun d'entre eux. Il apparait donc necessaire de prevoir, dans les accords constitutifs du groupement, d'une maniere aussi precise que possible, la facon dont la vie interne du groupement sera organisee en vue d'en assurer un fonctionnement aussi souple qu'efficace.

35. Que le groupement definitif prenne la forme d'une societe ou qu'il soit constitue sur une base purement contractuelle, il faut que - dans ses accords constitutifs - les problemes de l'organisation de son fonctionnement interne et, notamment, ceux de la convocation et des pouvoirs des assemblees, du choix du president, des modalites de vote, du mandat de ses organes executifs, du quorum necessaire pour que les decisions puissent etre prises, et analogues, soient regles d'une maniere aussi detaillee que possible. Il est vrai que, dans le cas de groupements constitues sous la forme d'une societe, certaines - peut-etre meme la plupart de ces questions - se trouvent deja reglees dans la loi applicable ou dans les statuts ou accords de base de la societe. Toutefois, dans le cas de groupements etablis sur une base contractuelle -et dans le cas d'un groupement incorpore dans une societe, pour autant que ces questions ne soient pas traitees dans les statuts -, des precisions a leur sujet doivent etre inserees dans les accords constitutifs du groupement.

12

36. Il ne semble pas que des problemes particuliers puissent se poser en ce qui concerne la convocation des assemblees. Il y aurait toutefois lieu de noter qu'en principe les accords doivent contenir des indications, d'une part quant a la periodicite des reunions de tous les membres du groupement et, de l'autre, les modalites de convocation de reunions extraordinaires. Quant a cette derniere question, diverses solutions sont possibles: la convocation peut etre laissee a l'initiative du president du groupement; IL peut egalement etre prevu que le president doive convoquer une reunion extraordinaire a la demande d'un membre du groupement ou d'un certain nombre determine de SES membres. Plusieurs solutions sont egalement possibles quant au choix du president, cette fonction pouvant etre confiee a un representant de l'entreprise chef de file, si un tel chef de file est designe, ou a un autre membre du groupement, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de membre jouant le role de chef de file.

37. Comme il a ete indique plus haut a propos de l'entreprise chef de file (voir par. 28), le mandat confie aux organes executifs du groupement et le degre de liberte qui leur est accorde doivent etre nettement delimites dans l'accord definitif ; il doit notamment enumerer les questions sur lesquelles les organes executifs (qu'il s'agisse du president, du comite directeur, du chef de file, du directeur du projet ou de la direction financiere) peuvent librement prendre des decisions et des initiatives, celles

qu'ils doivent soumettre à l'approbation du groupement au cours de l'exécution de leurs actions éventuelles, et celles qui doivent être soumises à une autorisation préalable des membres du groupement.

38. En dehors du contrôle du, fonctionnement ET du contrôle financier que le groupement peut être amené à exercer sur l'action de SES organes exécutifs, les membres du groupement auront à prendre toutes autres décisions relatives aussi bien à l'exécution du contrat avec le client qu'au fonctionnement interne du groupement qu'ils forment. Ici encore, la plus grande précision s'imposera en ce qui concerne la détermination des questions sur lesquelles les décisions du groupement ne sauraient être prises qu'à l'unanimité de ses membres, celles qu'il pourra prendre à la majorité qualifiée et, finalement, celles qui pourront être prises à la majorité simple. C'est en fonction de cette délimitation des questions, selon la nature des votes qui seront considérés comme nécessaires pour la prise de décisions du groupement à leur égard, que devra être conçu le règlement interne des réunions des membres, aussi bien sur ce problème des modalités de vote que sur celui du quorum nécessaire pour qu'une réunion périodique ou extraordinaire puisse être convenablement tenue. Étant donné qu'il est probable qu'un nombre important de décisions, surtout celles qui intéressent tous les membres du groupement, ne pourront en principe être prises qu'à l'unanimité, il semblerait naturel de prévoir, pour la tenue régulière des réunions du groupement, un quorum de 100 p. 100. Il se peut toutefois que si l'ordre du jour d'une réunion contient des questions sur lesquelles tel ou tel membre du groupement ne jugerait pas nécessaire de se prononcer, et si ce membre le fait savoir expressément en temps utile au président du groupement, une réunion puisse être tenue convenablement en l'absence du membre en question. Il faut également que soit réglé le problème de la représentation d'un membre par procuration, y compris la question de savoir si un membre peut exercer le droit de vote sur la base de plusieurs procurations et, si oui, quel est le nombre maximal de procurations qui peuvent être confiées à un seul membre. IL y aura également lieu de décider si, en CAS de partage des voix, celle du président sera prépondérante. Ce ne sont là toutefois que quelques exemples des questions qui doivent être traitées ET des solutions qui peuvent être adoptées. L'essentiel est que des précisions à l'égard des problèmes qui viennent d'être évoqués soient prévues dans les documents constitutifs du groupement.

VII. L'entrée en vigueur et la durée de validité des accords définitifs

39. Quels que soient la forme et la structure du groupement définitif, son objet et la répartition des prestations entre les membres ainsi que l'organisation de son fonctionnement interne, les dispositions qui s'y réfèrent, de même que toutes les autres dispositions des accords définitifs dont il sera question plus loin, ne deviennent valables qu'à l'entrée en vigueur de l'accord ou des accords définitifs. Lorsque les accords définitifs sont précédés d'un accord préliminaire, fait sous réserve de la conclusion du contrat, l'accord définitif entre en vigueur au moment de la conclusion du contrat avec le client. Lorsque les accords préliminaires qui précèdent l'accord définitif ne contiennent pas la clause d'entrée en vigueur automatique de l'accord définitif, en cas de conclusion du contrat, l'entrée en vigueur de l'accord définitif est rattachée à la fois à la conclusion du contrat avec le client et à la transformation de l'accord préliminaire en accord définitif (voir plus haut par. 13). En outre, l'entrée en vigueur de l'accord définitif devrait, si nécessaire, être expressément liée à l'approbation du contrat avec le client par les autorités compétentes des pays intéressés ainsi que par les organismes assurant le financement du contrat. Dans tous les cas, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord définitif, les relations à l'intérieur et à l'extérieur du groupement restent régies par l'accord

preliminaire.

40. L'accord définitif reste normalement en vigueur jusqu'à ce que toutes les obligations du groupement soient terminées, c'est-à-dire à l'expiration de la période pendant laquelle le groupement peut être tenu par certaines obligations de garantie vis-à-vis du client ou par des obligations à l'égard de tiers, ainsi que pendant le laps de temps durant lequel le client peut encore être tenu par certaines obligations, notamment des obligations de paiement, à l'égard du groupement, d'une part, et pendant le temps durant lequel les obligations réciproques entre les membres du groupement n'ont pas encore été entièrement réglées, de l'autre⁸.

41. La terminaison de l'accord de groupement entraîne un règlement financier entre ses membres. Avant toutefois d'entrer dans la discussion de cette question particulière, il convient de prévoir la manière générale dont les problèmes financiers peuvent être réglés dans les accords constitutifs de groupement.

VIII. Problèmes de financement

42. Lorsque le groupement est constitué sur une base purement contractuelle, une des solutions aux problèmes de financement serait de laisser à chaque membre le soin de financer lui-même le coût des prestations qui lui incombent en vertu de l'accord. Une autre solution, qui pourrait s'appliquer à la fois dans l'hypothèse de la constitution du groupement sur une base contractuelle et dans celle d'une société, serait de prévoir un fonds destiné à financer les dépenses communes du groupement, telles que les dépenses de négociations avec le client et autres frais généraux, les dépenses de chantier et analogues. Ce fonds commun pourrait être constitué par des versements des membres proportionnels à la valeur de leur participation dans l'ensemble des travaux, ce qui d'ailleurs pourrait être la solution pour la totalité du financement à assurer par le groupement. D'autres solutions peuvent être prévues à cet égard. Il est notamment possible de constituer un fonds commun alimenté comme prévu ci-dessus mais dont seraient disjointes certaines dépenses imputables à un ou plusieurs membres et qui seraient supportées par ceux-ci, selon une clef de répartition à déterminer. Il faut en tout cas qu'aussi bien la constitution du fonds commun que la manière dont il serait alimenté soient indiquées avec précision dans les accords constitutifs du groupement définitif.

43. Si le fonds commun EST constitué dans le cadre d'une société, son administration ne posera pas de problèmes particuliers. Dans le CAS d'un groupement constitué sur une base contractuelle, des précisions spéciales à cet égard devraient être apportées dans l'accord du groupement. Il faudra notamment déterminer le point de savoir à qui serait confiée l'administration du fonds commun. Au cas où le groupement créé sur une base contractuelle désignerait un chef de file, l'administration de ce fonds pourrait être confiée à l'entreprise qui assume ce rôle ou à une direction financière organisée à cet effet. Dans ce cas, les modalités, dont l'entreprise chef de file ou la direction financière aurait à procéder en matière d'administration du fonds, devraient également être précisées dans l'accord. L'accord définitif ou les actes constitutifs de la société devraient finalement contenir des dispositions relatives aux procédures de comptabilisation ET de répartition des différents comptes communs, du contrôle et de l'approbation de ces comptes.

44. Dans le CAS d'un groupement qui revet la forme d'une entite juridique, la presentation des factures au client est normalement faite sous une forme globale au nom et pour le compte de la societe. Lorsqu'il s'agit d'un groupement cree sur une base contractuelle, deux solutions differentes sont possibles, l'une consistant a faire presenter au client les factures par l'entreprise chef de file, l'autre par chaque membre pour la part des travaux qui lui incombe. Cette derniere solution pourrait particulierement s'imposer dans le cas de groupements constitues par un petit nombre d'entreprises. Lorsque dans le cas d'un groupement constitue sur une base contractuelle il est decide de choisir la formule d'une facture globale, chacun des membres adresserait ses factures individuelles, etablies en fonction de la repartition du prix global entre les membres du groupement, au chef de file qui les verifierait, les additionnerait, y ajouterait la partie afferente aux depenses communes et presenterait au client une facture unique au nom et pour le compte du groupement. Une fois la facture reglee au comptant ou par des traites, le chef de file repartirait les sommes recues entre les membres interesses sur la base des factures individuelles, prealablement approuvees par lui, tout en retenant, si cela s'avere necessaire, la partie relative aux depenses communes et aux provisions fiscales. On ne pourra negliger a cet egard l'incidence fiscale des methodes de facturation.

45. Un probleme particulier qui revet une importance considerable dans certaines formes de cooperation industrielle - et qui pourrait d'ailleurs se presenter aussi bien dans l'hypothese d'un groupement incorpore dans une entite juridique que dans celle d'un groupement constitue sur une base contractuelle - serait susceptible de se poser si une partie du paiement, -des prestations du groupement par le client comportait des prestations en en, par exemple la retrocession des produits d'une installation industrielle livree par le groupement. Il pourrait arriver en effet, dans ce cas, que seuls certains des membres du groupement soient interesses par les produits en question. Si un tel cas devait se produire, il y aurait lieu de traduire, en vue du reglement du prix - ou de la repartition des benefices - entre les membres du groupement, la valeur des produits livres en compensation dans la monnaie du contrat ou dans la monnaie convenue et a deduire cette valeur de la partie du prix - ou du benefice - qui reviendrait aux membres interesses en raison de leurs prestations ou de leur part dans le groupement. Il pourrait meme arriver que la valeur des produits livres en compensation depasse le montant du au membre du groupement qui recoit les produits en question, ce qui obligerait ce membre a reverser le surplus au groupement, ce surplus etant alors partage entre les autres membres du groupement en proportion des parts qui leur reviennent. Il pourrait etre finalement envisage de revendre, en commun ou par l'intermediaire d'une entreprise specialisee, selon des modalites a prévoir dans l'accord, la totalite ou une partie des produits livres par le client a titre de compensation. Les recettes obtenues de la sorte serviraient a regler les montants respectivement dus aux membres du groupement.

46. Un autre probleme important qui devrait etre traite d'une maniere detaillee et precise, aussi bien dans le contrat avec le client que dans l'accord de groupement, est celui de la monnaie du contrat. Lorsque la facture est presentee au client sous une forme globale et est reglee par lui dans la monnaie du contrat, il se peut que certains membres du groupement, qui engageraient notamment leurs depenses dans une monnaie autre que celle du contrat, veuillent que leur part leur soit payee dans cette autre monnaie ou dans toute autre monnaie de leur choix. Ce probleme de la difference entre la monnaie du contrat, telle qu'elle est determinee dans le contrat avec le client, et les paiements aux membres du groupement dans une monnaie differente peut se poser egalement dans d'autres hypotheses, notamment lorsque les factures individuelles sont presentees par chacun des

membres pour les travaux qui lui incombent. Dans toutes ces hypotheses, il faut que l'accord constitutif du groupement prevoie quelle sera la procedure de conversion de la monnaie du contrat valable, d'une maniere generale, pour les relations entre le groupement et le client, et la monnaie dans laquelle le membre du groupement en cause desirerait recevoir les paiements. Les taux de change qui entrent en ligne de compte pour la conversion pourraient etre directement determines dans l'accord ou par reference au taux valable a un jour donne sur telle place financiere, qui serait indiquee dans l'accord du groupement.

47. Lorsque le groupement opte pour la formule de la presentation au client d'une facture globale et de la repartition du paiement recu entre les membres, il semblerait utile d'attirer l'attention des entreprises interessees sur les risques impliquees par cette solution lorsqu'on choisit une monnaie de contrat avec le client differente des monnaies dans lesquelles le paiement serait fait aux membres. Ces risques se presentent aussi bien pour le groupement que pour les membres, compte tenu des variations des monnaies qui pourraient entrer en ligne de compte.

48. Il y aurait finalement lieu de preciser dans l'accord ce qui se passera sur le plan du reglement financier au moment de la terminaison de l'accord. A CET effet, il faudra constituer un compte definitif de chacun des membres et regler entre eux les soldes qui sont dus par certains et ceux qui peuvent etre dus a d'autres. Les modalites d'etablissement des comptes definitifs et du reglement des soldes devraient etre precisees par avance dans les documents constitutifs du groupement.

49. La facon dont seront assures le financement des operations du groupement, les relations financieres entre le groupement et le client, ainsi que la repartition entre les membres du groupement des paiements et des compensations fournis par le client, posent une serie de problemes susceptibles de creer des difficultes si leur solution n'est pas prevue d'avance d'une maniere tres precise dans les documents constitutifs du groupement. A cela s'ajoute que, quelle que soit la part de compensation en nature dans les operations qui peuvent etre entreprises par le groupement, il pourrait arriver qu'une partie du financement doive etre assuree au moyen de credits a plus ou moins long terme. Pour resoudre ce probleme, il y aurait lieu de s'assurer de la cooperation de banques et d'autres organismes financiers ainsi que des organismes nationaux d'assurance credit a l'exportation, la ou de tels organismes existent, soit que ces derniers s'occupent uniquement de l'assurance a l'exportation, soit a la fois du financement et de l'assurance.

50. Afin qu'elles puissent obtenir la cooperation des organismes dont il s'agit et realiser l'equilibre financier de leurs operations dans les meilleures conditions possibles, le plus grand soin est recommande aux entreprises desirant participer a un groupement international, constitue en vue de la realisation d'un projet determine, dans la redaction des clauses financieres des accords constitutifs de tels groupements. De plus, ces clauses devraient comporter des dispositions prises par les membres au sujet des paiements effectues par le client et des depenses faites par les membres dans des monnaies inconvertibles. On notera a cet egard que le controle de toutes ces operations devra en outre etre effectivement organise.

51. Cette recommandation s'applique egalement a une question voisine qui a deja ete traitee a

propos des accords preliminaires, a savoir Celle des garanties contractuelles que le groupement aurait a offrir au client (voir par. 11 ET 12 ci-dessus). Toutefois, dans les accords preliminaires, il s'agissait d'une caution garantissant l'engagement de maintenir l'offre dans le delai fixe et fournir les prestations promises au cas ou l'offre serait acceptee. Dans le cadre de l'execution du contrat, la garantie contractuelle que le client peut exiger d'une entreprise ou d'un groupement charge de la realisation d'un projet determine EST la caution dite de bonne fin d'execution. Il s'agit en l'espece d'une garantie offerte par une banque, une compagnie d'assurance ou une autre institution pratiquant ce genre d'operations que le client peut mettre en jeu, sous certaines conditions, au cas ou l'execution des travaux par le fournisseur ne repondrait pas aux specifications contractuelles. Dans la mesure ou la representation du groupement est assumee d'une maniere generale par le chef de file, designe par le groupement et accepte par le client, c'est ce chef de file qui peut etre appele a fournir la caution en question. Il y aurait alors lieu de prevoir la maniere dont cette caution serait couverte par les autres membres du groupement a l'egard du chef de file.

52. L'interet de l'aspect financier de tous ces problemes parait indeniable. Ils ne pourraient toutefois etre regles avant que ne soient precises les elements de base du probleme de la responsabilite du groupement a l'egard du client et de la repartition de ces responsabilites a l'interieur du groupement.

IX. La repartition des responsabilites a l'interieur du groupement

53. La necessite de repartir les responsabilites a l'interieur du groupement decoule tout naturellement de celles qu'il aura acceptees a l'egard du client. Mais ce probleme de repartition des responsabilites a l'interieur du groupement peut egalement se poser par suite du retard ou du defaut d'un des membres creant des difficultes a d'autres membres du groupement, meme avant que la responsabilite du groupement ne soit engagee a l'egard du client. Comme il a deja ete releve plus haut (voir par. 19 ci-dessus), le probleme de la repartition des responsabilites a l'interieur du groupement devrait deja etre regle d'une maniere aussi precise que possible dans les accords preliminaires, l'accord definitif du groupement ajoutant a cette premiere reglementation des precisions quant aux questions qui n'auraient pu etre reglees avant la conclusion du contrat avec le client. En tant que principe general, il pourrait etre suggere que la responsabilite globale que le groupement : accepte a l'egard du client ne depasse pas la somme des responsabilites que les membres sont disposes a accepter, chacun en ce qui le concerne. L'application de ce principe, en pratique, peut toutefois creer un certain nombre de difficultes. En fait, ce probleme est avant tout celui des risques globaux a calculer et celui de prevoir jusqu'a quel point les differents membres du groupement sont en mesure ou desireux d'accepter leur part de ces risques. Dans le cas ou un ou plusieurs membres du groupement ne sont pas en mesure ou ne sont pas desireux de prendre une part du risque, par exemple proportionnel a leur part dans l'ensemble des travaux du groupement, la question peut se poser de savoir si ces membres entrent neanmoins en tant que membres dans le groupement mais avec une repartition de responsabilites differente de celle des travaux, ou s'ils restent en dehors du groupement avec lequel ils concluent un contrat de sous-traitance. 54. Dans certains cas, il arrive qu'un groupement constitue sous forme d'une societe ayant une personnalite juridique limite le capital de cette societe en se prevalant des dispositions relatives au minimum legal qui peut etre exige dans le pays dont la loi regit le statut de la societe a creer. Dans ce cas, la repartition des fournitures et des prestations entre les associes est effectuee par les contrats individuels de sous-traitance entre la societe et les associes. Il se peut toutefois dans ce cas que le client, etant en presence d'un groupement qui a pris la forme d'une societe a capital reduit, demande

que chacun des membres fournisse directement au client, en plus de l'engagement de la société, un engagement personnel pour ses travaux ou que tous les membres lui fournissent des engagements solidaires.

55. Pour assurer l'équilibre entre la responsabilité globale du groupement et la répartition de cette responsabilité entre ses membres, la solution que l'on rencontre souvent en pratique consiste à faire supporter par chacun des membres les conséquences dommageables de ses propres actes ou omissions, dans la mesure ou le défaut, pour lequel le groupement est responsable en vertu du contrat conclu avec le client, peut être imputé à un ou à plusieurs membres du groupement. Lorsqu'il apparaît impossible de déterminer avec exactitude qui est le membre ou qui sont les membres qui sont à l'origine du défaut, il est généralement admis que chaque membre prend sur lui la part de responsabilité du groupement qui correspond au pourcentage de sa rémunération par rapport au prix de l'ensemble.

56. L'application de ce principe peut toutefois se heurter à des difficultés en pratique, notamment lorsque la rémunération du membre du groupement - dont la faute est à l'origine du défaut - ne constitue qu'une faible part du prix de l'ensemble. Un exemple particulièrement typique de cette situation est le cas de l'entreprise chargée de l'ingénierie de construction et de production d'un complexe industriel à construire. Les conséquences de ses fautes, notamment des fautes de conception, sont de nature à mettre en jeu la responsabilité globale du groupement tandis que la rémunération de ses prestations est sans aucune commune mesure avec ce que cette responsabilité peut représenter sur le plan financier. Une situation analogue peut se présenter également lorsque de petites ou moyennes entreprises, choisies en raison de leur haute spécialisation technique dans certains domaines, font partie d'un groupement. Il paraît évident que la solution énoncée au paragraphe précédent ne saurait être appliquée telle quelle dans les situations qui viennent d'être envisagées.

57. Pour alléger la situation des membres qui ne pourraient accepter, sans courir de trop grands risques financiers, de supporter la responsabilité globale du groupement due à des fautes exclusives desdits membres, il peut être envisagé - et il est souvent admis en pratique - que les membres du groupement, tels que les sociétés d'ingénierie dont la rémunération ne constitue qu'un faible pourcentage du prix global, ne répondent, même des fautes qui leur sont imputables, que dans la limite d'un pourcentage de leur rémunération, le reste - le surplus de la responsabilité du groupement, pouvant être dû au client en raison de la faute exclusive de l'ingénierie, dit " responsabilité résiduelle " - étant supporté par les autres membres du groupement au prorata de leur participation dans le coût de l'ensemble. Cette aggravation des responsabilités des autres membres du groupement pourrait toutefois être évitée dans la mesure où l'on réserve, dans le cadre du groupement, aux membres qui comme les entreprises d'ingénierie n'ont, en principe, droit à un faible pourcentage de la rémunération globale d'autres tâches qui augmenteraient sensiblement leur assiette financière dans la répartition des travaux de l'ensemble. Il peut d'ailleurs arriver en outre que les membres du groupement, à rémunération réduite par rapport au prix de l'ensemble, puissent accepter des responsabilités dépassant leur part de rémunération.

58. En revanche, et pour compenser tout avantage qui serait accordé au membre dont la

remuneration ne constitue qu'une petite proportion du prix global, la participation de ce membre a la responsabilite du groupement, dans le cas de l'impossibilite de determiner les causes du defaut de l'ensemble, pourrait etre accrue au-dela de sa part dans le prix global, toutefois toujours dans les limites du montant global de sa remuneration.

59. Reste a regler le probleme du cumul des fautes de plusieurs membres. Il semblerait normal de mettre en jeu au depart, dans cette hypothese, la responsabilite des membres dont les fautes seraient a l'origine de la responsabilite du groupement a l'egard du client. Mais il faudrait ensuite proceder a une repartition des responsabilites entre les membres auxquels ces fautes sont imputables. Cette repartition pourrait avoir pour base de calcul les pourcentages compares de participation de chacun des membres fautifs dans l'ensemble des travaux. Mais on pourrait egalement prendre en consideration, pour ce calcul, la gravite des fautes commises par chacun des membres impliquees, cette gravite etant determinee en fonction de la definition de la " faute lourde " dans le paragraphe 9.17 des Conditions generales pour la fourniture a l'exportation des materiels d'equipements elaborees sous les auspices de la Commission economique pour l'Europe des Nations Unies. Si l'on adopte cette derniere solution, il serait certainement utile de reproduire la definition de ce que l'on considere comme "faute lourde" dans l'accord constitutif du groupement⁹.

60. L'importance et la difficulte que pose le probleme de la repartition des responsabilites ne peuvent qu'inciter les membres du groupement a examiner soigneusement ses divers aspects et a les preciser dans les differents documents constitutifs du groupement afin de faciliter le reglement des contestations susceptibles de s'elever au cours de l'execution du contrat, au moment de la reception de l'ouvrage et pendant la periode de garantie.

61. Il s'agira des lors de repartir entre les membres leurs pourcentages de participation dans l'etablissement des garanties contractuelles a offrir au client, en vue de garantir la bonne execution du contrat (voir plus haut par. 11, 12 et 5 1). La solution de ce probleme se posera d'une facon differente selon que le contrat du groupement avec le client comporte ou non un engagement solidaire de tous les membres a l'egard du client (cf. a ce sujet le paragraphe 26 ci-dessus). Lorsque la responsabilite du groupement est assumee par le chef de file qui, seul, aurait a regler eventuellement au client les indemnitees dues par le groupement en cas d'inexecution ou de mauvaise execution du contrat, c'est egalement le chef de file qui devra fournir au client la totalite de la caution de bonne fin d'execution, convenue entre le groupement et le client. Il pourrait alors etre utile de prevoir dans l'accord de groupement que ses membres fourniront au chef de file des cautionnements couvrant leur part de responsabilites. Toutefois, dans le cas ou sur demande du client ou par decision du groupement une garantie solidaire est fournie au client par tous les membres du groupement, ceux-ci pourront se reunir pour faire donner un cautionnement global au client par une banque ou un groupement de banques.

62. Le groupement pourrait constituer UN fonds de prevoyance qui couvrirait tous les risques pouvant surgir en cours d'operation, y compris ceux qui resultent de la responsabilite du groupement a l'egard du client. La constitution ET le fonctionnement de ce fonds seraient analogues au fonds commun dont il est question plus haut aux paragraphes 42 et 43. On pourrait concevoir d'ailleurs que ce fonds de prevoyance soit instaure des la constitution du fonds commun.

63. Les membres du groupement pourraient finalement contracter une assurance des responsabilites professionnelles qui joue en couvrant les consequences des fautes et des erreurs commises par des fournisseurs et des prestataires dans l'execution des travaux. Dans la mesure ou chacun des membres du groupement ou certains d'entre eux seraient couverts par une assurance generale des responsabilites professionnelles, le groupement n'aurait pas a contracter une assurance supplementaire, sauf peut-etre pour le compte des membres qui n'auraient pas contracte, d'une maniere generale, une assurance des risques professionnels pour toutes leurs operations. Une autre garantie peut etre trouvee dans la formule de performance bonds, qui consiste a regler les consequences financieres de l'inexecution ou de la mauvaise execution des travaux. Une derniere forme de garantie pour le client pourrait etre fournie par l'assurance de la responsabilite des produits, compte tenu de la legislation en vigueur dans le pays du client. Il est vrai que toutes ces possibilites d'utiliser les differentes modalites de l'assurance, a titre de garantie de la responsabilite du groupement a l'exterieur et a l'interieur, sont encore soit difficiles a trouver sur le marche, soit relativement cheres.

64. Pour les autres assurances qui devraient etre conclues par le groupement, telles que : assurance aux tiers, assurance transport, assurance tous risques chantier et analogues, il y aurait deux formules possibles : soit une assurance globale prise pour le compte du groupement, les primes etant reglees par le fonds commun, soit des assurances individuelles prises par chacun des membres en ce qui concerne sa part des travaux et responsabilites. L'assurance globale prise pour le compte du groupement serait bien entendu meilleur Marche car elle eviterait un cumul de primes et les recours entre assureurs. IL ne faut toutefois pas oublier que de nombreuses entreprises contractent, pour certaines de leurs activites, des polices generales qui couvrent toutes leurs operations concernant les activites dont il s'agit. IL suffit de citer a ce sujet, a titre d'exemple, les polices flottantes dans le domaine des transports. Dans ce cas, il pourrait ne pas etre necessaire d'ajouter a ces polices individuelles une police commune du groupement, cette derniere formule ne pouvant englober que les membres du groupement qui, pour une activite donnee, n'auraient pas conclu une police generale a titre individuel.

X. Modifications de la composition du groupement

65. Il a deja ete indique plus haut que la composition du groupement peut etre modifiee par suite de retrait ou d'expulsion d'un membre, dans les conditions prevues par l'accord de groupement (voir par. 30 ci-dessus). Dans ces hypotheses, le groupement peut soit continuer avec une composition reduite, soit s'adjoindre de nouveaux membres, soit meme proceder a sa terminaison anticipee moyennant un arrangement special a prendre a ce sujet avec le client. Dans cette derniere situation, il y aurait lieu de proceder a la liquidation du groupement, etant entendu que le reglement financier a prevoir dans l'accord en vue de cette hypothese (voir par. 48 ci-dessus) devra tenir compte de la responsabilite du membre qui serait a l'origine de la necessite de dissoudre le groupement. 66. Un autre cas devrait encore etre envisage, celui ou l'un des membres voudrait lui-meme ceder ses droits et obligations resultant du contrat a une autre entreprise. En regle generale, il est admis qu'une telle cession de droits ne peut etre faite sans le consentement des autres membres du groupement et, si necessaire, du client. Il serait en tout cas utile de prevoir egalement ce probleme dans l'accord constitutif du groupement et d'indiquer la solution que les membres de ce groupement entendent

adopter a ce sujet.

XI. Terminaison de l'accord de groupement du fait du client

67. Si le contrat entre le client et le groupement se trouve termine du fait du client, par exemple par suite de l'inexecution par le client de ses obligations essentielles ou en raison d'une resiliation prevue par le contrat, le groupement peut soit subsister en vue de la realisation en commun de travaux analogues avec d'autres clients soit trouver lui aussi une fin anticipee. Dans ce dernier cas, il faudra proceder a la liquidation du groupement selon les principes qui ont deja ete evoques a plusieurs reprises (voir notamment par. 48 et 65). Toutefois, si des indemnites peuvent etre reclamees au client et sont en fait obtenues, il devra etre procede a une repartition entre -les membres du groupement des indemnites obtenues du client, et il serait certainement utile que la solution qui s'appliquerait a cette situation soit par avance determinee dans les accords constitutifs du groupement.

XII. Informations, propriete, intellectuelle et secret

68. Les prestations et les taches reparties entre les differents membres du groupement en vue de la realisation d'un projet determine sont en fait interdependantes et il est essentiel, pour la reussite de l'entreprise globale, que les differents membres du groupement soient exactement informes de la maniere dont les autres membres envisagent l'execution de leur partie des travaux, ainsi que de l'avancement des travaux qu'ils ont effectues. Cet echange d'informations devrait etre organise, assure et surveille dans le cadre de la tache de coordination dont sera charge, comme il a ete indique plus haut, soit une entreprise designee comme chef de file, soit un comite de coordination, soit le directeur du projet, soit tout autre organisme a qui serait confiee la fonction de coordonnateur des travaux (voir par. 25 et 27 ci-dessus). L'echange d'informations doit etre aussi large que necessaire. Il en resulte que, a tous les stades de la formation des accords et de la realisation des travaux, le succes de ceux-ci depend de la mesure dans laquelle les membres se communiquent - ou communiquent eventuellement au client - toutes les donnees, y compris les secrets de fabrication et les droits de propriete intellectuelle dont ils disposent et qui sont necessaires a l'execution satisfaisante de l'ensemble. La mise a la disposition du groupement de droits de propriete intellectuelle, de savoir-faire ou d'autres formes de technologie peut donner lieu a une redevance speciale au profit du donneur de renseignements techniques. Toutefois, lorsque ces renseignements sont exclusivement destines a etre utilises par les membres du groupement pour l'execution de leur partie des travaux, cette redevance peut etre reduite. Dans certains cas, la mise a la disposition du groupement des droits de propriete intellectuelle, des secrets de fabrication et analogues se trouve en fait incluse dans le prix etabli par chacun des membres du groupement pour sa part des travaux, de sorte que le probleme de la redevance speciale se trouve resolu parla voie de retablissement des prix individuels servant de base a l'etablissement du prix global pour l'ensemble des travaux entrepris par le groupement.

69. De meme qu'en ce qui concerne les accords preliminaires (voir par. 18 ci-dessus), les membres du groupement sont tenus de ne pas devoiler a des tiers les secrets industriels et commerciaux dont ils ont pu avoir connaissance du fait de leur participation aux travaux du groupement, et de ne pas

utiliser ces secrets en dehors de celui-ci. Ce secret devrait être maintenu pendant toute la durée de raccord. Afin d'éviter toute contestation possible à ce sujet, il serait utile que les membres du groupement fixent dans l'accord la durée de l'extension de ce maintien du secret au-delà de la durée de raccord. Même si cette solution peut être considérée comme s'imposant en tant que Principe général du droit, il pourrait être utile de l'inscrire dans une disposition de l'accord constitutif du groupement.

70. Il se peut que les informations techniques et même les droits de propriété intellectuelle mis à la disposition du groupement par un de ses membres donnent lieu - de la part de tiers - à des actions en contrefaçon dirigées contre le groupement, le membre titulaire des droits mis en cause ou le client. En vue de cette situation, et quelle que soit la personne contre laquelle l'action en contrefaçon est dirigée, il serait utile de prévoir dans l'accord du groupement la manière dont ses membres réagiront à une telle action. Il y aurait lieu notamment de préciser si la défense de l'action en contrefaçon incomberait uniquement au membre titulaire d'un droit de propriété intellectuelle contesté ou ayant fourni les informations techniques qui ont donné lieu à l'action, ou si cette défense serait présentée en commun par tous les membres du groupement ou par le chef de file agissant pour le compte du groupement. La solution qui serait prévue à ce sujet vaudrait à la fois pour le cas où l'action en contrefaçon serait dirigée contre le groupement ou un de ses membres, et pour celle où le client, attaqué par hypothèse, se retournerait contre le groupement.

71. En ce qui concerne le règlement des indemnités et des frais accessoires, y compris les frais de procès, dus à l'auteur d'une action en contrefaçon, en cas de condamnation du groupement ou du membre qui est l'auteur de l'information technique ayant donné lieu à l'action, il y aurait lieu de prévoir, dans les accords constitutifs du groupement, si cette indemnité et ces frais accessoires doivent être supportés par l'auteur de l'information technique exclusivement ou s'ils doivent être répartis entre tous les membres et, dans ce dernier cas, la proportion dans laquelle chacun devrait participer au règlement de ces indemnités et frais accessoires.

XIII. L'influence du changement des circonstances sur les accords internationaux de groupement

72. L'influence du changement des circonstances - lorsque des événements de cette sorte atteignent un des membres du groupement - sur les relations entre ce membre et ses autres partenaires doit être traitée différemment selon que le groupement est constitué sous la forme d'une société ou sur la base d'une simple convention. Lorsqu'il s'agit d'une société ou d'une association, même n'ayant pas de personnalité juridique, le problème du changement des circonstances se posera bien entendu tout d'abord dans les rapports entre le groupement en tant que tel et le client. À l'intérieur du groupement, le fait de la constitution d'un fonds commun destiné à assurer le financement de l'ensemble du projet faciliterait au groupement la continuation du projet; la situation de l'associé affecté par un changement significatif des circonstances devrait être réglée conformément à la loi nationale sous l'empire de laquelle a été établie la société qui donne son assise au groupement.

73. En revanche, lorsque le groupement est constitué sur la base d'une simple convention, il

appartiendra aux membres du groupement de regler dans leurs accords les consequences d'un changement de circonstances, qui concerne l'un ou plusieurs d'entre eux, de la maniere qu'ils jugeront la plus appropriee. Ils pourront s'inspirer a cet effet des suggestions faites a cet egard aux paragraphes 50 a 53 du Guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle¹ 0. En ce qui concerne les accords internationaux de groupement, la liste des circonstances auxquelles les parties decideraient d'accorder une influence sur le sort des accords, telle qu'elle est enoncee au paragraphe 50 du Guide precite, devrait probablement etre elargie. Il pourrait notamment etre envisage d'y introduire des precisions sur la maniere dont pourrait etre effectuee la revision des prix formules par les membres du groupement, pour tenir compte des elements dont se compose le prix de revient de ces membres, elements qui, surtout lorsqu'il s'agit de groupements composes d'entreprises dont le centre d'activite se trouve dans des pays differents, peuvent varier considerablement d'un membre a l'autre. IL pourrait etre suggere a cet egard d'essayer de convenir avec le client d'une formule de revision de prix incorporant le maximum d'indices susceptibles d'interesser, dans cet ordre d'idees, les membres du groupement.

74. L'accord peut egalement etre suspendu pendant son existence en cas de survenance d'un evenement determine temporaire. A cet effet, il peut etre utile de prevoir une clause de "suspension de l'accord" precisant quelles sont les obligations contractuelles qui seront suspendues (l'obligation de conservation du secret ou l'obligation de non-concurrence constituent typiquement le genre de clause a maintenir). Il sera egalement opportun de decider dans l'accord si les autres membres auront la possibilite de substituer un tiers au membre provisoirement defaillant (ce qui reglera notamment le point de savoir si d'eventuelles clauses de non-concurrence demeurent valables en cas de suspension de l'accord). Un dernier point a regler sera celui de la reprise de l'accord et du reglement des contestations en cas de disparition de l'evenement ayant entraine la suspension de l'accord. Il pourra etre egalement opportun de prevoir les limites de la suspension, delai au-dela duquel les membres seront en droit de considerer que l'accord est definitivement termine.

XIV. Force majeure

75. En ce qui concerne la notion de force majeure et son influence sur les accords de groupement, les observations qui figurent au paragraphe 73 ci-dessus s'appliquent egalement, sous reserve toutefois de certaines situations particulieres aux accords de groupements (voir notamment le paragraphe 561\0 1 du Guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle).

76. Ainsi, il y aurait lieu d'envisager le cas ou la specialisation unique du membre, frappe de force majeure, rendrait impossible son remplacement et, par voie de consequence, la continuation de l'execution du contrat avec le client. Nous nous trouverions dans ce cas en presence d'une situation dans laquelle une terminaison anticipee du contrat ou de l'accord pourrait devenir inevitable.

77. Abstraction faite de cette derniere situation, il faudrait prevoir, dans les accords de groupement, la maniere dont pourra etre assuree la succession du membre empeche, par les circonstances definies comme constituant une force majeure dans les accords de groupement, de continuer a

executer ses obligations, en adaptant a cette situation les solutions qui ont ete suggerees, aussi bien a propos d'accords preliminaires que d'accords definitifs du groupement, pour les cas de retrait ou d'expulsion d'un membre du groupement (voir plus haut par. 13 a 15, 30 et 65).

78. La question peut etre posee de savoir si un membre, empeche par un cas de force majeure de continuer sa participation aux travaux du groupement, doit ou non participer au reglement des frais supplementaires crees par cette situation. Il est vrai que la notion meme de force majeure n'est guere compatible avec une solution de ce genre. Il n'est toutefois pas certain qu'une participation du membre frappe d'un cas de force majeure au reglement des frais, dans la situation qui vient d'etre exposee, doive etre exclue d'une maniere absolue. Elle pourrait, semble-t-il, etre admise comme une possibilite dans les accords constitutifs du groupement.

79. En dehors du cas de groupements constitues sous forme d'une societe ou d'une association et de ceux qui sont formes sur la base d'une simple convention, il faudra tenir compte d'une autre hypothese, celle ou meme dans le cas d'une societe il existe des accords speciaux entre les membres. Dans ce cas, il pourrait etre utile de regler dans ces accords les consequences de la situation dans laquelle l'un des membres serait frappe de force majeure. Une situation particuliere se presenterait a cet egard s'il devait s'agir d'une societe dont les associes, par des engagements individuels, acceptent une obligation solidaire a l'egard du client.

80. En ce qui concerne le reglement des redevances dues au membre frappe de force majeure, pour les prestations accomplies dans l'execution du projet avant l'intervention de la force majeure, il ne doit pas etre oublie que, dans certaines legislations nationales, il est prevu que le membre du groupement frappe de la force majeure peut etre oblige de restituer une partie des remunerations qui lui sont dues. Une disposition dans ce sens pourrait etre introduite dans les accords de groupement qui peuvent etre rattaches a des legislations n'interdisant pas une solution dans le sens indique.

XV. Loi applicable

81. Sur Ce point encore, il y aura lieu de distinguer entre les groupements constitues sous la forme d'une societe ou d'une association et ceux qui le sont sur la base d'une convention. Dans le cas d'une societe ou d'une association, les relations entre les associes sont normalement regies par la loi du pays dans lequel la societe ou l'association est etablie. Cela peut donner lieu a certaines difficultes lorsque la loi choisie pour le contrat entre le groupement et le client est differente de la loi regissant la societe. Les membres du groupement ayant pris la forme d'une societe auront a prevoir, dans ce cas, la maniere dont des contradictions de cet ordre pourraient etre resorbees dans le cadre de la legislation applicable a la societe, d'une part, et dans celle qui s'applique aux contrats avec le client, de l'autre.

82. Dans le cas ou le groupement serait constitue sur la base d'une convention, les membres du groupement pourraient adopter pour leurs relations reciproques, toutefois toujours dans les limites des lois imperatives des pays interesses, la meme loi que celle qui serait adoptee dans les rapports

entre le groupement et le client. Ils pourraient s'inspirer pour cela des considerations qui figurent au sujet de la loi applicable au chapitre X du Guide sur la redaction de contrats relatifs a la realisation d'ensembles industriels et au paragraphe 59 du Guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle^{1\0 2}.

83. Pour eviter les difficultes qui pourraient resulter pour la constitution du groupement du fait que, dans l'intervalle entre la conclusion du contrat avec le client et la constitution definitive du groupement, il y aurait des modifications dans les lois nationales applicables au contrat de societe ou a l'accord de groupement a conclure entre les differents membres, il pourrait etre prevu que, pour autant que le contrat avec le client soit soumis a la loi qui s'applique egalement a l'accord de groupement, on tienne compte de cette derniere loi telle qu'elle serait en vigueur au moment de la constitution definitive du groupement.

XVI. Reglement des litiges

84. De meme que pour les contrats de cooperation industrielle, du fait de la connexite des operations qui se nouent, d'une part, entre le groupement et le client et, d'autre part, entre les membres du groupement dans le cadre de l'execution du projet en vue duquel le groupement a ete constitue, il pourrait etre souhaitable de recourir pour les litiges naissant entre le groupement et le client, d'un cote, et entre les membres du groupement, de l'autre, a des procedures identiques ou harmonisees d'arbitrage (cf. les paragraphes 60 et suivants du Guide pour la reduction de contrats internationaux de cooperation industrielle)¹³. Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours aux procedures identiques ou harmonisees d'arbitrage risque de se heurter, dans bien des cas, aux dispositions imperatives des lois auxquelles sont soumis, soit les groupements constitues sous la forme d'une societe, soit les membres d'un groupement constitue sur la base d'une convention. Dans beaucoup de droits nationaux, il pourrait en effet etre interdit de soumettre les litiges nes entre les parties a un contrat de societe, etabli sous l'empire du droit en question, et meme entre les membres d'un groupement constitue sur la base d'une simple convention, a une procedure arbitrale de caractere international. Dans de telles hypotheses, les membres du groupement seront obliges de prévoir, pour regler les differends entre eux, une procedure admise par la loi nationale ou les lois nationales qui leur seraient applicables, procedure qui ne concorderait pas necessairement avec celle qui sera admise dans les rapports du groupement avec son client.

85. Dans les cas ou le fond d'un litige entre les membres du groupement, qui serait la consequence d'un litige entre le groupement et son client, porterait essentiellement sur une question d'ordre technique, les membres du groupement pourraient prévoir pour les situations de cet ordre un recours a l'expertise technique neutre, selon les modalites prevues a ce sujet aux paragraphes 64 et 65 du Guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle^{1\0 3}, recours qui aurait lieu prealablement a toute procedure judiciaire ou arbitrale de reglement de litiges, portant a la fois sur les rapports entre le groupement et son client et sur les rapports consecutifs des membres du groupement entre eux. L'introduction dans la procedure de reglement de litiges d'une telle expertise technique prealable permettrait, dans bien des cas, d'eviter un recours ulterieur a une procedure juridique et, au cas ou une procedure juridique se revelerait neanmoins necessaire, la determination uniforme des faits de la cause diminuerait, dans une large mesure, le danger d'une contradiction eventuelle entre deux procedures differentes qui auraient eu lieu a propos des memes

faits, a l'exterieur et a l'interieur du groupement.

Annexe

Extraits des guides anterieurs elabores par le groupe d'experts sur les contrats internationaux en usage dans l'industrie et mentionnes dans le present guide

A. Guide sur la redaction de contrats relatifs a la realisation d'ensembles industriels

1) Determination de la loi applicable

45. i) Les parties ont certainement interet a connaitre a l'avance la loi qui sera applicable en cas de differend. Elles auront donc a preciser ce point au contrat.

ii) Il arrive que les parties stipulent que le contrat est regi par la loi du pays du contractant du client. Cette solution, qui permet au fournisseur de connaitre aisement les dispositions de la loi applicable, est sujette cependant aux derogations des dispositions imperatives de la loi du pays ou est situe l'ensemble industriel (dispositions sur les conditions de travail, la securite sociale, la securite du travail, la fiscalite, etc.).

iii) Parfois, les parties, estimant que le centre des operations portant sur la realisation d'ensembles industriels se trouve dans le pays ou l'installation doit etre realisee, adoptent la loi de la situation de l'installation. Cette solution presente toutefois l'inconvenient que cette loi et la jurisprudence peuvent etre mal connues des contractants du client. Ce choix risque egalement de rendre la determination des rapports entre le contractant principal et ses sous-traitants plus difficile.

iv) Une solution intermediaire consiste a preciser au contrat que la loi applicable sera la loi d'un pays tiers. Toutefois, la loi d'un pays tiers peut egalement se heurter aux dispositions de la loi du lieu de la situation de l'ensemble.

v) Une autre solution intermediaire consiste a diviser le contrat de facon a avoir, pour les differentes fournitures et prestations, des lois applicables correspondant a la situation des diverses operations (loi du vendeur pour la fourniture, loi de l'acheteur pour le montage ou la construction de batiments, etc.). Le defaut de cette solution est que l'application de plusieurs lois risque de creer des situations contradictoires.

vi) Il arrive aussi que, lorsque cela est permis en vertu des lois et conventions internationales applicables, les parties autorisent les arbitres a rendre leur sentence en amiables compositeurs. Cette solution ne semble pas, toutefois, donner toujours les resultats escomptes en raison de l'incertitude

qui s'attache a la notion meme de l'amiable composition.

vii) Devant les difficultes que presente le choix de la loi applicable, les parties pourraient finalement preferer revenir a la solution de l'article VII de la Convention europeenne sur l'arbitrage commercial international de 1961 et confier aux arbitres le soin de rechercher la loi applicable, etant entendu que les arbitres tiendront compte des dispositions du contrat et des usages de la branche du commerce interessee. Cette solution ne permettrait toutefois pas aux parties de connaitre a l'avance la loi qui serait appliquee en cas de differend. Aussi peut-il etre recommande aux parties, tout en determinant dans leur contrat la loi qu'elles voudraient voir appliquer en cas de litiges, de rediger les contrats de facon suffisamment precise et detaillee pour qu'a l'occasion d'un litige le recours a une loi nationale ne devienne indispensable que dans des cas exceptionnels.

2) Identite des lois applicables dans les relations du contractant principal avec le client, d'une part, et ses sous-traitants, de l'autre

46. En cas de contrats combines ou de contrats clefs en main, le contractant principal aurait interet a s'assurer que la loi applicable, dans ses relations avec le client, est la meme que la loi applicable dans ses relations avec les sous-traitants ou les autres contractants avec lesquels il partage une responsabilite.

B. Guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle

1) L'influence du changement des circonstances sur les contrats de cooperation industrielle

50. L'evolution des relations economiques internationales, etant donne surtout leur instabilite actuelle, oblige les parties a des contrats commerciaux internationaux d'une certaine duree a prévoir une possibilite d'adaptation de leurs contrats a revolution des circonstances. Dans les contrats de cooperation industrielle, dont la duree s'etend normalement sur plusieurs annees, il pourrait etre utile d'introduire une souplesse particuliere permettant, selon les circonstances, soit leur aménagement soit, dans les cas extremes, leur resiliation. La souplesse ne doit toutefois pas provoquer une trop grande incertitude pour les parties. Il conviendrait par consequent de prévoir au depart les changements de circonstances auxquels les parties decident d'accorder une influence sur le sort des contrats. Il peut s'agir, en l'espece, notamment de changement considerable des marches utilisant les produits, de leurs possibilites de commercialisation, de revolution des plans, programmes et possibilites de production dans les pays des cocontractants, des changements radicaux des legislations nationales, de la technologie, des prix de revient, de la disponibilite des matieres premieres, ainsi que des difficultes apparues dans la poursuite de la cooperation. La liste qui precede ne donne que des exemples. Mais meme cette enumeration montre qu'il s'agit ici de circonstances qui ne sont pas assimilables a la force majeure, sauf si elles constituent un veritable empechement a l'execution des contrats. Il suffit toutefois que ces circonstances, ou des circonstances analogues, modifient sensiblement l'equilibre contractuel pour que les parties puissent etre incitees a prévoir des mesures a prendre a leur sujet.

51. Une première solution serait de fixer dans le contrat même les conséquences de l'intervention d'une des circonstances retenues par les parties comme devant avoir une influence sur le sort des contrats de coopération industrielle. Un exemple d'une telle solution est la clause de révision des prix. Il n'est toutefois pas exclu que les parties prévoient dans leur contrat d'autres circonstances produisant des effets, également déterminés dans le contrat.

52. Si les parties n'arrivent pas à déterminer par avance les conséquences de tous les changements des circonstances qu'elles ont désignées comme susceptibles d'avoir une repercussion sur le contrat, elles auraient intérêt à prévoir une procédure de consultations, mise en mouvement sur requête d'une des parties, afin d'examiner la question de savoir si un changement de circonstances est suffisamment important pour justifier un aménagement ou une résiliation du contrat, qui ne pourraient être décidés dans cette hypothèse que d'un commun accord.

53. En prévision du cas où les parties n'arriveraient pas à s'entendre, leur contrat pourrait fixer le degré d'importance des influences provoquées par le changement de circonstances, et préciser notamment les changements qui ne devraient donner lieu qu'à des aménagements du contrat et ceux qui pourraient conduire à une résiliation avec toutes les conséquences que cela comporte et qui sont exposées dans la section suivante. Aussi bien l'aménagement du contrat que sa résiliation éventuelle ne devraient évidemment avoir lieu qu'avec certaines tolérances, à préciser dans le contrat. C'est également dans le contrat que les parties pourraient prévoir que, si elles ne s'entendent pas sur les conséquences d'un changement des circonstances sur le sort du contrat, l'aménagement ou la résiliation sera demandée à l'arbitrage au cas où c'est cette forme de règlement de différends qu'elles auraient retenue. Si elles désirent confier l'aménagement du contrat à l'arbitre, les parties devraient s'informer si, dans leurs pays respectifs, l'aménagement d'un contrat par un tiers, même sur un mandat donné par les parties, est juridiquement valable. Quant à la résiliation du contrat, dans les conditions prévues par les parties à ce sujet, qu'elle ait lieu par accord mutuel ou décision de l'arbitre, il y aura lieu de procéder au règlement des relations entre les parties. Mais c'est là une question générale sur laquelle il y aura lieu de revenir à la section suivante consacrée à la terminaison des contrats.

2) Terminaison des contrats

56. Une dernière cause de terminaison des contrats de coopération industrielle est l'apparition et surtout la persistance d'un cas de force majeure. En se référant toujours à la caractéristique fondamentale des contrats de coopération industrielle résultant de leur durée, il pourrait être suggéré que la recherche de la formule de force majeure soit faite par les parties avec la plus grande souplesse possible. On pourrait toutefois se demander si le délai - normalement adopté dans les contrats de vente de biens d'équipement pour considérer que la persistance d'un cas de force majeure doit donner lieu à la terminaison du contrat - ne doit pas être prolongé par les parties dans leurs contrats de coopération industrielle pour tenir compte de la nature de leurs relations et des difficultés que créerait la liquidation de ces contrats. Il y aura en tout cas lieu de préciser, encore mieux que dans la vente de biens d'équipement ou même dans la fourniture d'ensembles industriels, les conditions dans lesquelles se fera cette liquidation. Comme il a été déjà suggéré plus haut, à

defaut d'entente amiable entre les parties, le règlement financier de leurs relations devrait être effectuée selon la procédure prévue pour le règlement de différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat. La tâche des arbitres et des juges chargés de cette liquidation serait bien entendu facilitée si les parties en déterminaient les principes et les modalités dans le contrat lui-même. Une telle précision devrait en tout cas tenir compte tout au moins d'une différence qui existe entre la liquidation intervenue à la suite du changement des circonstances et de l'intervention de la force majeure, d'une part, et de la résiliation par suite de faute d'une des parties, de l'autre. 3) Loi applicable

59. Comme dans tout contrat international, il appartient aux parties à un contrat de coopération industrielle d'utiliser la liberté qui leur est laissée, dans les limites des lois impératives des pays intéressés, de choisir les lois applicables. Toutefois, on constate que les différents droits privés nationaux ne contiennent généralement pas de règles spécifiques régissant les relations contractuelles nouvelles créées par la coopération industrielle. Il peut être par conséquent suggéré aux parties de déterminer dans leurs contrats, d'une manière détaillée, leurs rapports réciproques de droit privé, en se référant par ailleurs, pour les questions non réglées dans le contrat, aux usages du commerce et à la loi qui leur paraîtra la mieux adaptée au type des relations qui existent entre elles. 4) Règlement des litiges

60. Comme beaucoup de contrats internationaux, ceux qui sont relatifs à la coopération industrielle contiennent, en règle générale, des clauses prévoyant une procédure arbitrale en vue du règlement de litiges éventuels entre les différents protagonistes. Le recours à l'arbitrage semble d'ailleurs répondre à la nature complexe des contrats de coopération industrielle. La pratique du commerce international offre sur ce point aux intéressés suffisamment de modalités d'arbitrage pour qu'ils puissent choisir la procédure la mieux adaptée aux cas d'espèce.

64. On peut constater à cet égard que, dans la pratique récente de l'arbitrage commercial international, nombre de litiges entre les parties à une opération touchant à l'industrie naissent de contestations d'ordre technique. Dans la procédure arbitrale, telle qu'elle se déroule normalement dans les relations internationales, les aspects techniques qui sont à la base du conflit viennent devant les arbitres à un moment éloigné de la date à laquelle s'étaient posées les difficultés techniques. Même si les arbitres désignent, comme cela arrive le plus souvent, des experts techniques, ces derniers sont appelés à se prononcer à un moment où les vérifications sur place, qui auraient pu être nécessaires, ont été rendues plus difficiles. Il pourrait être suggéré aux parties de s'entendre elles-mêmes par avance sur la désignation des experts techniques à qui seraient soumises sans tarder les contestations nées au sujet de la qualité de la technologie, des fournitures ou des productions. Si les parties n'arrivent pas elles-mêmes à se mettre d'accord sur le choix des experts, elles pourraient demander que ceux-ci soient désignés par une institution spécialisée choisie d'un commun accord par les parties.

65. Pour éviter toute incertitude quant à la portée réelle des avis donnés par les experts techniques chargés de constatations techniques au cours et à la fin des opérations, il serait utile que les parties précisent cette portée dans leur contrat, en disant clairement si ces opinions doivent être tenues pour définitives ou simplement constituer un élément de fait d'un certain poids dans les

procedures arbitrales ulterieures. A defaut d'une telle precision, il est a presumer que l'avis de l'expert ne lierait pas l'arbitre. 1 Voir le guide sur la redaction de contrats relatifs a la realisation d'ensembles industriels (ECE/TRADE/117). 2 Voir le guide pour la redaction de contrats internationaux de cooperation industrielle (ECE/TRADE/124). 3 ECE/TRADE/117, par. 9, 36 et 37 ; ECE/TRADE/124, par. 32, 33 et 47. 4 Afin de faciliter la lecture du guide, le terme de " contrat " est utilise pour les relations entre le groupement et le client, le terme d' " accord " ou de " convention " pour les relations contractuelles entre les membres du groupement. 5 Les deux termes " organismes " et " entreprises " sont utilises ci-apres afin de tenir compte du fait que, dans certains pays, les operations decrites dans ce guide peuvent etre executees par des entites qui ne sont pas toujours des entreprises a proprement parler. 6 On entend par " conclusion du contrat ", dans le present guide, le moment de son entree en vigueur effective telle que definie par les parties. 7 Sur le plan terminologique, il convient de distinguer entre le " chef de file " et le " directeur du projet ", le chef de file etant normalement une entreprise, et le directeur du projet une personne qui peut etre choisie parmi le personnel superieur d'une, des entreprises membres du groupement ou pris en dehors de celui-ci. 8 Voir toutefois les paragraphes 65 et 66 ainsi que les chapitres XIII et XIV. 9 Par " faute lourde ", on entend un acte ou une omission du vendeur supposant de la part de celui-ci un manque de precaution caracterise, eu egard a la gravite des consequences qu'en l'espece un professionnel diligent aurait normalement prevues, ou laissant supposer un mepris delibere de ses consequences et non pas n'importe quel manque de soin ou d'habilete. (" Conditions generales No 188 " ; " Conditions generales No 188 A " ; " Conditions generales No 574 " ; " Conditions generales No 574 A ".) 10 Les paragraphes 50 a 53 en sont reproduits a l'annexe du present guide. 11 Ce paragraphe est reproduit en annexe au present guide. 12 Ces dispositions sont reproduites a l'annexe du present Guide. 13 Voir l'annexe du present Guide. 2003-02-05 A propos de Juris international Contactez-nous