

Marchés de travaux hors de l'Union européenne

par **Bernard-Michel BLOCH**

*Diplômé d'Études Supérieures Spécialisées (DESS) de Droit de la Construction
et de l'Urbanisme*

Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

1. Principaux organismes de financement	C 80 - 2
1.1 Banque mondiale.....	— 2
1.2 Fonds européen de développement	— 2
2. Procédures de passation des marchés	— 3
2.1 Directives concernant la passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA	— 3
2.1.1 Appel à la concurrence internationale	— 3
2.1.2 Préférences locales.....	— 4
2.1.3 Appel d'offres restreint et marché de gré à gré	— 4
2.1.4 Recommandations concernant certains types de marchés	— 4
2.2 Convention de Lomé IV.....	— 4
2.2.1 Appel à la concurrence et publicité.....	— 4
2.2.2 Préférences aux États ACP.....	— 4
2.2.3 Appels d'offres restreints et marchés de gré à gré.....	— 5
2.2.4 Pratiques encouragées.....	— 5
2.2.5 Pratiques sanctionnées	— 5
2.3 Législations nationales.....	— 5
3. Exécution des marchés	— 6
3.1 Points visant l'exécution des contrats figurant dans les directives de la BIRD et de l'IDA.....	— 6
3.2 Cahiers des charges FIDIC et FED	— 6
3.3 Législations nationales.....	— 6
4. Garanties exigées des titulaires de marchés	— 12
4.1 Caution de soumission.....	— 13
4.2 Garantie de bonne fin (ou de bonne exécution)	— 13
4.3 Garantie à première demande.....	— 13
5. Couverture des risques pris par les entreprises	— 13
5.1 Garantie des risques politiques et commerciaux	— 14
5.2 Garantie des risques catastrophiques	— 14
5.3 Techniques d'indemnisation.....	— 14
5.4 Garantie des risques monétaires	— 14
5.5 Perspectives européennes.....	— 14
6. Règlement des différends.....	— 15
6.1 Arbitrage CIRDI	— 15
6.2 Arbitrage CCI.....	— 15
6.3 Arbitrage FED.....	— 15

Hors de la communauté européenne, les marchés de travaux peuvent être soumis à des législations nationales propres (surtout s'il s'agit de marchés publics), ou alors bénéficier d'une liberté contractuelle plus ou moins étendue (notamment s'il s'agit de marchés privés). Les entreprises françaises suscep-

tibles d'être intéressées par des marchés hors des frontières européennes peuvent ainsi se trouver confrontées à des situations différentes selon le niveau de développement des pays concernés et les rapports diplomatiques et économiques entretenus par ces pays avec les nations industrialisées et les organisations internationales.

1. Principaux organismes de financement

On peut distinguer deux grands organismes de financement internationaux pour les marchés de travaux à l'étranger : le groupe de la Banque mondiale et le Fonds européen de développement.

1.1 Banque mondiale

Le groupe de la Banque mondiale est un ensemble de trois institutions qui ont pour vocation d'apporter une assistance technique et financière aux pays en voie de développement.

■ La **Banque internationale pour la reconstruction et le développement** (BIRD) dont le siège est à Washington a été créée en 1945, à la suite de la conférence de Bretton Woods ouverte en juillet 1944.

Les cinq principaux souscripteurs au capital de la Banque sont les États-Unis, le Japon, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni.

Depuis sa création, 155 États ont adhéré à la Banque dont les objectifs principaux, énoncés dans ses statuts, sont :

- l'aide à la reconstruction des économies dévastées par la guerre ;
- la participation au développement économique des États membres ;
- la promotion du progrès économique des pays en développement par l'apport d'une aide technique et financière adaptée pour des projets déterminés, les plus utiles et les plus urgents.

Pour atteindre ces objectifs, la BIRD accorde, pour des travaux de génie civil préidentifiés et ayant une incidence directe sur la productivité de l'investissement, des prêts pour investissements spécifiques ou des prêts sectoriels d'investissement et de maintenance conditionnés par la faisabilité et la viabilité technique, financière, économique et institutionnelle de l'investissement. La Banque aide également à mettre au point l'investissement et à préparer des programmes de gestion et de formation pour les gestionnaires.

Ces prêts sont consentis aux États et aux organismes publics et entreprises privées qui ont obtenu une garantie de l'État pour le prêt de la BIRD.

La durée des prêts est généralement comprise entre 15 et 20 ans, le décaissement des fonds se faisant entre 3 et 9 ans. Le taux d'intérêt, qui varie tous les six mois en fonction du coût pondéré des emprunts de la BIRD pendant les 12 mois précédents, est fonction de l'évolution des marchés financiers (7,43 % au 1^{er} semestre 1994).

L'essentiel des ressources de la BIRD (16,4 milliards de dollars d'engagements en 1991 pour 126 prêts) provient en effet d'emprunts sur les marchés des capitaux (12,6 milliards de dollars en 1991).

■ L'**Association internationale de développement** (IDA) est une filiale de la BIRD, créée en 1960 pour aider les pays les plus pauvres du Tiers Monde (revenu annuel moyen par habitant < 1 305 \$) dont beaucoup venaient d'accéder à l'indépendance et qui ne pouvaient supporter le poids des formules de financement mises au point par la BIRD.

139 États en sont membres. Ses ressources proviennent essentiellement des États-Unis, du Japon, d'Allemagne, de France, d'autres pays de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique) et de certains pays de l'OPEP (Organisation des pays exportateurs de pétrole). La BIRD verse également à l'IDA une partie des revenus de son exercice.

L'IDA ne peut en effet se refinancer sur les marchés des capitaux, comme le fait la BIRD, car les crédits de développement qu'elle accorde, sur une durée moyenne de 50 ans, sont consentis sans intérêts. Ses ressources sont évaluées, pour la période allant de 1991 à 1993, à 15,5 milliards de dollars ; sur l'exercice 1990-1991, elle a octroyé 103 crédits pour un montant de 6,3 milliards de dollars.

■ La **Société financière internationale** (SFI), créée en 1956, a pour vocation d'accorder des prêts (essentiellement libellés en dollars) à des entreprises du secteur « productif » privé (ce qui exclut les investissements d'infrastructure) ou de prendre des participations en capital dans des entreprises de pays en développement.

Elle agit donc à la fois comme banque d'investissement et comme banque d'affaires en permettant l'association de partenaires locaux avec investisseurs de pays développés.

1.2 Fonds européen de développement

Le Fonds européen de développement (FED) est le principal instrument de la coopération financière et technique entre la communauté européenne et les pays en voie de développement qui

Principaux sigles utilisés	
Sigle	Signification
ACP	Afrique. Caraïbes. Pacifique
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
CCI	Chambre de commerce internationale
CEE	Communauté économique européenne
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
COFACE	Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur
FED	Fonds européen de développement
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs-conseils
IDA	Association internationale de développement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ONU	Organisation des nations unies
OPEP	Organisation des pays exportateurs de pétrole
PTOM	Pays et territoires d'Outre-Mer
SFI	Société financière internationale

entretiennent avec elle des relations privilégiées dans le cadre d'un accord global de coopération.

Ce système trouve ses origines dans le traité de Rome du 25 mars 1957 (non modifié, sur ce point, par le traité de Maastricht du 7 février 1992) et concernait initialement les pays et territoires d'Outre-Mer (PTOM) dépendant encore de la Belgique, de la France, de l'Italie et des Pays-Bas.

Depuis lors, l'accession à l'indépendance de la plupart de ces pays et l'adhésion du Royaume-Uni ont fait que la politique de coopération européenne Nord-Sud concerne aujourd'hui 68 États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (États ACP) et une vingtaine de PTOM (tableaux 1 et 2).

Tableau 1 – Communauté européenne et États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP)

Europe des 15	Les 68 États ACP	
Allemagne	Antigua-et-Barbuda	Mali
Autriche	Bahamas	Maurice
Belgique	Barbade	Mauritanie
Danemark	Belize	Mozambique
Espagne	Bénin	Namibie
Finlande	Botswana	Niger
France	Burkina Faso	Nigéria
Grèce	Burundi	Ouganda
Irlande	Cameroun	Papouasie-Nouvelle-Guinée
Italie	Cap-vert	Rwanda
Luxembourg	Centrafrique	Saint-Christophe et Niévès
Pays-Bas	Comores	Saint-Domingue
Portugal	Congo	Sainte-Lucie
Royaume-Uni	Côte d'Ivoire	Saint-Vincent-et-les-Grenadines
Suède	Djibouti	Salomon
	Dominique	Samoa occidentales
	Éthiopie	Sao Tomé-et-Principe
	Fidji	Sénégal
	Gabon	Seychelles
	Gambie	Sierra Leone
	Ghana	Somalie
	Grenade	Soudan
	Guinée	Suriname
	Guinée-Bissau	Swaziland
	Guinée équatoriale	Tanzanie
	Guyana	Tchad
	Haïti	Togo
	Jamaïque	Tonga
	Kenya	Trinité-et-Tobago
	Kiribati	Tuvalu
	Lesotho	Vanuatu
	Liberia	Zaïre
	Madagascar	Zambie
	Malawi	Zimbabwe

Tableau 2 – Pays et territoires d'Outre-Mer (PTOM)

- **Pays dépendant de la France** : Nouvelle-Calédonie et dépendances, îles Wallis et Futuna, Polynésie française, Terres australes et antarctiques, Mayotte ;
- **Pays dépendant des Pays-Bas** : Antilles néerlandaises ;
- **Pays dépendant du Royaume-Uni** : Belize, Brunei, pays de la mer des Caraïbes (Antigua, Saint-Christophe, Niévès, Anguilla), îles Caïmans, îles Falkland et dépendances, îles Turques et Caïques, îles Vierges britanniques, Montserrat, Pitcairn, Sainte-Hélène et dépendances, territoire antarctique britannique, territoire britannique de l'océan Indien.

Différentes conventions d'association ACP-CEE se sont succédées (Lomé I : 28 février 1975 ; Lomé II : 31 octobre 1979 ; Lomé III : 8 décembre 1984 ; Lomé IV : 15 décembre 1989).

Lomé IV est le plus important accord de coopération conclu entre pays pauvres et pays industrialisés.

Conclue pour 10 ans à compter du 1^{er} mai 1990, la 4^e convention ACP-CEE est dotée d'une enveloppe financière d'une durée de 5 ans renouvelable de 12 milliards d'écus ; l'essentiel des fonds du FED (10,8 milliards d'écus), octroyés sous forme d'aides non remboursables, ira aux « programmes éducatifs » destinés à financer des projets spécifiques, répartis entre les pays bénéficiaires en fonction de leur population et de leur degré de développement. S'agissant des marchés de travaux, ce sont la construction de bâtiments (écoles, hôpitaux, usines), la réalisation de voies de communication (routes, ponts, chemins de fer) ainsi que d'installations portuaires, et les travaux d'aménagement hydraulique (barrages, adduction d'eau) qui entrent généralement dans les projets éligibles à des financements du FED.

2. Procédures de passation des marchés

Afin que l'utilisation des fonds s'effectue dans les meilleures conditions d'économie et d'efficacité, les organismes prêteurs, désireux que le choix se porte sur l'offre économiquement la plus avantageuse, ne financent que les projets ayant fait l'objet d'un appel à la concurrence internationale, sous réserve de préférences accordées aux entreprises nationales du pays emprunteur.

2.1 Directives concernant la passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'IDA

2.1.1 Appel à la concurrence internationale

Les directives adoptées par la BIRD et l'IDA posent clairement le principe de l'appel à la concurrence internationale pour la passation des marchés de travaux financés intégralement ou en partie sur les fonds provenant du prêt (art. 1.3). Mais, seuls les soumissionnaires des pays membres de la Banque et de Suisse sont admis à concourir (art. 1.5).

Le pays emprunteur doit envoyer un avis général de passation de marché à la Banque au moins 60 jours avant que le dossier d'appel d'offres ne soit mis à la disposition du public (art. 2.8). La Banque

fait publier cet avis dans le *Development Business* de l'ONU et demande qu'il soit également inséré au Journal Officiel ou dans un quotidien de grande diffusion du pays emprunteur. Pour les marchés importants, une présélection des soumissionnaires peut être nécessaire et la Banque peut demander au pays emprunteur de faire paraître le texte de l'avis de présélection ou d'appel d'offres dans les revues techniques ou publications spécialisées ayant une large diffusion internationale (art. 2.9).

Les directives prévoient des délais suffisants pour permettre aux soumissionnaires éventuels de se procurer le dossier en vue de remettre une offre convenablement préparée (45 jours minimum à compter de la date de l'appel d'offres, 90 jours lorsqu'il s'agit de gros travaux ou d'équipements complexes).

Si les directives prévoient que le pays emprunteur peut, après ouverture des plis, « demander à tout soumissionnaire de préciser tel point de son offre » (art. 2.46), il n'est en revanche « pas permis de rejeter toutes les offres et d'en demander de nouvelles sur la base des mêmes prescriptions techniques aux seules fins d'obtenir des prix inférieurs » (art. 2.60). Mais si l'offre jugée la plus avantageuse est très supérieure aux estimations de coûts, le pays emprunteur peut, au lieu de lancer un nouvel appel d'offres, entamer des discussions avec le moins-disant « pour essayer d'obtenir un marché satisfaisant » (art. 2.60).

2.1.2 Préférences locales

La BIRD, étant une institution de développement, est soucieuse d'encourager les entreprises du pays emprunteur. C'est pourquoi une marge de préférence peut être accordée aux entrepreneurs nationaux pour les travaux de génie civil dans les pays membres où le revenu par habitant est inférieur à un plafond préalablement fixé. Le mécanisme est le suivant : lors de l'évaluation et de la comparaison des offres, celles émanant des entrepreneurs nationaux qualifiés et admis à bénéficier de la préférence sont classées à part, et un montant égal à 7,5 % du montant de l'offre est ajouté à chaque offre classée dans le groupe de celles émanant d'entreprises étrangères.

2.1.3 Appel d'offres restreint et marché de gré à gré

Dans certains cas, l'appel à la concurrence internationale n'est pas la méthode de passation des marchés la plus économique ni la plus efficace. Les directives admettent alors l'appel d'offres international restreint lorsque les montants en jeu sont peu importants ; mais, dans ce cas, il n'est pas accordé de marge de préférence aux entreprises nationales lors de l'évaluation des offres (art. 3.2).

Il peut aussi être fait appel à la concurrence, dont la publicité est faite localement, pour des marchés de travaux qui, étant donné leur nature ou leur peu d'importance, n'intéresseront probablement pas des entreprises étrangères (travaux géographiquement dispersés ou étalés dans le temps ou demandant une main-d'œuvre importante) (art. 3.3).

Enfin, la passation de gré à gré sans appel à la concurrence de marchés de travaux de génie civil peut être retenue dans les cas exceptionnels où la concurrence internationale « n'a pas permis de retenir un entrepreneur capable et désireux d'exécuter les travaux demandés à un prix raisonnable » (art. 3.5).

2.1.4 Recommandations concernant certains types de marchés

2.1.4.1 Groupements d'entreprises

L'objectif de la BIRD étant de favoriser le développement industriel des pays emprunteurs, il est normal que soit encouragée la participation des entrepreneurs locaux au processus de passation des

marchés. Ces derniers peuvent donc soumissionner seuls ou en association avec des entrepreneurs étrangers, mais « la Banque rejette les appels d'offres qui exigent la constitution de coentreprises ou d'autres formes d'association entre les entreprises locales et les entreprises étrangères » (art. 1.9).

2.1.4.2 Marchés sur dépenses contrôlées

La BIRD n'accepte les marchés sur dépenses contrôlées que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple quand l'opération présente des risques importants ou que les coûts ne peuvent pas être déterminés à l'avance avec suffisamment de précision. Il est bien précisé alors que ces marchés « doivent comprendre des dispositions appropriées en vue de limiter les dépenses » (art. 2.3).

2.1.4.3 Marchés clés en mains

Dans certains cas comportant, par exemple, l'utilisation de procédés spéciaux ou de processus de fabrication étroitement intégrés, la BIRD autorise la passation de marchés clés en mains, c'est-à-dire que la conception et les études techniques, la fourniture et l'installation du matériel et la construction de l'usine font l'objet d'un seul et même marché (art. 2.6).

2.2 Convention de Lomé IV

Lomé IV a été complétée par une « Réglementation générale » relative aux marchés financés par le FED qui a été adoptée le 29 mars 1990 (entrée en vigueur le 1^{er} juin 1991).

Cette réglementation générale reprend et précise en détail les principes de passation et d'attribution des marchés dégagés par Lomé IV.

2.2.1 Appel à la concurrence et publicité

La participation aux appels d'offres et marchés financés par le FED est ouverte, à égalité de conditions, aux entreprises, privées ou publiques, de la communauté européenne et des États ACP (art. 294 et 295).

Cependant, « dans le but d'assurer le meilleur rapport du coût et de l'efficacité du système », les personnes physiques ou morales ressortissantes de pays en développement non ACP peuvent être autorisées à participer aux marchés financés par le FED (art. 296). Une telle démarche se justifie par exemple pour des États ACP enclavés ou insulaires, tributaires des distances, des difficultés de transports et des délais de livraison entraînant un renchérissement excessif du coût d'exécution des marchés.

La participation de pays tiers aux marchés cofinancés par le FED et d'autres bailleurs de fonds est également autorisée (art. 296).

Lorsque la décision est prise de financer un projet, l'information est publiée au *Supplément* du Journal Officiel de la communauté européenne, souvent plusieurs mois avant le lancement des appels d'offres, ce qui permet d'attirer l'attention des entreprises intéressées déjà à ce stade de la vie du projet.

Les avis d'appels d'offres sont publiés conjointement au Journal Officiel de la communauté et dans les journaux officiels de tous les États ACP (art. 295) et reproduits dans certains journaux d'annonces spécialisés.

L'accès des entreprises au dossier d'appel d'offres est en outre facilité par un système de consultation dans les bureaux d'information de la communauté en place dans les capitales des États membres.

Le délai de présentation des offres est fixé en principe à 4 mois pour les marchés de travaux, délai qui peut être allongé en cas de présélection ou d'appel d'offres-concours.

2.2.2 Préférences aux États ACP

« Une participation aussi étendue que possible des personnes physiques et morales des États ACP à l'exécution des marchés financés par le FED » (art. 303) est souhaitée par la convention de Lomé IV « afin de permettre une utilisation optimale des ressources physiques et humaines de ces États » (art. 303).

Tout d'abord, une procédure accélérée de lancement d'appels d'offres est possible pour les aides d'urgence ou pour les marchés de travaux dont le coût estimatif est inférieur à 5 millions d'écus (art. 301). En ce cas, les délais de soumission sont plus courts et la publication est limitée à l'État ACP concerné et aux États ACP voisins.

De toute façon, « dans le cas des marchés de travaux d'une valeur inférieure à 5 millions d'écus, les soumissionnaires des États ACP bénéficient, pour autant qu'un quart au moins du capital et des cadres soit originaire d'un ou de plusieurs États ACP, d'une préférence de 10 % dans la comparaison des offres de qualité économique et technique équivalente » (art. 303).

Par ailleurs, lorsque la sous-traitance est autorisée par les conditions d'appel d'offres, le soumissionnaire retenu doit accorder la préférence aux entreprises des États ACP « capables d'exécuter le marché dans les mêmes conditions » (art. 303).

L'État ACP attribue en principe le marché au soumissionnaire « qui a présenté l'offre la plus avantageuse », les critères retenus étant essentiellement (art. 304) :

- le montant de l'offre, les coûts de fonctionnement et d'entretien ;
- les qualifications et les garanties offertes par l'entreprise, les qualités techniques de l'offre, ainsi que la proposition d'un service après-vente dans l'État ACP ;
- les conditions et délais d'exécution, et l'adaptation aux conditions locales.

Mais lorsque deux soumissions sont reconnues équivalentes, selon les critères énoncés ci-avant, la préférence est donnée à l'offre d'une entreprise ressortissante d'un État ACP ou, à défaut, à l'offre « qui permet la meilleure utilisation des ressources physiques et humaines des États ACP » ou qui ouvre « les meilleures possibilités de sous-traitance » aux sociétés et entreprises de ces États, ou encore à un « consortium de personnes physiques, d'entreprises ou de sociétés des États ACP et de la communauté » (art. 304).

2.2.3 Appels d'offres restreints et marchés de gré à gré

Selon l'article 298 de la Convention de Lomé IV, les **appels d'offres restreints** peuvent être utilisés :

- « lorsque l'urgence d'une situation est constatée ou lorsque la nature ou certaines caractéristiques particulières d'un marché le justifient » ;
- « pour des projets ou des programmes à caractère hautement spécialisé » ;
- « pour les marchés de grande importance, à la suite d'une présélection ».

En ce cas, une liste restreinte des soumissionnaires éventuels est établie par le ou les États ACP concernés, à la suite, le cas échéant, d'une procédure de présélection.

La conclusion de **marchés de gré à gré** reste possible pour « les actions de faible importance », les aides d'urgence, « des actions complémentaires ou nécessaires à l'achèvement d'autres déjà en cours » ou encore, comme dans le droit français des marchés publics, à la suite d'un appel d'offres infructueux. En ce cas, l'État ACP « engage librement les discussions qui lui paraissent utiles » avec les soumissionnaires figurant sur la liste restreinte visée ci-avant et attribue le marché au soumissionnaire qu'il a retenu.

2.2.4 Pratiques encouragées

2.2.4.1 Groupements d'entreprises

L'article 304 de la convention de Lomé IV réserve la préférence aux « consortiums » plurinationaux d'entreprises, car l'expérience a montré dans le passé que, d'un côté, les entreprises ressortissantes de la communauté européenne éprouvaient parfois des difficultés à pénétrer individuellement sur les marchés financés par le FED et que, d'un autre, il pouvait s'avérer hasardeux de trouver des entreprises locales présentant une envergure suffisante pour réaliser, seules, de grands travaux.

Les groupements d'entreprises sont donc favorisés car ils sont présumés apporter au partenaire local un enrichissement en technologie et en organisation.

2.2.4.2 Pratique des lots

Les projets financés par le FED font l'objet d'appels d'offres fractionnés par lots (éventuellement regroupés) de préférence à la passation de marchés clés en mains. Si la réalisation clés en mains permet en effet, en principe, d'espérer une exécution bien coordonnée d'un ouvrage achevé à temps, elle va à l'encontre des principes généraux du développement (favoriser l'émergence d'un secteur productif et apporter un soutien aux entreprises locales).

2.2.5 Pratiques sanctionnées

L'article 33.8 de la Réglementation générale FED prévoit que « toute tentative d'un soumissionnaire visant à influencer le maître d'ouvrage dans la procédure d'examen, de clarification, d'évaluation et de comparaison des soumissions et dans les décisions relatives à l'attribution du marché entraîne le rejet de sa soumission ».

Plus simplement, une soumission s'écarterant, d'une manière substantielle, du dossier d'appel d'offres et restreignant ou limitant les droits du maître d'ouvrage ou les obligations du soumissionnaire sera considérée comme non conforme (art. 34.3). Enfin, le maître d'ouvrage se réserve le droit d'annuler la procédure d'appel d'offres en cas d'atteinte à la libre concurrence ou d'entrave au fonctionnement normal du marché au sens économique (art. 35.2).

Mais le maître d'ouvrage « n'est pas tenu » – contrairement à ce qui est prévu dans le droit français des marchés publics – « d'indiquer les raisons de son choix ni de répondre aux demandes orales ou écrites faites par d'autres soumissionnaires au sujet du résultat de l'appel d'offres » (art. 37.3).

2.3 Législations nationales

En cas de recours à la procédure accélérée de lancement d'appel d'offres (§ 2.2.2), les délais pour la remise des soumissions sont réduits ; ils sont alors fixés conformément à la législation en vigueur dans l'État ACP concerné.

L'article 2 « Loi nationale » de la Réglementation générale FED confirme d'ailleurs que « pour toutes les questions non couvertes par la présente réglementation générale, la loi nationale (le droit national) de l'État du maître d'ouvrage est applicable ».

Il faut ici noter que beaucoup d'États ACP se sont dotés d'une réglementation des marchés publics susceptible de s'appliquer aux appels d'offres intéressant les entreprises étrangères. Par exemple, au Sénégal, le décret du 7 septembre 1982 prévoit que l'avis d'appel d'offres est publié soit dans un journal d'annonces légales, soit dans les bulletins des chambres de commerce, au moins 20 jours avant la date limite fixée pour la réception des offres.

De telles réglementations existent aussi dans de nombreux États non ACP et il convient évidemment d'en tenir compte si l'on veut

pouvoir participer aux appels d'offres lancés dans ces pays sur des programmes cofinancés par la BIRD et d'autres organismes publics de développement (Caisse centrale de coopération économique, par exemple). Ces réglementations ont en effet un caractère supplétif, applicable à défaut de dispositions plus précises figurant notamment dans les Directives adoptées par la BIRD ou la Convention de Lomé IV.

On peut citer ici la réglementation existant en Algérie : ce pays dispose d'un Code des marchés publics et d'une réglementation des marchés de l'opérateur public relativement élaborée.

3. Exécution des marchés

3.1 Points visant l'exécution des contrats figurant dans les directives de la BIRD et de l'IDA

Bien qu'elles soient intitulées « directives concernant la **passation** des marchés », les directives adoptées par la BIRD et l'IDA consacrent un certain nombre de développements à leurs conditions d'**exécution**.

Il y est tout d'abord mentionné (art. 2.15) que les pièces du marché doivent indiquer clairement « l'étendue des travaux à réaliser » et « les fonctions et pouvoirs de l'ingénieur ou de l'architecte » en ce qui concerne la supervision et l'administration du marché.

On relèvera plus particulièrement que :

- les marchés de travaux de génie civil doivent prévoir, « de façon appropriée », des avances de démarrage, des avances pour frais d'installations ou d'approvisionnements, des paiements par tranches et la constitution de « retenues de garantie raisonnables » (art. 2.28) ;
- les modalités de paiement doivent être fixées en fonction des procédures de retrait des fonds provenant du prêt, la Banque pouvant accepter de payer directement l'entrepreneur (art. 2.29) ;
- pour les marchés de travaux portant sur plusieurs années, une clause de révision des prix doit être prévue (art. 2.31) ;
- pour les travaux de génie civil, l'entrepreneur « devra généralement contracter une assurance tous risques » ; pour les vastes projets regroupant sur un même chantier plusieurs entrepreneurs, l'emprunteur peut souscrire à une « police globale projet » (art. 2.39) ;
- le marché doit prévoir des pénalités « d'un montant raisonnable » en cas de retard dans l'achèvement des travaux (art. 2.40).

3.2 Cahiers des charges FIDIC et FED

■ La Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) a mis au point des « Conditions de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil », communément appelées « Conditions » ou « Cahier des charges FIDIC ».

Ce contrat type est le document contractuel de référence pour la plupart des projets financés par la Banque mondiale ; sa quatrième édition (1990) reprend toujours la structure traditionnelle du système britannique de contrat de construction, où l'ingénieur dispose de larges prérogatives dans la supervision de l'exécution des travaux, mais sa rédaction a été allégée pour le rendre plus accessible au non-spécialiste.

■ Après la signature de Lomé IV (15 décembre 1989) et différentes mesures transitoires, le Conseil des ministres ACP-CEE a adopté un Cahier général des charges relatif aux marchés de travaux financés par le FED qui est entré en vigueur le 1^{er} juin 1991.

Ce Cahier des charges a été également adopté par le Conseil des Communautés européennes pour les marchés de travaux financés par le FED dans les PTOM.

■ Alors que les précédentes éditions des Conditions générales FIDIC (1977) et du Cahier des charges FED (1973) étaient assez sensiblement différentes, les premières se rattachant aux pratiques du droit anglo-saxon (recensement de tous les cas de figure possibles avant d'édicter telle clause du contrat), le second étant très nettement inspiré par le CCAG (Cahier des clauses administratives générales) français des marchés publics de travaux, les points de vue se sont rapprochés : la nouvelle version des conditions FIDIC a limité les pouvoirs de l'ingénieur, tandis que le nouveau Cahier des charges FED a consacré l'autonomie de la maîtrise d'œuvre et allégé les conditions d'indemnisation en cas d'augmentation ou de diminution de la masse des travaux, au profit d'un traitement des réclamations plus ouvert.

Finalement, on peut dire que les Conditions FIDIC et le Cahier des charges FED constituent aujourd'hui le fonds commun des obligations des constructeurs qui veulent participer à des marchés de travaux à l'étranger bénéficiant d'un financement international.

On trouvera donc, sous forme de tableaux comparatifs, l'essentiel des dispositions figurant dans les Conditions générales FIDIC et les Cahiers généraux des charges FED (tableau 3), ainsi que la liste des principaux points toujours détaillés par les documents particuliers propres à chaque marché (tableau 4).

3.3 Législations nationales

L'article 306 de la convention de Lomé IV réserve expressément la possibilité, pour les États ACP concernés, de prescrire des conditions générales pour l'exécution des marchés de travaux

financés par le FED, sous réserve qu'elles soient acceptées par la communauté économique européenne.

L'article 2 des Cahiers généraux des charges FED rappelle d'ailleurs que « pour toutes les questions non couvertes » par eux, la loi (le droit) de l'État du maître d'ouvrage – qui régit le marché, sauf dispositions différentes du Cahier des prescriptions spéciales (CPS) – est applicable.

Tableau 3 – Comparaison des principales dispositions des Conditions générales FIDIC et des Cahiers généraux des charges FED

Conditions générales FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Cahiers généraux des charges FED (ACP : 29 mars 1990, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 1991 – PTOM : 16 décembre 1991, applicable aux marchés conclus à partir du 1 ^{er} juin 1991)
<p style="text-align: center;">1. PARTICIPANTS À L'OPÉRATION</p> <div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div style="width: 48%;"> <p>● Ingénieur</p> <p>Dans l'exercice de la plupart de ses fonctions, l'ingénieur est mandataire du maître de l'ouvrage : « l'entrepreneur doit se conformer strictement » à ses instructions « sur toutes les questions, mentionnées ou non dans le marché, touchant ou concernant les travaux » (art. 13.1). Ses fonctions sont définies au marché, mais « sauf disposition expresse » de celui-ci, il n'a pas le pouvoir de relever l'entrepreneur de ses obligations contractuelles (art. 2.1).</p> <p>Mais ses pouvoirs ne sont pas illimités : il doit prendre l'avis du maître de l'ouvrage (par une « consultation en bonne et due forme ») avant d'accorder une prolongation de délai à l'entrepreneur (art. 44.1), avant de fixer des prix nouveaux (art. 52.2) ou avant de donner un accord sur un montant de réclamation (art. 53.5).</p> <p>En outre, l'ingénieur a un « devoir d'impartialité » (art. 2.6) lorsqu'il prend des décisions, donne des avis ou son accord dans des situations où les droits et obligations du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur peuvent être affectés.</p> <p>Cette neutralité de l'ingénieur s'impose d'autant mieux qu'il est investi d'une mission dans le règlement des litiges : avant tout arbitrage (cf. cas 11), les différends entre entrepreneur et maître d'ouvrage doivent être soumis à l'ingénieur pour décision (art. 67.1).</p> <p>● Sous-traitants : art. 4.1 et 4.2, 59.1 à 59.5</p> <p>Aucune sous-traitance n'est possible « sans le consentement préalable de l'ingénieur » (art. 4.1).</p> <p>Si l'entrepreneur principal n'est pas en mesure de prouver qu'il a payé son ou ses sous-traitants ou qu'il avait « un motif raisonnable » pour refuser le paiement, le maître de l'ouvrage est en droit de payer directement le ou les sous-traitants et « de déduire à titre de compensation le montant ainsi payé des sommes dues ou à devoir à l'entrepreneur » (art. 59.5).</p> </div> <div style="width: 48%;"> <p>● Maître d'œuvre</p> <p>Le maître d'œuvre est « le service public, la personne morale de droit public ou la personne physique ou morale désigné(e) par le maître d'ouvrage conformément au droit de l'État du maître d'ouvrage, qui a la responsabilité de la direction et/ou du contrôle de l'exécution du marché de travaux et à qui le maître d'ouvrage peut déléguer des droits et/ou des compétences au titre du marché » (art. 1.1). Ses tâches sont « stipulées dans le marché et, sauf si celui-ci l'indique expressément, le maître d'œuvre n'est habilité à délier le titulaire d'aucune de ses obligations contractuelles » (art. 5.1).</p> <p>Si « le maître d'œuvre a compétence pour ordonner toute modification » (ajouts, suppressions, changements) (art. 37), l'entrepreneur devant se conformer aux ordres de service donnés par le maître d'œuvre (art. 12.3), ce dernier doit néanmoins consulter de façon « appropriée » le maître de l'ouvrage avant d'accorder une prolongation du délai d'exécution (art. 35.3) ou de décider s'il y a lieu ou non de procéder à une modification (art. 37.4, cf. cas 2), et de façon générale à la suite de toute réclamation de l'entrepreneur (art. 38.4 et 55.2, cf. cas 11).</p> <p>● Sous-traitants : art. 7 et 52</p> <p>L'autorisation écrite préalable du maître de l'ouvrage est requise avant tout recours à la sous-traitance (art. 7.2).</p> <p>Préférence locale : à égalité d'aptitudes et de compétence, l'entrepreneur est tenu de donner la préférence à des sous-traitants locaux (art. 7.3).</p> <p>Le paiement direct des sous-traitants par le maître de l'ouvrage est possible, lorsque le titulaire ne remplit pas « ses engagements pécuniaires » à leur égard : en l'absence d'explications de sa part dans le délai fixé par une mise en demeure du maître d'œuvre, « le maître de l'ouvrage règle la créance réclamée par le sous-traitant sur les sommes restant dues au titulaire » (art. 52.1).</p> <p>Si l'entrepreneur principal « donne des motifs appropriés » à l'appui de son refus de paiement, le maître de l'ouvrage ne paie au sous-traitant que les sommes non contestées, le surplus étant gelé jusqu'à la production entre ses mains d'une transaction ou d'une décision arbitrale ou juridictionnelle mettant fin au différend (art. 52.2).</p> </div> </div>	

Tableau 3 – Comparaison des principales dispositions des Conditions générales FIDIC et des Cahiers généraux des charges FED (suite)

Conditions générales FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Cahiers généraux des charges FED (ACP : 29 mars 1990, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 1991 – PTOM : 16 décembre 1991, applicable aux marchés conclus à partir du 1 ^{er} juin 1991)
<p>2. MODIFICATIONS AUX TRAVAUX</p> <p>● Art. 51 et 52</p> <p>L'ingénieur peut ordonner l'exécution de tous travaux supplémentaires ou modificatifs sans limitation : il a tous pouvoirs du maître de l'ouvrage à cet égard.</p> <p>La valorisation de ces travaux implique néanmoins la « consultation en bonne et due forme » du maître de l'ouvrage lorsque le marché ne fait mention d'aucun prix applicable aux travaux modifiés ou lorsque les prix existant dans le marché s'avèrent inadéquats ou inapplicables.</p> <p>En cas de modifications supérieures à 15 % du « prix effectif du marché », l'entrepreneur peut obtenir une somme complémentaire tenant compte de ses frais de chantier et des frais généraux du marché (art. 52.3).</p>	<p>● Art. 37</p> <p>Les pouvoirs du maître d'œuvre sont très étendus en la matière (art. 37.1, cf. cas 1).</p> <p>Il doit cependant nécessairement consulter de façon « appropriée » le maître de l'ouvrage sur l'opportunité de procéder à la modification, après obtention du descriptif et du chiffrage, par l'entrepreneur, des travaux modificatifs demandés (art. 37.3 et 37.4). En revanche, c'est lui seul qui fixe « le prix qu'il estime raisonnable et approprié eu égard aux circonstances » si celui figurant dans le marché n'apparaît plus cohérent du fait de cette modification (art. 37.5).</p> <p>En cas de modification excédant 15 % du montant du marché, l'entrepreneur peut obtenir un supplément de prix qui est déterminé par le maître d'œuvre, après consultation du maître d'ouvrage (art. 37.7).</p>
<p>3. SUSPENSION DES TRAVAUX</p> <p>● Art. 40.1 à 40.3</p> <p>La suspension des travaux peut être ordonnée par l'ingénieur en l'absence de toute faute de l'entrepreneur. En ce cas, l'ingénieur doit notifier à ce dernier, « après consultation en bonne et due forme avec le maître de l'ouvrage » : 1) une prolongation des délais ; 2) un supplément de prix eu égard aux coûts entraînés par la suspension.</p> <p>Après 84 jours de suspension, l'entrepreneur peut demander l'autorisation de reprendre les travaux dans les 28 jours. Si elle ne lui est pas accordée, il peut « choisir de considérer » :</p> <ul style="list-style-type: none"> — la suspension d'une partie des travaux comme leur suppression ; — la suspension de l'ensemble des travaux comme une défaillance du maître de l'ouvrage (cf. cas 10). 	<p>● Art. 38</p> <p>La suspension des travaux peut, à tout moment, être ordonnée par le maître d'œuvre. Mais l'entrepreneur n'a droit à un supplément de prix pour frais occasionnés par les mesures conservatoires nécessaires à la protection des ouvrages et installations de chantier que s'il notifie « son intention de présenter une réclamation à leur sujet » dans les 30 jours qui suivent la réception de l'ordre de suspendre les travaux.</p> <p>Après 180 jours de suspension, le titulaire peut soit demander l'autorisation de poursuivre dans les 30 jours, soit « résilier le marché » (art. 38.5, cf. cas 10).</p>
<p>4. PRINCIPAUX DÉLAIS IMPARTIS À L'ENTREPRENEUR</p> <p>Délai pour fournir la preuve que les assurances requises aux termes du marché ont été souscrites : 84 jours suivant la date de démarrage (art. 25.1).</p> <p>Nécessité, pour l'entrepreneur, de notifier son intention de réclamer un paiement supplémentaire en cas de modification aux travaux : 14 jours suivant la date de l'ordre de l'ingénieur (art. 52.2).</p> <p>Réserves sur les plans et documents préparés par l'ingénieur pour le métré des ouvrages et travaux exécutés : 14 jours (art. 56.1).</p>	<p>Délai de réclamation sur ordre de service du maître d'œuvre : 30 jours, sous peine de forclusion (art. 12.3).</p> <p>Réserves sur inscriptions portées au journal des travaux : 15 jours (art. 39.4).</p>
<p>5. DÉLAIS D'EXÉCUTION ET PÉNALITÉS DE RETARD</p> <p>Une prolongation du délai d'exécution est possible en cas de travaux modificatifs importants ou de conditions climatiques exceptionnellement défavorables (art. 44.1), ainsi qu'en cas de suspension des travaux (art. 40.2), de demandes d'essais supplémentaires non prévus (art. 36.5) ou encore de défaut de mise à disposition des lieux par le maître de l'ouvrage (art. 42.2).</p> <p>Mais, pour préserver ses droits, l'entrepreneur doit nécessairement notifier à l'ingénieur, avec copie au maître de l'ouvrage, une demande de prolongation assortie de « précisions détaillées » dans les 28 jours « suivant l'événement » (art. 44.2).</p> <p>Si l'entrepreneur ne respecte pas le délai d'exécution, les dommages-intérêts forfaitaires pour retard, dont le montant et le plafond sont fixés dans l'annexe à la soumission, sont dus sans mise en demeure préalable, avec faculté pour le maître de l'ouvrage de se payer par prélèvement sur les sommes qu'il a entre les mains (art. 47.1).</p>	<p>Une prolongation du délai d'exécution est possible en cas de modification aux travaux (art. 37), de conditions climatiques exceptionnellement défavorables (art. 35.1), d'obstacles artificiels imprévisibles (art. 35.1), de suspension des travaux (art. 38.4) et, généralement, en cas de « manquement du maître d'ouvrage à ses obligations contractuelles » (art. 35.1).</p> <p>Mais cette prolongation doit être demandée par le titulaire dans les 30 jours « à compter du moment où il s'est rendu compte de l'éventualité d'un retard », avec des justificatifs « complets et détaillés » (art. 35.2).</p> <p>Elle n'est accordée par le maître d'œuvre qu'après « consultation appropriée du maître d'ouvrage » (art. 35.3).</p> <p>Si le titulaire du marché ne termine pas les travaux dans les délais, le maître d'ouvrage a droit à des indemnités forfaitaires pour retard, applicables sans mise en demeure préalable, au taux et à concurrence du plafond fixés dans le Cahier des prescriptions spéciales (art. 36.1).</p>

Tableau 3 – Comparaison des principales dispositions des Conditions générales FIDIC et des Cahiers généraux des charges FED (suite)

Conditions générales FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Cahiers généraux des charges FED (ACP : 29 mars 1990, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 1991 – PTOM : 16 décembre 1991, applicable aux marchés conclus à partir du 1 ^{er} juin 1991)
<p style="text-align: center;">6. RÉCEPTION ET GARANTIE</p> <p>● Art. 48.1 à 48.4, 49.1 et 49.2, 61 et 62</p> <p>C'est à l'entrepreneur de prendre l'initiative, « lorsque l'ensemble des travaux est substantiellement achevé », de notifier une demande de réception à l'ingénieur avec copie au maître de l'ouvrage (art. 48.1).</p> <p>L'ingénieur, dans le délai de 21 jours à compter de cette notification, doit délivrer un certificat de réception ou spécifier le travail restant à accomplir pour l'obtenir (art. 48.1).</p> <p>Un certificat de réception partielle doit être délivré chaque fois qu'un délai d'exécution particulier est stipulé dans l'annexe à la soumission ou lorsque le maître de l'ouvrage prend possession ou utilise « toute partie substantielle » d'ouvrages achevés ou toute partie d'ouvrages avant leur achèvement (art. 48.2).</p> <p>La durée du délai de garantie est fixée dans l'annexe à la soumission (tableau 4 du présent chapitre).</p> <p>La fin du délai de garantie fait l'objet d'un « certificat de fin du délai de garantie » donné par l'ingénieur dans un délai de 28 jours suivant son expiration (art. 62.1), à condition bien sûr que l'entrepreneur ait rempli toutes ses obligations de finitions des travaux mentionnées dans le certificat de réception et de réparation des vices et défauts apparus pendant la période de garantie (art. 49).</p>	
<p style="text-align: center;">7. DÉCOMPTÉ DÉFINITIF</p> <p>A. Dans les 84 jours suivant la délivrance du certificat de réception des travaux, l'entrepreneur doit soumettre à l'ingénieur un « décompte final » indiquant la « valeur définitive des travaux effectués conformément au marché », ainsi que les sommes supplémentaires et les montants estimés réclamés en plus (art. 60.5).</p> <p>Dans les 28 jours de la réception de ce décompte final, l'ingénieur doit certifier au maître de l'ouvrage le montant de l'acompte pouvant être payé à ce titre (art. 60.2 et 60.5).</p> <p>Le maître de l'ouvrage dispose alors d'un délai de 28 jours suivant le certificat d'acompte pour régler le montant dû à l'entrepreneur (art. 60.10).</p> <p>B. Dans les 56 jours suivant la délivrance du certificat de fin du délai de garantie, l'entrepreneur doit soumettre à l'ingénieur son « projet de décompte général » comprenant toutes les sommes supplémentaires auxquelles l'entrepreneur estime avoir droit et notamment les parties de réclamations acceptées par l'ingénieur (art. 53.5 et 60.6).</p> <p>Le « décompte général et définitif » est le document qui résulte de l'accord entre l'ingénieur et l'entrepreneur ; il doit être certifié au maître de l'ouvrage par l'ingénieur dans les 28 jours.</p> <p>Le maître de l'ouvrage dispose d'un délai de 56 jours suivant le certificat du décompte général et définitif pour le régler à l'entrepreneur (art. 60.10).</p>	
<p style="text-align: center;">8. CAUTIONNEMENT ET GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION</p> <p>Le montant de la garantie d'exécution est précisé dans l'annexe à la soumission (tableau 4 du présent chapitre).</p> <p>Les modèles de garantie d'exécution figurant aux conditions particulières sont la garantie bancaire et le cautionnement.</p>	
<p>● Art. 57 à 62</p> <p>C'est au titulaire du marché de formuler sa demande de réception « au plus tôt 15 jours avant la date à laquelle, à son avis, les travaux seront achevés » (art. 60.2) par notification adressée au maître d'œuvre.</p> <p>Le maître d'œuvre, dans un délai de 30 jours à compter de la réception de cette demande, établit alors un certificat de réception provisoire ou rejette de façon motivée la demande en spécifiant les mesures à prendre pour rendre les travaux réceptionnables (art. 60.2).</p> <p>Si le marché prévoit la division des travaux en tranches, la délivrance d'un certificat par tranche est possible (art. 60.3).</p> <p>« Toute prise de possession des ouvrages ou parties ou tronçons d'ouvrages par le maître d'ouvrage doit être précédée d'une réception provisoire partielle » (art. 59.1).</p> <p>La durée de la période de garantie pendant laquelle l'entrepreneur doit remédier « à ses propres frais à tout vice ou dommage » (art. 61.2) est de 365 jours à compter de la réception provisoire (art. 61.7).</p> <p>À l'expiration de la période de garantie, « lorsque tous les vices ou dommages ont été rectifiés », le maître d'œuvre, dans les 30 jours, doit délivrer un certificat de réception définitive à l'entrepreneur, avec copie au maître d'ouvrage (art. 62.1).</p>	
<p>C'est seulement après la délivrance du certificat de réception définitive que l'entrepreneur doit soumettre au maître d'œuvre son « projet de décompte définitif » : il a 90 jours pour l'établir (art. 51.1).</p> <p>En fonction toutefois des usages en vigueur dans l'État concerné, le Cahier des prescriptions spéciales peut prévoir – à l'avantage de l'entrepreneur – que l'établissement du projet de décompte définitif ne sera pas aussi différé dans le temps et qu'il pourra être avancé à la réception provisoire (art. 51.1 et 51.6).</p> <p>Dans les 90 jours suivant la réception de ce projet, le maître d'œuvre doit préparer le décompte définitif et l'adresser pour signature au maître d'ouvrage et à l'entrepreneur (art. 51.2).</p> <p>Ce décompte définitif « n'inclut pas les montants litigieux qui font l'objet de négociations, d'une procédure de conciliation ou d'arbitrage, ou d'une procédure juridictionnelle » (art. 51.3).</p> <p>Le maître d'ouvrage dispose d'un délai de 90 jours suivant la signature du décompte définitif pour procéder au paiement des sommes qui y figurent (art. 53.1).</p>	
<p>Le montant de la « garantie de bonne exécution », destinée à « assurer au maître d'ouvrage la réparation de tout préjudice résultant du fait que le titulaire n'a pas entièrement et correctement exécuté ses obligations contractuelles » (art. 15.2), doit se situer entre 10 % et 20 % du montant du marché (art. 15.1).</p> <p>La garantie de bonne exécution peut revêtir différentes formes : garantie bancaire, chèque de banque ou certifié, lettre de crédit irrévocable ou dépôt en espèces auprès du maître d'ouvrage (art. 15.3).</p>	

Tableau 3 – Comparaison des principales dispositions des Conditions générales FIDIC et des Cahiers généraux des charges FED (suite)

Conditions générales FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Cahiers généraux des charges FED (ACP : 29 mars 1990, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 1991 – PTOM : 16 décembre 1991, applicable aux marchés conclus à partir du 1 ^{er} juin 1991)
<p>« Avant de déposer une réclamation au titre de la garantie d'exécution, le maître de l'ouvrage doit, dans tous les cas, notifier l'entrepreneur de la nature du défaut objet de la réclamation » (art. 10.3).</p> <p>La mise en jeu de la garantie d'exécution n'est plus possible après la délivrance du certificat de fin du délai de garantie ; la garantie doit être restituée dans les 14 jours qui suivent (art. 10.2).</p>	<p>Avant d'appeler la garantie, le maître d'ouvrage doit notifier à l'entrepreneur « la nature du manquement sur lequel se fonde sa demande » et le garant « ne peut émettre d'objection pour quelque motif que ce soit » (art. 15.7).</p> <p>La garantie est libérée dans les 30 jours qui suivent la signature du décompte définitif (art. 15.8).</p>
<p align="center">9. DÉFAUT D'EXÉCUTION ET RÉSILIATION</p> <p>Cas de résiliation possibles : ce sont essentiellement les cas où (art. 63.1) :</p> <ul style="list-style-type: none"> — le comportement de l'entrepreneur dénote un abandon de chantier ; — l'entrepreneur ne se conforme pas aux notifications et directives de l'ingénieur (notamment celles relatives au refus des matériaux et matériels défectueux et à la démolition et l'enlèvement des ouvrages non conformes) ; — l'entrepreneur « en dépit d'avertissement préalable, par écrit, de l'ingénieur, néglige de manière persistante ou flagrante d'exécuter l'une ou l'autre de ses obligations en vertu du marché » ; — l'entrepreneur sous-traite sans autorisation. <p>Le préavis que doit respecter le maître de l'ouvrage est de 14 jours (art. 63.1).</p> <p>Indemnisation du maître de l'ouvrage : le paiement des sommes éventuellement dues à l'entrepreneur est différé jusqu'à l'expiration du délai de garantie, après déduction des « coûts d'exécution, d'achèvement et de réparation de tous les vices, toutes les indemnités de retard (éventuelles) et toutes les autres dépenses encourues par le maître de l'ouvrage » (art. 63.3).</p>	
<p align="center">10. DÉFAILLANCE DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE</p> <p>● Art. 69.1 à 69.5</p> <p>Abandon de projet : les conditions FIDIC ne permettent pas au maître de l'ouvrage de mettre fin à son gré au marché en procédant à sa résiliation unilatérale.</p> <p>Suspension des travaux : une suspension des travaux de plus de 84 jours peut ouvrir droit à une résiliation du marché au profit de l'entrepreneur (cf. cas 3).</p> <p>Incidents de paiement : le non-paiement dans les 28 jours d'un certificat d'acompte délivré par l'ingénieur (cas 7) constitue également, à l'expiration d'une deuxième période de 28 jours, un cas d'ouverture de résiliation du marché par l'entrepreneur (art. 69.1).</p> <p>Dans tous les cas, la notification que doit alors adresser l'entrepreneur au maître de l'ouvrage, avec copie à l'ingénieur, doit respecter un préavis de 14 jours (art. 69.1 et 69.2).</p> <p>L'entrepreneur peut toutefois choisir de suspendre les travaux ou d'en réduire la cadence, moyennant une notification préalable de 28 jours, auxquels cas il est en droit d'obtenir une prolongation de délai et le remboursement des frais qui en résultent (art. 69.4). Mais si le maître de l'ouvrage paie le montant dû, le droit de résilier disparaît et la reprise des travaux s'impose (art. 69.5).</p>	
<p>● Art. 65 - 64.1 et 64.9</p> <p>Abandon de projet : les cahiers des charges FED ont réservé la possibilité pour le maître d'ouvrage (qu'il soit privé ou public) de résilier le marché « à tout moment et avec effet immédiat » (art. 64.1). Cette prérogative de puissance publique ouvre logiquement droit au titulaire de « réclamer une indemnité pour le préjudice subi, en plus des sommes qui lui sont dues pour les travaux déjà exécutés » (art. 64.9).</p> <p>Suspension des travaux : « la suspension de tout ou partie des travaux pendant plus de 180 jours, pour des raisons non spécifiées dans le marché ou non imputables au titulaire » permet à ce dernier de résilier le marché moyennant un préavis de 14 jours (art. 65.1).</p> <p>La poursuite d'un cas de force majeure (par exemple état de guerre, troubles civils, épidémies, inondations) pendant 180 jours ouvre également droit, moyennant un préavis de 30 jours, à une résiliation du marché (art. 66.6).</p> <p>Incidents de paiement : les paiements des décomptes mensuels et du décompte définitif devant être effectués dans les 90 jours de leur présentation par le maître d'œuvre (art. 53.1), « tout défaut de paiement de plus de 120 jours à compter de l'expiration du délai fixé à l'article 53.1 autorise le titulaire à ne pas exécuter le marché ou à le résilier » (art. 53.2) moyennant un préavis de 14 jours (art. 65.1). Autrement dit, c'est seulement au bout de 7 mois et demi d'impayés que l'entrepreneur peut mettre fin à ses obligations contractuelles...</p>	

Tableau 3 – Comparaison des principales dispositions des Conditions générales FIDIC et des Cahiers généraux des charges FED (suite)

Conditions générales FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Cahiers généraux des charges FED (ACP : 29 mars 1990, entré en vigueur le 1 ^{er} juin 1991 – PTOM : 16 décembre 1991, applicable aux marchés conclus à partir du 1 ^{er} juin 1991)
<p align="center">11. SORT DES RÉCLAMATIONS ET RÈGLEMENT DES LITIGES</p> <p>A. Traitement des réclamations</p> <p>Formalisme exigé pour la conservation des preuves :</p> <ul style="list-style-type: none"> — si l'entrepreneur a l'intention de réclamer un paiement supplémentaire à un titre quelconque, « il doit notifier son intention à l'ingénieur, avec copie au maître de l'ouvrage », dans les 28 jours suivant l'événement qui en est à l'origine (art. 53.1) ; — il doit ensuite justifier sa réclamation dans les 28 jours qui suivent cette notification (art. 53.3). <p>Si ces formalités ne sont pas respectées, le droit à paiement de l'entrepreneur est limité à l'évaluation qu'en feront l'ingénieur ou les arbitres éventuellement désignés (art. 53.4).</p> <p>Remarque : risques spéciaux (art. 65)</p> <p>Sous ce vocable sont notamment visés l'état de guerre, les troubles civils ou militaires (coup d'État, situation insurrectionnelle), les contaminations radioactives (art. 20.4 et 65.2).</p> <p>L'article 65 des conditions FIDIC prévoit que l'entrepreneur « a droit au paiement » des travaux endommagés et de leur remise en état et des coûts accrus en raison de ces risques.</p> <p>Par ailleurs, « à tout moment après le déclenchement de la guerre », le maître de l'ouvrage peut résilier le marché ; mais, en ce cas, l'entrepreneur « doit être payé » de tous les coûts induits par cette résiliation.</p> <p>En tout état de cause, la survenance de « risques spéciaux » doit conduire l'entrepreneur à être vigilant : conformément à l'article 53.1 relatif aux réclamations, il lui appartient de se manifester pour réclamer dans les délais prévus, sinon son droit à paiement risque d'être limité par l'évaluation qu'en fera l'ingénieur.</p> <p>B. Règlement des litiges</p> <p>La décision de donner ou non une suite favorable à une réclamation de l'entrepreneur appartient à l'ingénieur qui la lui notifie ensuite, avec copie au maître de l'ouvrage, préalablement consulté.</p> <p>Un rôle préarbitral est ensuite confié à l'ingénieur par les Conditions FIDIC (art. 67.1) : celui-ci, pouvant être conduit ainsi à revoir telle décision qu'il a pu prendre, sera amené à être son propre juge, ce qui explique et impose d'autant plus le devoir d'impartialité qui pèse sur lui (cas 1).</p> <p>L'objet du différend doit être soumis à l'ingénieur, avec copie à l'autre partie ; l'ingénieur dispose alors de 84 jours pour rendre sa décision. Si celle-ci est contestée ou bien n'intervient pas dans ce délai, les parties ont 70 jours après notification de la décision de l'ingénieur ou après l'expiration du délai précité de 84 jours, pour « notifier leur intention de soumettre le différend à l'arbitrage ». Si elles ne le font pas, la décision éventuellement notifiée par l'ingénieur devient « définitive et irrévocable pour le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur » (forclusion – arbitrage impossible).</p> <p>Une période de 56 jours s'ouvre alors après la notification d'intention de soumettre le différend à l'arbitrage, pendant laquelle les parties doivent tenter de parvenir à un règlement amiable (art. 67.2).</p> <p>C'est seulement à l'issue de cette dernière période que l'arbitrage peut être mis en œuvre, selon le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) (§ 6.2) du présent chapitre).</p>	
<p>A. Traitement des réclamations</p> <p>Formalisme à respecter :</p> <ul style="list-style-type: none"> — si l'entrepreneur estime que « certaines circonstances lui donnent droit à un paiement supplémentaire », il doit informer le maître d'œuvre de son intention de le réclamer par une demande motivée dans les 15 jours qui suivent (art. 55.1) ; — cette demande doit être étayée au plus tard dans les 60 jours qui suivent et, en tout état de cause (date ultime), lors de la présentation du projet de décompte définitif (art. 55.1). <p>Toute réclamation non conforme à ces exigences risque d'être rejetée (art. 55.3).</p> <p>Particularités :</p> <ul style="list-style-type: none"> — risques exceptionnels : ils sont définis comme les « obstacles artificiels ou les conditions physiques impossibles à prévoir raisonnablement par un titulaire expérimenté », et ouvrent droit à paiements supplémentaires en vertu de l'article 55 (art. 21). Mais, à l'inverse de l'article 35.1 qui permet une prolongation du délai d'exécution lorsque les conditions climatiques sont « exceptionnellement défavorables » (cf. cas 5), « aucune réclamation du titulaire au titre de l'article 55 n'est admise à raison des conditions climatiques » (art. 21.4) ; — suspension des travaux : les suppléments qui peuvent être dus à ce titre (cas 3) doivent être réclamés dans les 30 jours qui suivent la réception de l'ordre de suspendre les travaux (art. 38.3) ; — force majeure (par exemple état de guerre, troubles civils, épidémies, inondations, tremblements de terre) : le montant des frais supplémentaires auxquels l'entrepreneur doit faire face est certifié par le maître d'œuvre (art. 66.5). <p>Mais, là aussi, il est prudent que l'entrepreneur se plie au formalisme de l'article 55 pour être sûr d'être payé.</p> <p>B. Règlement des litiges</p> <p>C'est le maître d'œuvre qui décide, « après consultation appropriée du maître d'ouvrage et, le cas échéant, du titulaire, si ce dernier a droit à un paiement supplémentaire » au titre des réclamations présentées (art. 55.2).</p> <p>Le Cahier des prescriptions spéciales (CPS) doit prévoir la procédure à suivre pour le règlement à l'amiable des différends (art. 68.2 et tableau 4 du présent chapitre).</p> <p>En cas d'échec de la procédure de règlement à l'amiable, il est fait application du règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage pour les marchés financés par le FED, entré en vigueur le 1^{er} juin 1991 (§ 6.3) du présent chapitre).</p>	

Tableau 4 – Points détaillés par les documents particuliers du marché

Marchés financés par la Banque mondiale et se référant aux Conditions FIDIC (4 ^e éd. 1990)	Marchés financés par le FED (ACP et PTOM) et régis par les Cahiers généraux des charges adoptés les 29 mars 1990 et 16 décembre 1991
<p>1. Document particulier : annexe à la soumission [Les références d'articles sont celles des Conditions générales FIDIC]. Montant de la garantie d'exécution (art. 10.1). Montant minimum de l'assurance aux tiers (art. 23.2). Délai de délivrance de l'ordre de démarrage des travaux (art. 41.1). Délai d'exécution (art. 43.1). Montant et plafond des dommages-intérêts forfaitaires en cas de retard (art. 47.1). Durée du délai de garantie (art. 49.1). Montant de la retenue de garantie (art. 60.2). Taux d'intérêt sur les impayés (art. 60.10).</p> <p>2. Document particulier : conditions particulières (deuxième partie des conditions) [Les références d'articles sont celles des Conditions générales FIDIC].</p> <p>I. Cadre juridique et contractuel Cas dans lesquels l'ingénieur doit obtenir l'approbation spécifique et préalable du maître de l'ouvrage avant d'exercer ses pouvoirs (art. 2.1.). Langue et droit applicables au marché (art. 5.1). Ordre de priorité des documents contractuels (art. 5.2).</p> <p>II. Modalités administratives d'exécution Délai de remise, par l'entrepreneur, de son programme d'exécution des travaux et de son estimation trimestrielle du cash-flow (art. 14.1 et 14.3). Précisions sur les garanties d'assurance à souscrire par l'entrepreneur (art. 21.1). Adresses des notifications au maître de l'ouvrage et à l'ingénieur (art. 68.2). Prise en compte des variations des coûts relatifs à la main-d'œuvre locale et aux matériaux (art. 70.1).</p>	<p>Document particulier ; Cahier des prescriptions spéciales (CPS) [Les références d'articles sont celles des Cahiers généraux des charges FED].</p> <p>I. Cadre juridique et contractuel Loi et langue applicables au marché (art. 2). Ordre hiérarchique des documents contractuels (art. 3). Définition des tâches incombant au maître d'œuvre (art. 5.1).</p> <p>II. Modalités administratives d'exécution Conditions dans lesquelles la garantie de bonne exécution doit être libellée (art. 15.4) et peut être libérée (art. 15.8). Conditions d'assurance spécifiques (art. 16.1) et plafond des garanties exigé pour l'assurance responsabilité civile (art. 16.4). Conditions de remise et contenu du programme d'exécution des travaux (art. 17.1) à fournir par l'entrepreneur, et délai dans lequel doit être fournie l'estimation trimestrielle du flux de trésorerie (art. 18.2).</p> <p>III. Exécution technique des travaux Propriété et sort des matériaux de démolition (art. 27). Conception d'ouvrages temporaires particuliers par le maître de l'ouvrage (art. 29.2). Modalités d'exécution des études du sol (art. 30). Règles à suivre pour l'établissement des attachements (art. 39). Réception technique préalable de certains ouvrages et matériaux (art. 40). Mise en gage des installations de chantier, des équipements et des matériaux au profit du maître de l'ouvrage (art. 43.2). Obligation éventuelle d'entretien pendant la période de garantie (art. 61.6 et 61.7).</p> <p>IV. Liquidation des comptes Taux et plafond des indemnités forfaitaires pour retard (art. 36.1). Fixation des conditions auxquelles sont subordonnés les versements d'avances et d'acomptes et le paiement pour solde (art. 44.2). Taux des intérêts moratoires en cas de retards de paiement (art. 53.1). Procédure à suivre pour le règlement à l'amiable des différends (art. 68.2).</p>

4. Garanties exigées des titulaires de marchés

Les usages du commerce international, notamment en matière de marchés de travaux, font que l'entrepreneur qui souhaite exporter ses services est tenu de fournir à son client des **garanties** ou « cautions » destinées à assurer ce dernier du bon déroulement des travaux et de l'achèvement de l'ouvrage.

La durée et l'importance des marchés de travaux pouvant être projetés accroissent en effet les risques pour l'acheteur étranger qui redoute que l'exportateur conteste sa responsabilité en cas de mauvaise exécution ou de non-exécution des obligations contractuelles, et qui cherche par conséquent à se prémunir contre un refus d'exécuter un ouvrage ou de réparer un défaut de construction par exemple.

Les principales garanties exigées des titulaires de marchés sont la caution de soumission et la garantie de bonne fin, les deux pouvant revêtir la qualification de garantie à première demande.

4.1 Caution de soumission

C'est une garantie tendant à contraindre une entreprise qui soumissionne à un appel d'offres à signer le marché si son offre est retenue.

Autrement dit, un retrait de soumission prématuré ou un refus de signer le marché expose l'entreprise à une mise en jeu de la caution de soumission, c'est-à-dire à un paiement d'une indemnité forfaitaire en cas de non-conclusion du contrat.

Les directives adoptées par la BIRD et l'IDA prévoient simplement (art. 2.14) que le pays emprunteur peut demander aux soumissionnaires de constituer un « cautionnement provisoire » dont le montant « ne doit pas être trop élevé, afin de ne pas décourager les soumissionnaires », et renvoient aux documents du dossier d'appel d'offres pour les précisions concernant les modalités de son utilisation. Les cautionnements doivent de toute façon être « valides pendant 30 jours de plus que les offres, afin de laisser à l'emprunteur le temps d'agir s'il doit les utiliser ».

La réglementation générale FED consacre tout son article 26 à la « garantie de soumission ». Son montant doit être compris entre 1 et 2 % du montant de la soumission (art. 26.1) ; elle est donnée sous la forme d'une garantie bancaire, d'un chèque de banque ou certifié ou d'une obligation délivrée par une banque ou une compagnie d'assurances agréée par le maître d'ouvrage (art. 26.2). Elle est libérée soit dans les 60 jours qui suivent la période de validité des soumissions, soit au moment de l'attribution du marché (art. 26.4). Elle peut être appelée sans autre formalité et est payable « à la première demande » (art. 26.2 et § 4.3 du présent chapitre).

4.2 Garantie de bonne fin (ou de bonne exécution)

La garantie de bonne fin (ou de bonne exécution) a pour objet de protéger le maître de l'ouvrage d'une défaillance de l'entrepreneur qui se trouverait dans l'incapacité de mener à son terme l'exécution des travaux dans les conditions prévues par le contrat.

Elle peut se traduire par le versement d'une **indemnité** par la banque ou l'établissement financier qui s'est porté garant (en anglais : *Fulfillment guarantee*) ou par un **engagement de faire** de ce dernier (en anglais : *Performance bond*), c'est-à-dire mener à bien l'exécution du marché interrompu par le titulaire en faisant appel à d'autres entrepreneurs pour terminer les travaux.

Les Conditions générales FIDIC et les Cahiers généraux des charges FED prévoient la mise en place d'une garantie de bonne exécution (voir leurs caractéristiques : tableau 3, cas 8). L'existence d'une telle garantie dans les marchés de travaux bénéficiant d'un financement international est ancienne et fait partie des recommandations figurant dans les directives adoptées par la BIRD et l'IDA (art. 2.34 : le dossier d'appel d'offres doit prévoir la mise en place d'une garantie de bonne fin « au cas où l'entrepreneur manquerait à ses obligations »).

La caractéristique commune de la mise en jeu des garanties de bonne exécution exigées par les Conditions FIDIC et les Cahiers généraux des charges FED est de devoir être justifiée. Le modèle de garantie de bonne exécution figurant dans les Conditions particulières FIDIC prévoit en effet que l'obligation du garant d'indemniser le maître de l'ouvrage ne prendra effet que sur notification conjointe de ce dernier et de l'entrepreneur ou bien après réception d'une sentence arbitrale chiffrant les dommages-intérêts payables au maître de l'ouvrage. Les Cahiers généraux des charges FED (art. 15.7) se bornent à imposer au maître d'ouvrage de notifier ses griefs avant d'appeler la garantie et aucune objection n'est possible de la part du garant. À cet égard, la garantie de bonne exécution des Cahiers des charges FED s'analyse en une garantie à première demande justifiée puisque le bénéficiaire doit motiver sa demande, mais que le garant ne peut la contester.

4.3 Garantie à première demande

La garantie à première demande se caractérise par son automaticité. Son paiement par le garant est inéluctable, sauf si l'appel de la garantie par le maître de l'ouvrage qui en bénéficie est manifestement frauduleux ou abusif, la fraude ou l'abus étant appréciés au cas par cas par les tribunaux.

Bien que non expressément désignée comme telle, la garantie de bonne exécution exigée par les Cahiers des charges FED s'apparente clairement à une garantie à première demande, celle prévue par les Conditions FIDIC étant, de ce point de vue, nettement en retrait (§ 4.2).

La tendance est, en tout cas, à la généralisation de telles garanties, puisque leur apparition vient d'être consacrée dans le droit français des marchés publics (l'introduction de la garantie à première demande constituant une des innovations importantes du décret du 15 décembre 1992 qui a modifié en ce sens l'article 131 du Code des marchés publics).

Il faut cependant distinguer garantie à première demande pure et simple et garantie à première demande justifiée (la seconde catégorie étant celle à laquelle se rattache la garantie de bonne exécution des Cahiers des charges FED). Dans le premier cas, le garant doit payer même si la preuve de la mise en jeu de la garantie pour défaut d'exécution de l'entreprise n'est pas apportée. Certes, dans le second cas, les justifications apportées peuvent n'être pas suffisamment convaincantes, mais au moins le maître de l'ouvrage est tenu de prouver ce qu'il allègue.

Quelle que soit sa formulation, la garantie à première demande fait néanmoins courir des risques aux exportateurs, car elle peut être détournée de son objet véritable par des clients peu scrupuleux la faisant jouer pour des motifs fallacieux ou inexistantes, aux seules fins de se procurer des fonds à bon compte.

5. Couverture des risques pris par les entreprises

La sécurité des créances commerciales des entreprises exécutant des travaux à l'étranger implique un minimum de garanties tendant à assurer l'exportateur contre les risques politiques et commerciaux mettant en péril le recouvrement normal des sommes qui lui sont dues.

En France, le risque d'**insolvabilité** des acheteurs étrangers est susceptible d'être assuré auprès de telle ou telle compagnie d'assurances habilitée à pratiquer en France l'assurance contre les risques ordinaires ; en revanche les risques **politiques**, dont l'ampleur peut être considérable, sont restés en dehors de leur champ d'attribution, depuis que l'État a créé, en 1946, la compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE), chargée d'assurer le service public de l'assurance-crédit à l'exportation et dont l'objet est de garantir la bonne fin des opérations du commerce extérieur du pays.

Jusqu'à la privatisation de l'UAP (Union des assurances de Paris) en 1994, l'État, par le biais d'entreprises publiques [AGF (Assurances générales de France), BFCE (Banque française du commerce extérieur), Crédit Lyonnais et SCOR (Société commerciale de réassurance)], détenait la majorité du capital de la COFACE. Tel n'est plus le cas maintenant, puisque l'UAP et sa filiale de réassurance SCOR, aujourd'hui privatisées, avec 20 % du capital, ont rendu la puissance publique minoritaire dans celui-ci.

La COFACE continue néanmoins à assurer ses missions traditionnelles de service public avec, en 1993, une aide de l'État de 5,2 milliards, sans laquelle elle n'aurait pu faire face aux 16 milliards de francs d'indemnités qu'elle a dû verser la même année.

En application de l'article R.442-1 du Code des assurances, la COFACE garantit et gère, « pour le compte de l'État et sous son contrôle », « les risques commerciaux, politiques, monétaires, catastrophiques » liés aux échanges internationaux et ce « dans l'intérêt du commerce extérieur de la France ».

Il peut s'agir des risques supportés par les fournisseurs (c'est-à-dire les entreprises exportatrices), auquel cas la garantie souscrite est de type « crédit fournisseur », ou par les établissements de crédit concernés par un non-remboursement de prêt consenti à l'acheteur (police « crédit acheteur »). Seules les polices « crédit fournisseur » concernent les entreprises exécutant des travaux à l'étranger.

5.1 Garantie des risques politiques et commerciaux

Selon l'article R. 442-8-2 du Code des assurances, la définition et la réalisation de ce type de risque diffèrent selon la qualité de l'acheteur :

— si l'acheteur étranger est une administration publique ou une société chargée d'un service public, le risque politique et commercial est constitué dès lors que le client « ne s'est pas acquitté de sa dette et que le non-paiement n'est pas dû à l'inexécution des clauses et conditions du contrat » ;

— si l'acheteur étranger est un client privé, il faut en outre, pour que le risque politique soit réalisé, que le non-paiement « provienne de l'une des causes suivantes :

- guerre civile ou étrangère, révolution, émeute ou autres faits analogues survenus dans le pays de résidence du débiteur,
- moratoire édicté par les autorités administratives de ce pays ».

En l'absence de tels événements, le risque de non-paiement s'analyse simplement en un risque commercial garanti moyennant le paiement d'une prime distincte.

5.2 Garantie des risques catastrophiques

La définition du risque catastrophique est donnée par l'article R.442-8-3 du Code des assurances : celui-ci se trouve réalisé lorsque le client étranger « est empêché de tenir ses engagements par suite d'un cataclysme tel que cyclone, inondation, raz de marée, tremblement de terre, éruption volcanique ».

5.3 Techniques d'indemnisation

En pratique, les modalités d'indemnisation revêtent les formes suivantes :

— la garantie apportée par la COFACE porte d'abord sur le « **risque de fabrication** », c'est-à-dire le risque d'interruption de marché par le maître d'ouvrage, laissant à la charge de l'entreprise exportatrice les frais qu'elle a déjà engagés pour l'exécution de son contrat et qu'elle ne pourra récupérer puisque l'opération n'est pas menée à son terme (achats de matériaux, mise en place de matériels, frais de personnel, recours à des sous-traitants, par exemple) ;

— la garantie porte ensuite sur le « **risque de crédit** », c'est-à-dire le risque de non-règlement total ou partiel de la créance. Il faut observer ici que si la détérioration de la situation de l'acheteur privé est conçue de façon extensive dans les polices de la COFACE (puisque la garantie dépasse habituellement la seule insolvabilité du débiteur, judiciairement constatée ou non, et s'étend à son défaut de paiement prolongé pendant un certain délai), en revanche la COFACE, devant une contestation du bien-fondé de la créance par le client étranger, considère qu'il ne lui appartient pas, en sa qualité

d'assureur, de prendre parti et diffère l'indemnisation jusqu'à ce que le litige ait été tranché par le juge ou l'arbitre prévu au marché ;

— le règlement de l'indemnité n'est donc pas automatique et ce d'autant plus que, aussi bien en risque de fabrication qu'en risque de crédit, il n'intervient qu'à l'issue d'un « délai constitutif de sinistre » qui est de 2 à 6 mois selon la nature du risque et le type de police. La COFACE justifie l'existence de ce délai par la nécessité de ne pas confondre un sinistre véritable avec un simple ajournement de l'exécution du marché (risque de fabrication) ou un défaut de ponctualité dans les règlements (risque de crédit), qui peuvent trouver une solution amiable entre-temps.

Enfin, l'assuré conserve toujours à sa charge une participation aux risques, la « **quotité garantie** » par la COFACE n'excédant pas 90 % pour les risques politiques ou catastrophiques et 85 % pour le risque commercial.

5.4 Garantie des risques monétaires

Aux termes de l'article R.442-8-4 du Code des assurances, les risques monétaires comprennent le risque de transfert et le risque de change.

Le risque de **transfert** est réalisé lorsque « des événements politiques, des difficultés économiques » ou un changement de législation du pays d'accueil « empêchent ou retardent le transfert des fonds » versés par le client étranger. C'est surtout pour des travaux importants à l'étranger, supposant une part de bénéfices rapatriables, que la garantie d'un tel risque peut être amenée à jouer.

Le risque de **change** est, quant à lui, réalisé lorsque « le cours de la monnaie étrangère prévue par le contrat est, le jour de l'encaissement de la créance garantie, inférieur au cours sur la base duquel la garantie est accordée ». Le nouveau contrat CIME de la COFACE garantit un montant fondé sur les prévisions de vente ou d'achat de l'entreprise avec, chaque trimestre, une comparaison des prévisions avec les montants réellement facturés. La couverture est possible sur 20 devises. Une clause est prévue permettant à l'assuré de conserver jusqu'à 75 % des gains en cas d'évolution favorable de la devise.

5.5 Perspectives européennes

« L'assurance-crédit export » a longtemps été considérée par les États membres de l'Union européenne comme une activité d'intérêt général devant être prise en charge, directement ou indirectement, par la puissance publique. C'est ainsi qu'en Belgique, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Italie ou aux Pays-Bas existent des systèmes d'assurance-crédit à l'exportation avec garantie de l'État fonctionnant au profit des seules entreprises des pays en question, sans véritable concurrence, puisque les marchés sont cloisonnés.

Le vaste mouvement de privatisations en cours dans le monde et le passage généralisé à l'économie de marché qui en découle, joints aux objectifs inscrits dans les traités instituant l'Union européenne (marché unique, liberté d'établissement et de prestations de services, libre jeu de la concurrence), devraient logiquement conduire à une libéralisation du marché de l'assurance-crédit export.

Pour l'instant, seule une coopération entre assureurs-crédits exports publics a pu être mise en place pour les marchés à l'exportation dans lesquels le titulaire fait appel à des sous-traitants situés dans d'autres États membres de l'Union européenne : suivant une décision du Conseil européen du 10 décembre 1982, est automatiquement incorporé à la couverture d'assurance susceptible d'être accordée le montant des travaux sous-traités lorsqu'il est égal ou inférieur à certains seuils :

— à 40 % pour les contrats d'un montant inférieur à 7 500 000 écus ;

- à 3 millions d'écus pour les contrats d'un montant compris entre 7 500 000 et 10 millions d'écus ;
- à 30 % pour les contrats d'un montant supérieur à 10 millions d'écus.

Par ailleurs, une directive du Conseil européen du 27 novembre 1984 a étendu aux États membres de l'Union européenne l'application d'une convention type réglant les obligations réciproques des assureurs-crédits à l'exportation « en cas de garantie conjointe d'un marché comportant une ou plusieurs sous-traitances » : il s'agit du cas où aussi bien le contractant principal que son ou ses sous-traitants font appel chacun à un assureur-crédit pour la part de marché qu'ils exécutent. Une concertation entre eux est requise en cas de modification de la nature ou de l'importance du risque et en cas de sinistre ou de menace de sinistre, notamment.

6. Règlement des différends

Les directives adoptées par la BIRD et l'IDA prévoient (art. 2.43) que « le dossier d'appel d'offres doit contenir des renseignements sur la législation en vigueur et l'instance compétente pour le règlement des litiges » et mentionnent l'arbitrage commercial international comme mode possible de règlement des différends.

Sous les auspices de la BIRD a en tout cas été créé (convention de Washington du 18 mars 1965) le CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) qui a pour objet d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage en matière de contentieux de l'investissement entre États récepteurs (ou les personnes publiques qui les représentent) et investisseurs étrangers.

De leur côté, les Conditions générales FIDIC ont opté pour le Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) (voir tableau 3, cas 11B).

L'arbitrage CIRDI, comme l'arbitrage CCI, présentent tous deux la caractéristique commune d'être des arbitrages **institutionnels**, c'est-à-dire des institutions à vocation générale proposant à la fois un **règlement** d'arbitrage et une **administration** de cet arbitrage.

Le règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage prévu pour les marchés financés par le FED (voir tableau 3, cas 11B) se présente, quant à lui, comme un système de règlement des litiges autonome, entièrement administré par le tribunal arbitral constitué par les parties.

6.1 Arbitrage CIRDI

Le CIRDI n'a pas pour mission de régler directement les litiges ; il met seulement à la disposition des parties qui ont prévu son recours la possibilité d'obtenir la constitution d'un tribunal arbitral qui jugera leur différend.

Le Secrétaire général du CIRDI, principal fonctionnaire du Centre, en est le représentant légal et le greffier. Il peut refuser l'enregistrement d'une demande d'arbitrage qui excéderait **manifestement** la compétence du Centre ; ce pouvoir limité « d'opérer un tri » entre les requêtes peut s'expliquer par le fait que les différends susceptibles d'être soumis à l'arbitrage CIRDI doivent être « d'ordre juridique » et « en relation avec un investissement ». Les simples conflits d'intérêts ne peuvent donc donner lieu à arbitrage ; seuls les différends relatifs à l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation (par exemple, prétendue rupture de contrat ou montant d'une indemnité) sont arbitrables. Quant à la notion d'« investissement », si elle exclut des contrats commerciaux courants (par exemple, vente ou mandat), elle recouvre néanmoins les transactions impliquant l'engagement de res-

sources substantielles telles que les gros marchés de construction de génie civil.

Le CIRDI tient une liste d'arbitres dont la compétence en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière doit être notoire. Les parties à une procédure CIRDI ont la faculté, mais non l'obligation, de choisir sur cette liste les membres devant constituer le tribunal arbitral. Si elles ne le font pas, les arbitres qu'elles auront désignés doivent posséder les qualités requises et jouir de la considération imposée par de telles fonctions.

6.2 Arbitrage CCI

Le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) rappelle, en son article 1^{er}, l'existence de la « Cour d'arbitrage » de la CCI qui n'a cependant de « Cour » que le nom : ce n'est pas en effet un tribunal arbitral, mais un organisme administratif qui veille au bon déroulement des arbitrages, en contrôle l'évolution et en surveille l'organisation. Elle ne tranche donc pas elle-même les différends (art. 2) qui sont du ressort des seuls arbitres choisis par les parties.

Au contraire du CIRDI, la Cour d'arbitrage de la CCI ne dispose pas d'une liste d'arbitres qui lui seraient attachés : sauf choix d'un commun accord d'un arbitre unique, les parties désignent librement chacune un arbitre et ceux-ci font choix d'un troisième arbitre qui assumera la présidence du tribunal arbitral ; ce n'est que faute pour l'une des parties de désigner son arbitre, ou pour les deux arbitres de s'entendre sur le choix du président, que la Cour d'arbitrage se substitue à eux en nommant le 3^e arbitre.

La Cour d'arbitrage de la CCI contrôle la régularité et la motivation des sentences arbitrales (art. 21) et procède à leur notification (art. 23). Elle fixe les provisions pour frais d'arbitrage (comprenant les frais et honoraires des arbitres, ainsi que les frais administratifs). Leur calcul se fait en fonction du montant en litige suivant un barème annexé au Règlement de conciliation et d'arbitrage.

6.3 Arbitrage FED

Le règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage pour les marchés financés par le FED prévoit expressément en son article 4 que l'arbitrage ne peut avoir lieu tant que « toutes les voies de recours administratives internes prévues par l'État ACP ou le PTOM n'ont pas été épuisées ».

Il s'agit de la procédure à suivre pour le règlement à l'amiable des différends qui doit être prévue par le Cahier des prescriptions spéciales du marché (tableaux 3 et 4). Ce préalable obligé est de toute façon réputé épuisé si aucune solution n'a pu être trouvée dans un délai de 120 jours à compter de la notification de la réclamation.

La procédure arbitrale **doit** ensuite débiter à l'initiative du demandeur, dans les 90 jours qui suivent, à peine de forclusion (art. 18.1). Elle se déroule dans l'État ACP ou le PTOM dans lequel le marché est exécuté (art. 16), toutes ses modalités (échanges de mémoires, moyens de preuves, déroulement des débats, prononcé de la sentence et exécution de celle-ci) étant prévues en détail par le Règlement.

Pour les tâches de greffe et d'organisation de l'arbitrage, le Règlement ne confie pas de rôle institutionnel à un organe précis. C'est le tribunal arbitral constitué par les parties qui s'en charge. Il fixe à cet égard lui-même les honoraires de ses membres compte tenu de la complexité de l'affaire et du temps que les arbitres y ont consacré, ainsi que tous les frais d'arbitrage.