

## Comment traduire et comprendre les conditions FIDIC ?

par Dr. Götz-Sebastian Hök, Rechtsanwalt à Berlin

*This text is made available by FIDIC with the author's permission.*

Rappelons que les contrats FIDIC sont des contrats-types en langue anglaise, qui ont pris leur source dans les anciens modèles anglais de contrats ICE<sup>1</sup>. Ils ont quand-même vocation à être utilisés partout dans le monde et sont selon la FIDIC également compatibles avec les ordres juridiques des pays de l'Europe continentale. Le contenu des conditions FIDIC de nos jours a été élaboré par des ingénieurs qui eux ont interrogé différentes organisations comme la banque mondiale, la International Bar Association, l'ORGALIME et la EIC. Des juristes n'ont été consultés que pour garantir la consistance juridique des conditions. On pourrait donc penser que les conditions FIDIC font partie d'une lex mercatoria internationalis qui apparaissent comme une tentative de formulation savante et de modélisation de la lex mercatoria. Supposons que les parties puissent les adopter expressément comme lex contractus, elles n'auront plus besoin de recourir à une loi d'autonomie et donc à une loi étatique déterminée par le droit international privé. Or la lex mercatoria n'établit pas un véritable ordre juridique international complet qui s'impose au juge et ceci malgré le fait que l'arbitrage dans l'affaire CCI n° 3790/1983 s'est référée aux conditions FIDIC afin de prouver des usages internationaux comme il le fait pour le versement d'une avance à la conclusion d'un contrat international<sup>2</sup>. La lex mercatoria ne constitue qu'une somme de règles d'origine variées, s'enrichissant en permanence par des conventions multilatérales, des lois modèles et par le droit comparé, sans oublier les arbitrages ne s'appliquant qu'à défaut de dispositions légales impératives et le cas échéant étant complétée par les dispositions de l'ordre juridique de l'état auxquelles le droit international privé concerné fait référence. Dans tout les cas les conditions FIDIC ne contiennent pas de stipulations qui règlent l'interprétation des clauses et des notions contractuelles en cas d'ambiguïté ou de doute. C'est déjà à ce niveau qu'il faut faire référence à l'ordre juridique étatique applicable.

### I. Position du problème

En Allemagne toutefois les parties liées à un contrat FIDIC courent le risque que leur contrat FIDIC soit en cas de litige interprété sur la base du droit anglais<sup>3</sup>, même si le droit anglais n'est pas applicable et que le droit allemand ou le droit français est la loi contractuelle, car il s'agit sans aucun doute d'une somme de règles d'origine anglaise se basant sur des concepts juridiques anglais.

Il ne fait aucun doute que l'anglais est la langue des contrats par excellence dans le domaine du commerce international<sup>4</sup>. La jurisprudence allemande l'a même désignée à plusieurs reprises comme langue mondiale du commerce<sup>5</sup>. L'emploi de langue anglaise n'est d'ailleurs considérée que comme un simple indice pour la détermination de loi contractuelle<sup>6</sup>. En outre le droit applicable est désigné par le droit international privé concerné (de la lex fori). Il se réfère soit au droit choisi par les parties du contrat ou à défaut d'une clause de choix en règle générale au droit du siège social de l'entrepreneur ou selon une opinion minoritaire dans la doctrine au droit du lieu du terrain à bâtir<sup>7</sup>. Dans la pratique il serait rare que le droit allemand ou le droit français soient applicables à un contrat

---

<sup>1</sup> Uff, Construction Law, 312; voire aussi Bunni, the FIDIC Form of Contract, n°. 3.1; trop imprécis Triebel/Balthasar NJW 2004, 1289, 2191, qui indiquent, que les conditions FIDIC ont été développées sur la base du droit anglo-américain

<sup>2</sup> Voire Glavinis, Le contrat international de construction, n°. 199

<sup>3</sup> Vgl. Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, § 5 Rn. 39

<sup>4</sup> Triebel/Balthasar NJW 2004, 2189

<sup>5</sup> LG Saarbrücken, jugement du 8 mars 2001 - Az: I O 94/0 1; LG Dortmund, jugement du 14.07.1993, 10 O 167/92 voire aussi BGH, Ordonnance du 14 mars 2002, I ZB 13/99; et Bachmann NJW 1999, 707

<sup>6</sup> Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 96

<sup>7</sup> vgl. dazu eingehend Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, § Rn. 40 ff., 50 ff.

en langue anglaise. Toutefois les contrats de construction internationaux ne sont pas obligatoirement réalisés sur la base du droit anglais. Dans beaucoup de cas le contrat est soumis à un droit neutre ou au droit du pays, dans lequel le chantier est implanté. Par contre l'anglais est devenu la langue des groupes de sociétés internationaux et il semble presque naturel que l'anglais soit utilisé au moment où il y existe des liens avec l'étranger, même si le droit allemand ou le droit français sont applicables. Lors de l'interprétation de tels contrats la pensée juridique allemande ou française entrent en collision avec la pensée du common law. La jurisprudence allemande résout la collision en s'orientant essentiellement vers la pensée du juriste anglais<sup>8</sup>.

La Cour fédérale de justice allemande et certains autres tribunaux allemands interprètent les clauses et certaines notions juridiques typiques anglaises à la lumière du droit anglais en dépit de l'application de la loi contractuelle allemande. La doctrine s'est ralliée à ce mouvement. Le fondement de cette conviction est qu'il est nécessaire d'interpréter des clauses et notions typiques unanimement dans le marché international<sup>9</sup>.

Que la pratique allemande ne soit pas convaincante à cent pour cent pourrait être prouvé en jetant un coup d'œil chez notre voisin l'Angleterre. Il faut constater que là-bas l'interprétation se fait en principe strictement selon la loi contractuelle, comme par exemple pour la notion de « force majeure » inconnue du droit anglais pour trouver des points de repères pour l'interprétation. En revanche les tribunaux arbitraux internationaux interprètent les contrats sans avoir recours à la loi contractuelle. Ils s'orientent de plus en plus sur les principes UNIDROIT<sup>10</sup>. D'ailleurs certains auteurs sont partisans de l'opinion que des conditions internationales doivent être interprétées d'une manière internationale, ce qui sous-entend la disposition et l'effort lors de l'interprétation de diverger de la compréhension nationale d'une notion déterminée ou d'une institution juridique afin de trouver plutôt des résultats qui sont mondialement acceptables. Or malgré leur réputation internationale et leur diffusion mondiale les conditions FIDIC ne se sont pas émancipées d'une *lex mercatoria* indépendante, parce que ceci exigerait que les tribunaux nationaux refusent d'appliquer leur droit disponible national afin de combler des lacunes. Au surplus jusqu'à présent les conditions FIDIC ne s'imposent au juge dans le sens d'une *lex mercatoria internationalis*<sup>11</sup>.

La principale difficulté réside dans le fait que la langue reflète notre manière de penser et influe notre mode d'élaborer des règles, que ce soit dans la législation ou lors de la rédaction d'un contrat. Nous ne pouvons pas présumer que l'utilisation de l'anglais constitue la preuve que les parties au contrat souhaitent rédiger leur contrat sous les prémisses du droit anglais. Puisqu'en principe la langue du contrat n'est qu'un faible indice pour déterminer le droit applicable. Il ne faut alors pas se baser sur le choix de la langue du contrat, qui dans la plupart des cas repose sur la nécessité de s'accorder sur une langue commune aux parties.

Si toutefois un contrat type est utilisé, qui manifestement a été élaboré sur la base du droit anglais, il est vraisemblablement inutile de nier l'origine des clauses et d'essayer de réfuter l'influence du droit anglais lors de leur rédaction. A la fin il n'est pas pratique de dissocier complètement la langue anglaise de son contexte législatif, car elle fait partie de la culture anglaise, la langue n'étant donc pas un simple outil, qui pourrait être utilisé indépendamment. Leur utilisation sous-entend qu'il faille avoir certaines connaissances du droit et des coutumes anglaises et qu'il faille s'éloigner de sa propre doctrine<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Triebel/Balthasar NJW 2004, 2189; voir aussi les exemples chez Gruber DZW 1997, 353 ff.

<sup>9</sup> Voir aussi Horn, *Recht der internationalen Anleihen*, 500 f.

<sup>10</sup> Le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, n° 177

<sup>11</sup> Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 41; Thode/Wenner, *Internationales Architekten- und Bauvertragsrecht*, Rn. 33; Glavinis, *Le contrat international de construction*, n° 701; vgl. auch Letterman, *Unidroit's Rules in Practice*, 336 ff.

<sup>12</sup> Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 15

En substance on peut dire que les conditions FIDIC à raison de leur origine sont à comprendre à la lumière du common law anglais. Il s'agit là d'un droit qui a été pour longtemps sécrété dans les interstices de la procédure<sup>13</sup> où les conventions privées n'étaient pas protégées pour elles-mêmes de façon générale<sup>14</sup>. Aujourd'hui le droit anglais se présente plutôt comme une méthode, les juges recherchant dans les précédents les solutions juridiques applicables en se basant sur deux racines<sup>15</sup>, notamment le common law au sens propre et l'equity, les deux existant l'un à côté de l'autre pour longtemps en tant que juridictions séparées. De nos jours et malgré le fait que les deux juridictions aient été fusionnées en 1873 le common law demeure le corps de solutions principal du droit anglais, tout en admettant un certain partage de compétence avec l'equity, qui n'apparaît que comme un corps de solutions complémentaires en apportant au common law une série de correctifs<sup>16</sup>. Mais encore en 1978 la House of Lords a dû constater que le conservatisme inné des juristes anglais leur a fait comprendre lentement que les deux juridictions ont été réunies par le Judicature Act 1873<sup>17</sup>.

La conséquence logique du fait qu'en common law une législation de base fasse défaut et qu'on y préfère l'interprétation littérale, tout en affichant une réticence certaine à l'égard de l'utilisation des négociations préalables trop incertaines et le recours au comportement ultérieur, est l'utilisation de contrats très détaillés, qui se caractérisent surtout par l'utilisation d'un grand nombre de définitions<sup>18</sup>. C'est pourquoi il n'est pas juste de dire que le droit anglais ne s'occupe pas de la délimitation des notions et des particularités<sup>19</sup>, car le droit anglais traite bien sûr très intensivement de l'interprétation des notions et de leur définition, bien qu'en restant très proche du sens littéral du mot (interprétation objective)<sup>20</sup> et en respectant d'autant plus le principe de l'autonomie des parties, ce qui conduit à ce que les parties tentent de définir les notions employées de manière aussi détaillée que possible..

Le contrat de construction ou contrat d'entreprise (construction contract) lie le constructeur et le maître de l'ouvrage. Le contenu du contrat est déterminé par (1) ce que les parties ont dit ou écrit, par (2) l'éclaircissement de tout, ce que les parties voulaient que soit le contenu du contrat, (3) l'analyse des « implied terms » complémentaires<sup>21</sup>. L'interprétation littérale a priorité devant l'interprétation téléologique et celle du contexte historique. La considération des faits survenant en dehors du texte législatif est grosso modo exclut<sup>22</sup>. Les formulations sont plutôt comprises dans leur sens naturel et normal. Ceci est en principe la définition, qui a trouvé une notion dans un dictionnaire (dictionary definition)<sup>23</sup>. Une signification divergente doit être prouvée<sup>24</sup>.

En droit anglais, le contrat constitue un **legally binding agreement (le contrat fait foi de la loi)**, ce qui signifie que les contrats ont quasiment force de loi et doivent être strictement respectés. Les obligations contractuelles s'éteignent par l'exécution (performance), par la résiliation d'un commun accord, du fait d'un cas fortuit (frustration) ou par un breach of contract (rupture du contrat). Le **breach of contract** correspond à une violation des obligations contractuelles. En règle générale, le breach of contract entraîne le paiement de dommages-intérêts ou la résolution du contrat

---

<sup>13</sup> Maine, Early law and custom, 1889, 389

<sup>14</sup> Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, n° 19

<sup>15</sup> Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, n° 21

<sup>16</sup> Legeais, Grands systèmes de droit contemporains, n° 28

<sup>17</sup> United Scientific Holdings Ltd v. Burnley BC [1978] AC 904 (Lord Diplock)

<sup>18</sup> Döser NJW 2000, 1451, 1452 (quant au droit aux États Unis similaire)

<sup>19</sup> Voire par contre Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 20

<sup>20</sup> Shears/Stephenson, James' Introduction to English Law, 8; Lewison, The Interpretation of Contracts, 3ième édition, Londre 2004, n°. 2.05

<sup>21</sup> Vgl. Bunni, The FIDIC Form of Contract, Rn. 3.8

<sup>22</sup> Vgl. Döser NJW 2000, 1451, 1452 (concernant le droit aux USA qui est comparable)

<sup>23</sup> Vgl. Reece in: Lesguillons (hrsg.), Les grandes clauses des contrats internationaux, 39, 50

<sup>24</sup> Vgl. Reece in: Lesguillons (hrsg.), Les grandes clauses des contrats internationaux, 39, 50

(repudiation). L'exécution du contrat dans le sens d'une obligation de faire ne peut être qu'exceptionnellement requise (in equity) (*specific performance* ou *injunction*).

L'exécution du contrat est exigée, quelles qu'en soient les circonstances (whatever happens). Le contrat est considéré comme rempli (on parle de « discharge ») dès lors qu'il a été substantiellement exécuté. Le système du breach of contract a pour conséquence que le droit à la suppression des vices exige une réglementation expresse dans le contrat. La notion de réception n'est pas un concept du droit anglais. Elle est remplacée par des stipulations selon lesquelles la **substantial completion** (l'achèvement substantiel) doit être prouvée au moyen de tests. En règle générale, les contrats anglais prévoient ainsi de manière raffinée un système de certification qui aboutit au certificat de réception (taking over certificate), au certificat de la suppression des vices (certificate of completion, performance certificate) au certificat de paiement. La gestion des délais de construction n'est pas basée sur des considérations de délai et de retard. Elle favorise plutôt le système de « **liquidated damages** » (dommages-intérêts forfaitaires) dont le but est de préserver le droit du maître de l'ouvrage aux dommages-intérêts forfaitaire. Le principe de « time at large », qui consiste en un allongement non sanctionné du délai de construction à défaut d'une prolongation du délai conformément aux stipulations contractuelles, conduit à une gestion des délais de construction sans compromis.

L'anglais juridique est complexe et soumis à de nombreuses traditions. Il est par exemple fréquent que les stipulations contiennent des séries de synonymes. Par crainte de ne pas employer le mot juste, les avocats utilisent souvent des expressions synonymes (a scuttergun instead of a rifle), pour définir la notion recherchée. Il est aussi typique de mentionner, après un mot d'origine anglo-saxonne, son équivalent d'origine franco-normande. On espère ainsi que le destinataire comprendra au moins une des expressions utilisées. Par conséquent il est recommandé aux cocontractants de ne pas rechercher une signification différente pour le mot qui est suivi d'un autre mot qui lui est utilisé dans un sens similaire au mot précédent, donc comme synonyme.

L'anglais juridique est en outre entré dans une phase de transition. Il a été ainsi récemment exigé que les contrats et/ou les conditions générales fussent rédigés en un langage anglais dit « plain intelligible ». Le **Office of Fair Trading** anglais déconseille aux entreprises de modifier leur CCV avant que celles-ci n'aient été critiquées par un tribunal. Dans le droit de la construction, on rencontre cette évolution surtout dans les conditions de construction NEC (New Engineering Contracts). Ces conditions ont été influencées par le Latham Report anglais, selon lequel un langage facile à comprendre et accompagné d'observations doit être utilisé. En effet, les conditions NEC sont rédigées dans un langage non juridique, ne contenant ni longues phrases ni renvois<sup>25</sup>. Des formulations courantes telles que **extension of time** ou **variation** ne se présentent plus. Selon Mr. Eggleston, cette évolution a néanmoins pour contrepartie que le lecteur non expérimenté a l'impression d'être confronté à un texte davantage mystérieux que clair<sup>26</sup>. Les observations facilitent certes la compréhension, mais il n'y a encore aucune expérience quant à l'interprétation du « plain and intelligible language », et le recours aux précédents en devient d'autant plus difficile.

## II. L'importance du langage

L'importance du langage, surtout dans les textes juridiques, ne doit pas être sous-estimée. Dans l'Union européenne, l'allemand constitue la langue maternelle la plus répandue, alors qu'elle n'est que la deuxième langue étrangère (après l'anglais). En Allemagne, l'allemand est la langue officielle de l'administration et des tribunaux. Certains pays tels que la France (Loi Toubon) et la Pologne connaissent des lois visant à protéger la langue nationale. La portée de la Loi Toubon est d'ailleurs très limitée, étant inapplicable aux contrats internationaux<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Eggleston, *The New Engineering Contract*, 3

<sup>26</sup> Eggleston, *The New Engineering Contract*, 3

<sup>27</sup> Le Tourneau, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, n°

Une communauté culturelle s'exprime au travers d'une langue, d'une religion, de mœurs et de traditions communs<sup>28</sup>. Dans une communauté basée sur la langue, l'Etat trouve le fondement de son unité et de sa cohésion<sup>29</sup>. Le droit est l'expression de cette communauté culturelle<sup>30</sup>, qui se trouve et s'exprime au moyen du langage<sup>31</sup>. Chaque culture dominante marque de son empreinte les autres ordres juridiques<sup>32</sup>. Ceci se montre tout particulièrement dans la jurisprudence allemande, qui, pour interpréter des notions juridiques anglaises, se réfère à l'ordre juridique originel.

Si le droit et la langue expriment ainsi une communauté culturelle, qui à travers des convictions, des mœurs et des traditions communes, se définit et se distingue des autres communautés culturelles, Il est par conséquent évident qu'un contrat ne peut être traduit sans plus, sans que la volonté des parties ne s'en trouve modifiée.

### III Les dangers de la traduction

Le langage juridique doit être précis et compréhensible. Mr. Bunni cite à cet égard Confucius qui disait: Lorsque le langage n'est pas correct, ce que l'on dit n'est pas ce que l'on pense. Que des cocontractants allemands, qui utilisent la langue allemande aient toujours en vue ce qui est compris par le langage juridique anglais, peut sans aucun doute être nier. Autrement dit, il semble peu probable que des cocontractants allemands ou français, utilisant la langue anglaise, désirent à chaque fois ce que signifient en réalité les expressions anglaises. Or lorsque ce qui est désiré ne correspond pas à ce qui est exprimé, des risques d'erreur considérables apparaissent, eu égard aux différences fondamentales entre le common law (au sens large) et les ordres juridiques continentaux.

La traduction des modèles FIDIC représente donc une tâche ardue. Elle suppose l'acquisition préalable de connaissances en droit anglais. Ballansat-Aebi résume ainsi la procédure à suivre :

- Analyse du concept à traduire dans le système juridique d'origine à l'aide de commentaires et de dictionnaires monolingues.
- Comparaison juridique : existe-t-il dans l'ordre juridique de traduction des concepts ayant la même signification?
- Choix de la traduction, le cas échéant au moyen d'une périphrase. Si les lecteurs sont familiarisés avec le concept étranger, il est possible de le laisser dans la langue d'origine, ou bien d'ajouter une note explicative.

Lorsqu'on procède ainsi, il n'est par exemple pas possible de traduire « taking over » par « Abnahme » (la notion la plus proche allemande), qui signifie réception en droit allemand (dans un sens bien encadré par la loi et de la jurisprudence) ou par réception (la notion la plus proche française), qui signifie un fait juridique en droit français. « As soon as practicable » (utilisé à onze reprises dans le Red Book et à neuf reprises dans le Silver Book), peut être traduit par « **dès que possible** ». Dans la terminologie anglaise, « **as soon as practicable** » signifie « **reasonably practicable** », mais aussi « **immediately** ». En revanche, « as soon as possible » signifie dans un délai raisonnable (within a reasonable time) ou « **with an undertaking to do it in the shortest practicable time** », c'est-à-dire, « **avec l'obligation de le faire dans les plus brefs délais...** ». L'explication qu'apporte Bramwell L.J. est intéressante : « Un tailleur qui s'engage à fabriquer un manteau « as soon as possible » n'est pas obligé d'interrompre la fabrication d'un veste à moitié terminée pour commencer à coudre le manteau. Car tous les clients savent qu'au moment où le tailleur s'engage, celui-ci a déjà d'autres commandes. » Cette clause peut néanmoins signifier que l'obligation d'agir « as soon as possible » constitue une « condition » du contrat, dont la violation pourrait entraîner une « repudiation » (résolution<sup>33</sup> du contrat).

---

<sup>28</sup> Jayme Rec.des Cours 251 (1995), 9, 167; Mankowski IPRax 2004, 282, 283

<sup>29</sup> Kirchhof FS Jayme, 1165, 1166

<sup>30</sup> Kirchhof FS Jayme, 1165, 1168; Loquin/Kessedijan, La mondialisation du droit, 181 f.

<sup>31</sup> Kirchhof FS Jayme, 1165, 1168

<sup>32</sup> Loquin/Kessedijan, La mondialisation du droit, 182

<sup>33</sup> Résolution (ex nunc) dans le sens de refuser d'exécuter une obligation

Lorsque les mots employés ne désignent pas un objet concret (une pomme par exemple), mais expriment une opinion ou une intention, le traducteur doit traduire le sens de ces mots tel qu'il le comprend sans se rendre compte des risques. La traduction court alors le risque de n'être que l'interprétation personnelle du traducteur, et de ne pas correspondre au sens réel du texte. Comme dans la pratique les traductions des contrats sont rarement discutées et vérifiées, déjà parce que les parties n'ont pas l'expérience pour le faire ou encore pire parce qu'il leurs manquent complètement les connaissances de la langue, ce qui est souvent à constater. Ce n'est d'ailleurs pas tant l'ignorance de la langue étrangère qui pose problème, que l'illusion de la posséder suffisamment<sup>34</sup>. Même les dictionnaires<sup>35</sup> n'apportent qu'une aide limitée, car les notions utilisées dans les contrats-types nécessitent le plus souvent une interprétation. Certaines notions contenues dans un formulaire-type rédigé en langue anglaise ne peuvent être traduits par une notion identique<sup>36</sup>.

Quelques exemples :

- 1) **Duty of best efforts** : ce concept ressemble beaucoup à l'obligation de moyens, et peut parfois conduire à une limitation de la responsabilité (Clause 15.2 Red Book)
- 2) **Frustration** : décharge du contrat pour cas fortuit.
- 3) **Drawings** : plans
- 4) **Taking over Certificate** : certificat de réception de l'ouvrage, qui n'est pas nécessairement équivalent à « Abnahme » (réception). L'interprétation selon laquelle le **certifier** serait une sorte d'expert technique, va trop loin.
- 5) **Certificate of Completion** : Certificat d'achèvement de l'ouvrage. Ne correspond pas au Abnahmeprotokoll en droit allemand, car le common law ne définit pas le concept de réception, et les contrats influencés par le droit anglais ne rattachent pas, par exemple, le transfert des risques à la constatation de l'achèvement. Par conséquent, les ouvrages anglais ne contiennent pas les termes de **acceptation** ou **reception**. La notion de **completion** est en revanche expliquée : il n'y a en principe de **discharge** que lorsque le contrat a été complètement exécuté. Dans les contrats de construction, la déclaration d'achèvement n'a pas pour but de libérer l'Entrepreneur de sa responsabilité contractuelle, mais de permettre au Maître de l'ouvrage de prendre possession de l'ouvrage et à l'Entrepreneur de quitter le chantier. En règle générale, la **correction period** ou la **defects notification period** commence avec la délivrance du certificat.
- 6) Selon la clause 15.1 du livre rouge de la FIDIC l'ingénieur « may » notifier à l'entrepreneur de corriger une situation, afin qu'il puisse résilier le contrat selon clause 15.2 lit. a). La notion de « may » signifie normalement une sorte de discrétion et de pouvoir de le faire. Or dans certains cas la notion « may » peut aussi signifier un devoir ou une nécessité. Il dépend donc de la traduction comment les parties entendront cette notion le cas échéant. Il est clair que les conséquences d'une « mauvaise » traduction peuvent être énormes. En tous cas il semble que la FIDIC y impose une obligation de faire à l'ingénieur et par conséquent à défaut d'une telle « mise en demeure » le maître de l'ouvrage risque de ne pas avoir bien préparé son droit de résilier le contrat.

#### IV Règles linguistiques en droit allemand et dans les conditions FIDIC

---

<sup>34</sup> Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 165

<sup>35</sup> Mais voire pour information Lange/Rogers, Musterbriefe in Englisch für den Auslandsbau (lettres types en anglais pour le marché international de construction)

<sup>36</sup> Lange/Rogers, Musterbriefe in Englisch für den Auslandsbau, 11; Ballansat-Aebi, <http://www.tradulex.org/Actes1998/Ballansat.pdf>

Les conditions générales FIDIC constituent indubitablement des conditions générales<sup>37</sup> en droit de la construction comparables aux cahiers des charges utilisés en France et en Allemagne. Selon l'opinion aujourd'hui dominante en Allemagne, les déclarations rédigées dans une langue étrangère doivent être traitées comme un problème de réception de l'offre<sup>38</sup>. L'offre est considérée comme reçue si le destinataire, dans des circonstances normales, pouvait en prendre connaissance, ou si l'on pouvait s'attendre, selon les usages commerciaux, à ce qu'il en prenne connaissance<sup>39</sup>. La réception des conditions est considérée comme certaine, lorsque celle-ci sont rédigées dans une langue convenue par les parties, ou dans une langue employée en raison des usages et des coutumes des parties<sup>40</sup>. En ce qui concerne l'utilisation d'une langue très répandue comme l'anglais, certains pensent que lorsqu'il existe une longue relation d'affaire, et que les négociations ont été conduites dans une langue particulière, une déclaration rédigée dans une autre langue serait inopposable au destinataire<sup>41</sup>. Selon d'autres, on peut supposer d'un acteur du commerce internationale la connaissance de l'anglais, ou au moins des possibilités de traduction<sup>42</sup>.

Selon la Cour d'Appel de Hamm on doit prendre en considération les éléments du cas spécial. La question ne peut pas être traitée d'une manière générale. On ne peut pas alors pas concéder généralement à une personne raisonnable d'ignorer une déclaration d'une valeur juridique qui n'est pas rédigée dans la langue des négociations. Par contre il n'existe pas de règle générale non plus qui prévoit qu'un commerçant soit présumé connaître une langue très répandue comme l'anglais<sup>43</sup>.

De la même manière, dans les relations commerciales, les conditions générales de vente ne font partie du contrat que si les cocontractants l'ont expressément convenu. Même si la remise des conditions générales n'est pas toujours exigée, il faut néanmoins y faire référence de façon claire et univoque, afin que le cocontractant n'ait aucun doute quant à leur application. Cela signifie pour les contrats internationaux que la clause de renvoi doit être rédigée de manière compréhensible pour le cocontractant, soit dans la langue de négociation soit dans une langue très répandue. Une exception doit être cependant faite lorsque le cocontractant parle la langue dans laquelle la clause de renvoi a été rédigée.

Exemple :

Des conditions générales de vente rédigées en allemand ne font pas partie du contrat lorsque la langue du contrat est l'italien<sup>44</sup>.

Les conditions FIDIC règlent expressément la question de la langue :

Englisch	Deutsch	Französisch
<b>1.4 Law and language</b>	<b>1.4 Recht und Sprache</b>	<b>1.4 Droit et langue</b>
The Contract shall be governed by the law of the country (or other jurisdiction) stated in the Particular Conditions.	Der Vertrag unterliegt dem Recht des Gesamt- oder Bundesstaates, das in den Besonderen Bedingungen genannt ist.	Le contrat sera régi par le droit du pays (ou de la juridiction) mentionné dans les Conditions Particulières.
If there are versions of any part		

<sup>37</sup> Kus/Markus/Steding ICLR 1999, 533, 535; Baumbach/Hopt, HGB, Incoterms Einl. Rn. 13, 16; voire aussi Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, § 8 Rn. 14 ff.

<sup>38</sup> OLG Hamm NJW-RR 1996, 1271, 1272

<sup>39</sup> RGZ 99, 20, 23; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1271, 1272

<sup>40</sup> OLG Hamm NJW-RR 1996, 1271, 1272

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf, IPRax 1971, 388; voire aussi OLG Frankfurt NJW-RR 2003, 704, 706

<sup>42</sup> Reinhart, RIW 1977, 20; Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 220; Schlechtriem, CSIG, Art. 24 Rn. 16; vgl. auch Heinrichs NJW 1999, 1596, 1599

<sup>43</sup> OLG Hamm NJW-RR 1996, 1271, 1272

<sup>44</sup> AG Kehl NJW-RR 1996, 565; voire aussi OLG Frankfurt NJW-RR 2003, 704

of the Contract which are written in more than one language, the version which is in the ruling language stated in the Particular Conditions shall prevail.	Existieren Fassungen von irgendeinem Teil des Vertrages, die in mehr als einer Sprache geschrieben sind, so soll die Fassung vorgehen, die in den Besonderen Bedingungen als maßgebliche Sprache genannt wird.	S'il existe plusieurs versions d'une partie du contrat, qui sont rédigées dans plus d'une langue, la version qui est rédigée dans la langue déterminante mentionnée dans les Conditions Particulières prévaut.
The language for communications shall be that stated in the Particular Conditions. If no language is stated there, the language for communications shall be the language in which the Contract (or most of it) is written.	Die Sprache für Mitteilungen soll die sein, die in Besonderen Bedingungen genannt ist. Wurde dort keine Sprache festgelegt, so sollen Mitteilungen in der Sprache abgefasst werden, in der der Vertrag (oder das meiste davon) abgefasst ist.	La langue dans laquelle les communications seront faites devra être celle qui est déterminée dans les Conditions Particulières. Si aucune langue n'y est citée, la langue pour les communications devra être la langue dans laquelle le contrat (ou une grande partie du contrat) est rédigé.

Cette clause est d'autant plus obligatoire, qu'en raison des stipulations individuelles, elle s'applique indépendamment de toute considération sur le droit des conditions générales.

#### V Principes linguistiques des modèles FIDIC

Les conditions FIDIC éd. 1999 ont été adaptées au niveau linguistique les unes aux autres. La nouvelle édition de l'année 1999 introduit une numérotation des clauses complètement nouvelle en maintenant cependant un grand nombre de formulations de l'édition antérieure de 1987<sup>45</sup>. Notions et définitions dans les différents livres sont identiques sauf qu'il est nécessaire de régler des circonstances différentes. Les notions employées sont presque toujours définies et sont utilisées de manière stricte. Cependant elles sont toujours à comprendre par rapport au droit anglais. Les auteurs des Conditions FIDIC ont tenté de trouver un juste équilibre entre d'un côté une solution simple d'utilisation et de l'autre d'apporter une solution juridique précise. Dans les Conditions Générales les notions définies commencent par une majuscule.

Exemple:

Silver Book Clause 1.1.1.1 : “**Contract**” means the Contract Agreement, these Conditions, the Employer’s Requirements, the Tender, and the further documents (if any) which are listed in the Contract Agreement.

Or il est présumé que les comportements précontractuels des parties ne sont pas pertinents. En revanche l'interprétation complétive pour en combler les lacunes n'est pas présumée. En Grande-Bretagne et en Irlande, il n'est pas permis de recourir à des circonstances extérieures aux documents contractuels pour déterminer la volonté des parties<sup>46</sup>. C'est la signification normale des termes employés qui est déterminante<sup>47</sup>.

Exemple:

Red Book Clause 1.1.4.1: « Accepted Contract Amount » means the amount accepted in the Letter of Acceptance for the execution and completion of the Works and the remedying of any defects.

<sup>45</sup> Uff, Construction Law, 312

<sup>46</sup> Lovell & Christmas Ltd. v. Wall (1911) 104 LT 85, CA; v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 5:101 Anm. 2

<sup>47</sup> v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 5:101 ann. 2



Le Red Book constitue un marché au mètre, dans lequel le « Montant Accepté du Contrat » représente la somme qui a été acceptée, dans la lettre d'acceptation, pour l'exécution et l'achèvement des travaux ainsi que pour l'élimination des défauts. Cette notion nouvellement introduite doit permettre de faire disparaître les imprécisions, lorsque les parties désirent se référer au prix originel.

## VI Quelques mots-clés

A la lumière des exemples suivants il est possible d'illustrer les difficultés liées à la traduction juridique sans avoir de connaissances juridiques approfondies de la langue de départ :

Notion	Annotations
Shall	<p>(1) « <b>Shall</b> » joue un très grand rôle dans le langage juridique anglais.</p> <p>(2) La différence entre “may” et “shall” est le spectre du droit législatif<sup>48</sup>. Lorsque le mot „shall“ est utilisé, les juges l'interprètent comme un „may“. Lorsque le mot „may“ est employé, les juges considèrent qu'il faut comprendre „shall“.</p> <p>(3) <b>Shall</b> s'est développé à partir de l'ancien anglais Sculan dont la signification est liée à la notion de dettes<sup>49</sup>. Sculan décrit une nécessité avec une forte connotation personnelle,<sup>50</sup>. Il est lors formellement utilisé pour exprimer une nécessité, dont la source est le législateur, soit une institution personnifiée.</p> <p>(4) Dans les contrat <b>shall</b> exprime une obligation et non le futur<sup>51</sup>.</p>
Reasonable (employé 41 fois dans le Silver Book)	Un homme „raisonnable“ est un homme ordinairement prudent (bon père de famille) <sup>52</sup> . Raisonnablement praticable signifie, selon l'interprétation qui en est faite, un degré de précaution prenant en compte le risque entraîné par un certain danger et les coûts nécessaires pour le supprimer <sup>53</sup> .
Foreseeable (meployé 7 fois dans le Silver Book)	Une personne a l'obligation de ne pas faire ou d'omettre certains actes, qu'il aurait pu raisonnablement prévoir
Damages (Schadensersatz) (employé 49 fois dans le Silver Book 49)	Remplacement (Ersatz) ou indemnisation de la perte subit par une personne suite à un agissement délictuel ou une violation du contrat.
Damage (dommage, détérioration, perte) (employé 21 fois dans le Silver Book 21)	Perte ou inconvénient, matériel ou financier, causé par un acte ou un abstention délictuel et conduisant en règle générale au prononcé d'une mesure de compensation <sup>54</sup> .
Fair (employé 3 fois dans le Silver Book)	(1) Lorsqu'on détermine si une sti-pulation est <b>fair</b> , il faut prendre en compte : (a) la force de chacune de parties au cours des négociations, (b) si le client avait une raison d'accepter la stipulation, (c) si le client connaissait ou aurait dû connaître l'existence et la portée de la stipulation, (d) s'il serait possible de respecter la stipulation imposée, (e) si les marchandises ont été produites, développées ou adaptées conformément aux indications ex-presses du client <sup>55</sup> .

<sup>48</sup> Vgl. Bunni, The FIDIC Form of Contract, Rn. 4 Fn. 4.5

<sup>49</sup> Döhler, [www.triacom.com/archive/semprag.de.html](http://www.triacom.com/archive/semprag.de.html)

<sup>50</sup> Döhler, [www.triacom.com/archive/semprag.de.html](http://www.triacom.com/archive/semprag.de.html)

<sup>51</sup> Ballansat-Aebi, <http://www.tradulex.org/Actes1998/Ballansat.pdf>

<sup>52</sup> Murphy v. Hurley [1929] SC; Curry v. Foster [1960] IR Jur Rep 33

<sup>53</sup> Siehe Edwards v. National Coal Board [1949] 1 K.B. 704; Brady v. Beckmann Instruments Inc [1986] ILMR 361

<sup>54</sup> Murdoch 's Dictionary of Irish Law, 207 (zum Begriff **damage**)

<sup>55</sup> Murdoch 's Dictionary of Irish Law, 318 (zum Begriff **fair and reasonable terms**)

	<p>(2) Fairness conformément au contrat est le standard, dont l'application par un arbitre est attendue pour tout litige<sup>56</sup>.</p> <p>(3) La Clause 3.5 (Red Book) a pour effet que l'ingénieur n'a qu'une obligation contractuelle d'agir de façon fair, lorsqu'une clause particulière exige de lui le respect de la Sous-clause 3.5 (à moins qu'il n'en soit stipulé autrement). Par exemple, l'allongement des délais exige le respect par l'Ingénieur de la procédure prévue à la Sous-clause 3.5. Cependant, en cas d'achèvement du contrat pour force majeure, il n'est pas expressément requis de l'Ingénieur de se conformer à la Sous-clause 3.5 pour déterminer la valeur du travail effectué<sup>57</sup>.</p> <p>(4) fair market price, tel que mentionné dans cette partie, signifie un prix basé sur des coûts raisonnables dans des conditions de concurrence normales, et non sur les plus bas coûts possibles<sup>58</sup>.</p>
Plant (employé 80 fois dans le Silver Book)	<p>(1) „plant“ signifie dans l'édition de 1987 les installations et les équipements devant faire partie de l'Ouvrage Final.</p> <p>(2) dans l'édition de 1999 « plant » signifie : appareils machines et véhicules devant constituer de l'Ouvrage Final ou en faire partie.</p> <p>(3) Toutefois, « Plant » n'a pas toujours la même signification, car il est aussi écrit en minuscules.</p>

## VII. Fit for purpose

On trouve dans le Silver Book un bel exemple pour ce qui de la compréhension d'une clause par rapport à son origine. Par cette clause l'entrepreneur s'oblige à livrer un ouvrage « fit for the purpose » (propre au but), pour lequel il est destiné.

### Clause 4.1

“The Contractor shall design, execute and complete the Works in accordance with the Contract, and shall remedy any defects in the Works. When completed, the Works shall be fit for the purposes for which the Works are intended as defined in the Contract.”

Pour comprendre cette clause il faut connaître les fondements/bases du common law. En principe « a professional man » doit faire preuve d'une expérience (reasonable skill) et de diligence (care), un entrepreneur en revanche de « fitness for purpose » (propre au but). Ce qu'il faut comprendre sous le « standard duty of skill and care » devient clair à la lumière de la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Bolam v. Friern Hospital Management Committee<sup>59</sup>:

Comment prouver/savoir qu'un agissement ou une omission constitue une négligence? Dans un cas normal il faut se placer dans la situation de l'homme de la rue pour décider. Dans une espèce il a été décidé qu'il fallait se décider par rapport au comportement de l'homme placé sur le toit du bus Clapham. C'est lui l'homme normal. Mais si vous vous trouvez dans une situation, dans laquelle vous devez utiliser des compétences spéciales, alors savoir s'il y a négligence ou pas ne peut pas être déterminé quant au comportement de l'homme sur le toit du bus clapham, parce qu'il ne dispose pas de compétences spéciales.

Au contraire le standard « fit for purpose » peut soit être convenu contractuellement comme « implied term » ou soit expressément. Une obligation « fit for purpose » n'est cependant pas sans raison interprétée comme un implied term. Dans les contrats design & build ceci constitue la règle. En revanche si le standard a été contractuellement convenu, l'entrepreneur doit dans tous les cas fournir un ouvrage propre au but (à l'usage) pour lequel il est destiné indépendamment de toute négligence et

<sup>56</sup> Corbett ICLR 2000, 253, 255

<sup>57</sup> Annotation de la FIDIC ([http://www1.fidic.org/resources/contracts/bateson\\_aug00.asp](http://www1.fidic.org/resources/contracts/bateson_aug00.asp))

<sup>58</sup> Federal Acquisition Act (<http://www.acqnet.gov/far/97-10/html/19.html>)

<sup>59</sup> Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 W.L.R. 582

même à défaut de diligence, et ce selon le cas pour le matériel, les installations ou l'étude provisionnelle livrés. Cependant les entrepreneurs tentent fréquemment de limiter leur responsabilité à celle d'un « professional man ».

Le § 633 BGB dispose.

« L'entrepreneur s'engage envers le maître de l'ouvrage à lui fournir l'ouvrage exempt de tous vices matériels ou juridiques.

L'ouvrage est exempt de vices lorsque qu'il présente les qualités convenues. Si aucune qualité substantielle n'a été convenue par les parties, l'ouvrage est exempt de vices,

1. lorsqu'il est propre à l'usage présumé par le contrat,
2. lorsqu'il est propre à l'usage et présente une qualité, qui est habituelle pour un ouvrage du même type et à laquelle le maître de l'ouvrage peut s'attendre eu égard à la nature de l'ouvrage.

Est comparable à un vice de la chose le fait pour l'entrepreneur de fournir un ouvrage différent ou de fournir un ouvrage en moindre quantité.

L'ouvrage est exempt de tous vices juridiques, lorsque les tiers ne peuvent faire valoir aucun droit ou seulement ceux qui ont été repris dans le contrat sur l'ouvrage contre le maître de l'ouvrage. »

Comment un anglais comprendrait-il la formulation de l'alinéa 2 du § 633 BGB ? Une traduction en anglais du § 633 al. 2 pourrait être la suivante :

(2) The work is free of defects as to quality if it is of the agreed quality. In so far as the quality is not agreed, the work is free of defects as to quality

1. if it is fit for the use required by the contract,
2. otherwise for the usual use and is of a quality which is usual in work of a similar kind and which may be expected by the customer according to the kind of work.

Il devient clair que "fit for purpose" puisse être mis sur le même plan que/signifier/ être identique à « fit for use ». Mais quelle en est la portée sur le contenu? Il est clair que l'entrepreneur assume en droit allemand en vertu du § 631 et s. BGB une responsabilité de résultat pour l'absence de vices de l'ouvrage. Architectes et entrepreneurs sont tous deux concernés étant donné qu'ils sont responsables pour l'aptitude de l'ouvrage à sa destination. Toutefois lorsque « fit for purpose » a été convenu contractuellement ceci peut signifier plus que d'assumer la responsabilité pour un résultat, selon les circonstances voire d'assumer une garantie. Mais eu égard à l'origine des clauses il faut exclure cette interprétation, car la clause doit simplement renforcer le standard de « skill and care » et non créer de nouvelles obligations dans le sens d'une véritable ou d'une garantie dépendante, qui enlève toute possibilité d'objection de l'entrepreneur comme par exemple la force majeure. Avec l'application du droit des contrats d'entreprise en droit allemand le standard « skill and care » est respecté. La charge de la preuve de l'absence de vices jusqu'à la réception appartient l'entrepreneur, ce qui correspond également à la situation juridique en France.

## VIII Conditions du sol

L'exemple des conditions du sol permet enfin de montrer l'influence que les différences entre les ordres juridiques exercent sur le (nécessaire) contenu des conditions de construction. Les conditions du sol et le partage des risques ont toujours été thématiques dans les livres de la FIDIC. D'un point de vue comparatiste, les façons d'aborder le problème sont très différentes, ce qui peut conduire à des difficultés de compréhension considérables.

En droit allemand, suisse et autrichien, le risque (risque d'une détermination correcte des conditions du sol) est en principe supporté par celui qui apporte le terrain à bâtir<sup>60</sup>. Une distinction doit être néanmoins faite en Allemagne: si le terrain à bâtir ne diverge pas de ce que les parties ont convenu lors de la conclusion du contrat, on ne peut retenir, selon le OLG Stuttgart, ni une violation du § 9 n°. 3 VOB/A ni la réalisation du «risque lié au sol» aux dépens du donneur d'ordres. Des demandes tirées du § 2 n°. 5 et 6 VOB/B ne sont donc pas fondées. En revanche en droit anglais, c'est en principe le titulaire du marché qui supporte le risque<sup>61</sup>. Il n'existe aucun « implied term » selon lequel le maître de l'ouvrage garantirait la nature et l'aptitude du terrain à bâtir<sup>62</sup>. Des clauses, selon lesquelles le titulaire du marché sera traité comme s'il s'était au préalable persuadé des conditions du sol, ne sont considérées que comme une confirmation du droit anglais<sup>63</sup>. Par contre les jurisprudences françaises et belges sont très réservées en ce qui concerne les sujétions imprévues<sup>64</sup>. Il faut en principe exécuter tous les travaux nécessaires à un bon et complet achèvement de l'ouvrage, même lorsque des événements ou circonstances imprévus sont intervenus<sup>65</sup>. Une augmentation des rémunérations ne peut être exigée que lorsque des circonstances interviennent qui sont inévitablement imprévisibles<sup>66</sup>. En règle générale les risques des conditions du sol n'y sont pas comprises<sup>67</sup>.

La clause 4.12 Red Book contient à cet égard une réglementation détaillée. Si des conditions du sol imprévues apparaissent, un allongement des délais de construction ainsi que des frais supplémentaires peuvent être exigés. L'édition de 1999 contient d'ailleurs l'innovation suivante : les sommes économisées du fait de conditions avantageuses peuvent être compensées contre des frais supplémentaires. L'allongement de délais et les frais supplémentaires ne sont exigibles que lorsque les conditions n'étaient raisonnablement pas prévisibles.

Toutefois, dans la pratique arbitrale, la question fondamentale est de savoir si des mesures financières ont été prises pour le risque – prévisible dans la plupart de cas - . Il est donc pour la pratique déterminant de savoir s'il était raisonnable de prendre des mesures financières pour le risque. Lorsque la réponse est positive, l'allongement des délais et des frais supplémentaires sont majoritairement accordés<sup>68</sup>.

L'opinion relative au Silver Book est en revanche divisée. Certains auteurs allemands considèrent la Clause 4.12 Silver Book comme contraire au droit des conditions générales de vente et comme très préoccupante. Il est occasionnellement rappelé par des entrepreneurs que certains ordres juridiques de Civil Law considèrent des clauses du Silver Book injustes et inutilisables., Cette opinion ne résiste pas, selon moi, à une analyse précise :

Clause 4.12 Silver Book :

Englisch	Deutsch	Französisch
Except as otherwise stated in the Contract:	Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart,	Sauf si le contrat en dispose autrement:

<sup>60</sup> OLG Koblenz NJW-RR 2001, 1671, 1673; BGHZ 78, 352; Korbion/Schmidt, Baurecht, Teil 11 Rn. 66; voire en droit comparé Rosener dans: Münchener Vertragshandbuch, Band IV, VI. 1 Rn. 24.

<sup>61</sup> Uff, Construction Law, 254

<sup>62</sup> Uff, Construction law, 159

<sup>63</sup> Adriaanse, Construction Contract Law, 136

<sup>64</sup> Mémento Pratique Francis Lefebvre, Urbanisme Construction (2004/2005), n°. 16181

<sup>65</sup> Mémento Pratique Francis Lefebvre, Urbanisme Construction (2004/2005), n°. 16181

<sup>66</sup> Cass.civ., 20.11.2002, Bull. civ. 2002 III n° 230 ; Mémento Pratique Francis Lefebvre, Urbanisme Construction (2004/2005), Rn. 16181 ; CA Bruxelles, 16.06.2000; vgl. Flamme/Flamme/Delvaux/Pottier, Contrat d'entreprise, Rn. 369; Delvaux/Dessard, Contrat d'entreprise de construction, Rn. 101.

<sup>67</sup> Mémento Pratique Francis Lefebvre, Urbanisme Construction (2004/2005), Rn. 16181 ; voire ensuite Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 296

<sup>68</sup> Corbett ICLR 2000, 253, 258

(a) the Contractor shall be deemed to have obtained all necessary information as to risks, contingencies and other circumstances which may influence or affect the Works;	(a) wird der Unternehmer so behandelt als habe er alle notwendigen Informationen über Risiken, Eventualitäten und andere Umstände erhalten, die einen Einfluss auf die Bauarbeiten haben können,	(a) l'entrepreneur sera considéré avoir obtenu toutes les informations nécessaires relatives aux risques, aux imprévus et autres circonstances qui peuvent avoir une influence sur les travaux ou les affecter ;
(b) by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works; and	(b) übernimmt der Unternehmer mit Unterzeichnung des Vertrages die volle Verantwortung für die Vorhersehbarkeit aller Kosten und Schwierigkeiten bei der erfolgreichen Vollendung des Bauarbeiten und	(b) à la signature du contrat, l'entrepreneur accepte l'entière responsabilité pour avoir prévu toutes les difficultés et les coûts de l'achèvement des travaux avec succès; et
(c) the Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs.	(c) wird der Vertragspreis nicht an unvorhersehbare Schwierigkeiten und Kosten angepasst.	(c) le prix contractuel ne devra pas être ajusté pour tenir compte des difficultés et coûts imprévisibles.

Dans leurs développements, Mr Kus et autres ignorent cependant que le Silver Book repose sur une philosophie propre, et que cette philosophie suppose que les risques essentiels ont été pris en compte lors du calcul du prix. Le risque que le Maître de l'ouvrage délivre des informations fausses ou incomplètes doit donc être résolu autrement qu'en considérant la clause 4.12 Silver Book comme nulle. Une solution pourrait être d'accorder des dommages-intérêts. En outre, on ne prend pas en compte que la formulation dans le lit. a) Clause 4.12 ne se rapporte qu'au droit anglais, de sorte qu'un déplacement du risque n'est ni désiré ni réalisé. On renonce simplement à choisir une solution plus favorable que celle du droit anglais. Mr Gaede par exemple n'ignore pas cette considération, mais n'en tire néanmoins aucune conclusion. Il concède même que l'ordre juridique anglais reconnaît le principe de l'équité. Ainsi, et selon les prémisses pour l'utilisation du Silver Book décrits de manière détaillée par Mr Wade, la critique à l'encontre de la Clause 4.12 apparaît injustifiée.

Si l'on suivait l'opinion des Messieurs Kus et autres, la Clause 4.12 serait ineffective. Cela entraînerait une insécurité considérable lors de l'exécution du contrat, car le Maître de l'ouvrage (et surtout en cas de doute le payeur) a cru que le risque du paiement serait supporté par l'Entrepreneur. L'ensemble du Claim-Management du Silver Book n'est pas adapté à des augmentations de rémunération.

La clause elle-même : Clause 4.12 b) Silver Book dispose: Except as otherwise stated in the Contract by signing the Contract, the Contractor accepts total responsibility for having foreseen all difficulties and costs of successfully completing the Works. Clause 12 c) complète: The Contract Price shall not be adjusted to take account of any unforeseen difficulties or costs.

Le "Common sense" en Europe correspond en général à l'art. 6.111 ECPL (qui ne diffère que peu de l'art 6.2.2 des Principes Unidroit). D'où il résulte qu'en règle générale les obligations contractuelles doivent être remplies, sauf si les circonstances altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations. En dépit de cette solution, les opinions sont divisées en Europe. A la différence de la France, la Belgique, le Luxembourg et l'Angleterre, qui ne connaissent pas de mécanismes d'adaptation des contrats, l'Allemagne, l'Italie, l'Autriche, la Grèce et dans une certaine mesure les pays scandinaves en connaissent. Mais ces mécanismes d'adaptation ne doivent être utilisés qu'avec retenue, pour ne pas détruire la stabilité des relations contractuelles<sup>69</sup>. L'art. 6 :111 al. 1 ECPL précise (donc) qu'une modification quelconque des circonstances ne suffit pas à déclencher les mécanismes d'adaptation du contrat. Il doit s'agir donc d'un fait insurmontable.

<sup>69</sup> v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, 393

Aux termes de la clause 4.12 b Silver Book « par la signature du contrat, l'Entrepreneur assume la responsabilité totale relative à la prévisibilité de tous les coûts et difficultés concernant l'achèvement des travaux ». La phrase ne semble pas problématique, car la responsabilité se rapporte à la prévisibilité. L'Entrepreneur doit donc prévoir les risques suffisamment tôt et sans retard. Néanmoins, aux termes de la Clause 4.12 c Silver Book, « le prix du contrat n'est pas modifié en raison de coûts ou de difficultés imprévisibles ». Mais cela ne pose pas non plus problème, car d'un point de vue comparatiste, de tels transferts de risque sont acceptés (v. art 6 :111 Al. 2 c EPCL). La portée de ces clauses générales d'attribution des risques est déterminée au moyen de l'interprétation<sup>70</sup>. C'est la nature du contrat qui est déterminante<sup>71</sup>. En droit allemand l'obligation de l'entrepreneur s'oriente vers le succès de son opération ; elle est similaire à l'obligation de résultat en droit français. En revanche, Mr Le Tourneau<sup>72</sup> semble considérer la Clause 4.12 Silver Book comme une véritable garantie, dotée d'une portée plus importante qu'une obligation de résultat ou qu'un contrat d'entreprise. Cela semble excessif, car le simple transfert du risque ne constitue pas encore une garantie autonome, qui exclut l'Entrepreneur même de soulever l'exception de force majeure (quel qu'en soit d'ailleurs le contenu)<sup>73</sup>.

Il n'est pas vrai que la Clause 4.12 fonde la responsabilité de l'Entrepreneur pour l'ensemble des risques imprévisibles. En droit allemand toutefois, l'interprétation du contrat conduit du moins à d'autres résultats. Cette interprétation se base sur le récent § 313 BGB. Des circonstances extérieures à la sphère d'influence de l'Entrepreneur, qui provoquent un déséquilibre tellement flagrant entre la prestation et sa contrepartie que le maintien du contrat ne semble plus supportable, entraînent une adaptation du contrat (§ 313 al. 1 BGB). Y sont -compris entre autres les cas de l'augmentation excessif des coûts de la construction<sup>74</sup> par rapport à la contreprestation, qui doit être déterminée le cas échéant par l'interprétation du contrat<sup>75</sup>. Dans les véritables contrats clé en mains à prix forfaitaire, où l'Entrepreneur assume la responsabilité de la planification, les clauses assurant le prix global peuvent être valablement stipulées dans les conditions générales<sup>76</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de recourir au § 307 BGB. Aucun des critiques allemands du Silver Book ne s'est préoccupé de cet arrière-plan juridique, très connu pourtant à l'étranger.

Dans les relations commerciales, on peut de toute façon supposer que les parties sont capables de conduire des négociations adéquates. En raison de la discussion d'experts ci-dessus mentionnée, il est désormais notoire que c'est l'Entrepreneur qui assume le risque, non négligeable, du terrain à bâtir. Il est par ailleurs connu de la jurisprudence allemande, que, dans certains cas, l'Entrepreneur doit supporter les coûts de prestations qui ne figuraient pas dans le cahier des charges, mais que le Maître de l'ouvrage pouvait valablement supposer comprises dans le prix global<sup>77</sup>.

## IX. Remarques

La méthode à suivre pour la traduction de contrats rédigés en anglais, par exemple les conditions contractuelles particulières dans le cadre d'un marché FIDIC, doit présenter les étapes ci-dessous :

- Déterminer s'il s'agit de intelligible plain language ou bien de legal language

---

<sup>70</sup> Voire aussi HÖk, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, § 5 Rn. 32 ff.

<sup>71</sup> Annotation 3 d) concernant Art. 6.2.2 Unidroit Principles

<sup>72</sup> Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 316

<sup>73</sup> Voire par contre Le Tourneau, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Rn. 316

<sup>74</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 313 Rn. 39; vgl. RGZ 102, 273; RGZ 101, 81

<sup>75</sup> Voire Kapellmann/Schiffers, Rn. 1065

<sup>76</sup> En ce qui concerne cette discussion voire Kapellmann/Schiffers, Rn. 272, 523, 536; voire aussi OLG München BauR 1990, 776; OLG München NJW-RR 1987, 661; LG München ZfBR 1990, 117

<sup>77</sup> OLG Hamm NJW-RR 1996, 977 (zu Kosten für die Abfuhr des Bodenaushubs)

- S'agit-il d'un terme défini par un contrat (ou dans des conditions générales) ? On peut recourir par exemple aux publications spécialisées relatives aux textes FIDIC
- Analyse du terme à traduire dans l'ordre juridique d'origine au moyen de commentaires et de dictionnaires monolingues
- Existe-t-il un terme synonyme ?
- Existe-t-il dans l'ordre juridique de traduction un terme ayant la même signification ?
- Choix d'une traduction, le cas échéant au moyen d'une périphrase. Si les lecteurs sont familiarisés avec le concept étranger, il est possible de le laisser dans la langue d'origine, ou bien d'ajouter une note explicative.
- Lorsque des doutes subsistent, traduction en sens inverse

## X. Observations finales

Les conditions FIDIC jouissent d'une réputation mondiale et sont largement répandues. Il existe des traductions dans de nombreuses langues (surtout de l'édition de 1987). Les discussions et les nombreuses explications de la presse spécialisée (surtout dans les ICLR) contribuent certainement à leur succès. Il n'est pas étonnant que les articles arrivent à des résultats différents selon qu'ils sont écrits du point de vue de l'Entrepreneur ou du Maître de l'ouvrage. Il est possible, en langue anglaise, de se familiariser avec la pratique et l'utilisation des conditions FIDIC. Il serait toutefois souhaitable que les conditions FIDIC soient également discutées dans d'autres langues. Cela faciliterait l'accès au marché pour de nombreuses entreprises, et aurait un effet bénéfique sur le développement des conditions FIDIC, car jusqu'à présent, l'influence continentale sur les conditions est plutôt marginale<sup>78</sup>. Jusqu'à présent la pratique a conduit à la formation d'un monopole de la langue anglaise, qui, comme le montre le présent article, ne dispose pas pour tous les systèmes juridiques de termes facilement compréhensibles, source de conflits et de discussions inutiles. De temps en temps on a constaté que la solution pourrait consister dans l'élaboration de règles d'interprétation propres aux contrats ou du moins ceci pourrait réduire les problèmes<sup>79</sup>. Les conditions FIDIC, elles aussi prévoient de telles règles<sup>80</sup>. Or elles ne peuvent pas résoudre les problèmes de convergence, car elles ne peuvent pas supplanter les particularités qui résultent de l'éducation, de la culture et de la pensée des juristes et de leur manière de travailler. Elles s'opposent aussi aux règles d'interprétation et d'obtention de preuves légales, d'autant plus car de telles règles ne peuvent pas créer un système d'interprétation propre au contrat mais seulement un support et des standards ponctuels.

## XI. Liste des abréviations

A.C.	Appeal Cases
BauR	Zeitschrift für Baurecht (Baurecht)
BGHZ	Bundesgerichtshof (German Supreme Court)
CA	Cour d'appel
FS	Festschrift (Mélanges)
ICLR	International Construction Law Review
ILRM	Irish Law Reports
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IR Jur Rep	Irish Jurist Reporter
K.B.	King's Bench
LG	Landgericht (German Court of first instance)
LT	Law Times Reports, New Series
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift (Rechtsprechungs Report)
OLG	Oberlandesgericht (Cour d'appel)
RGZ	Reichsgericht (former German Supreme Court)

<sup>78</sup> Voir Letterman, *Unidroit's Rules in Practice*, 336 ff.

<sup>79</sup> Voir Reece in: Lesguillons (hrsg.), *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 39, 47

<sup>80</sup> Voir Klausel 1.2 [Interpretation], 1.5 [Priority of Documents], 1.1 [Definitions]

RIW            Recht der Internationalen Wirtschaft  
W.L.R.        The Weekly Law Reports  
ZfBR           Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht