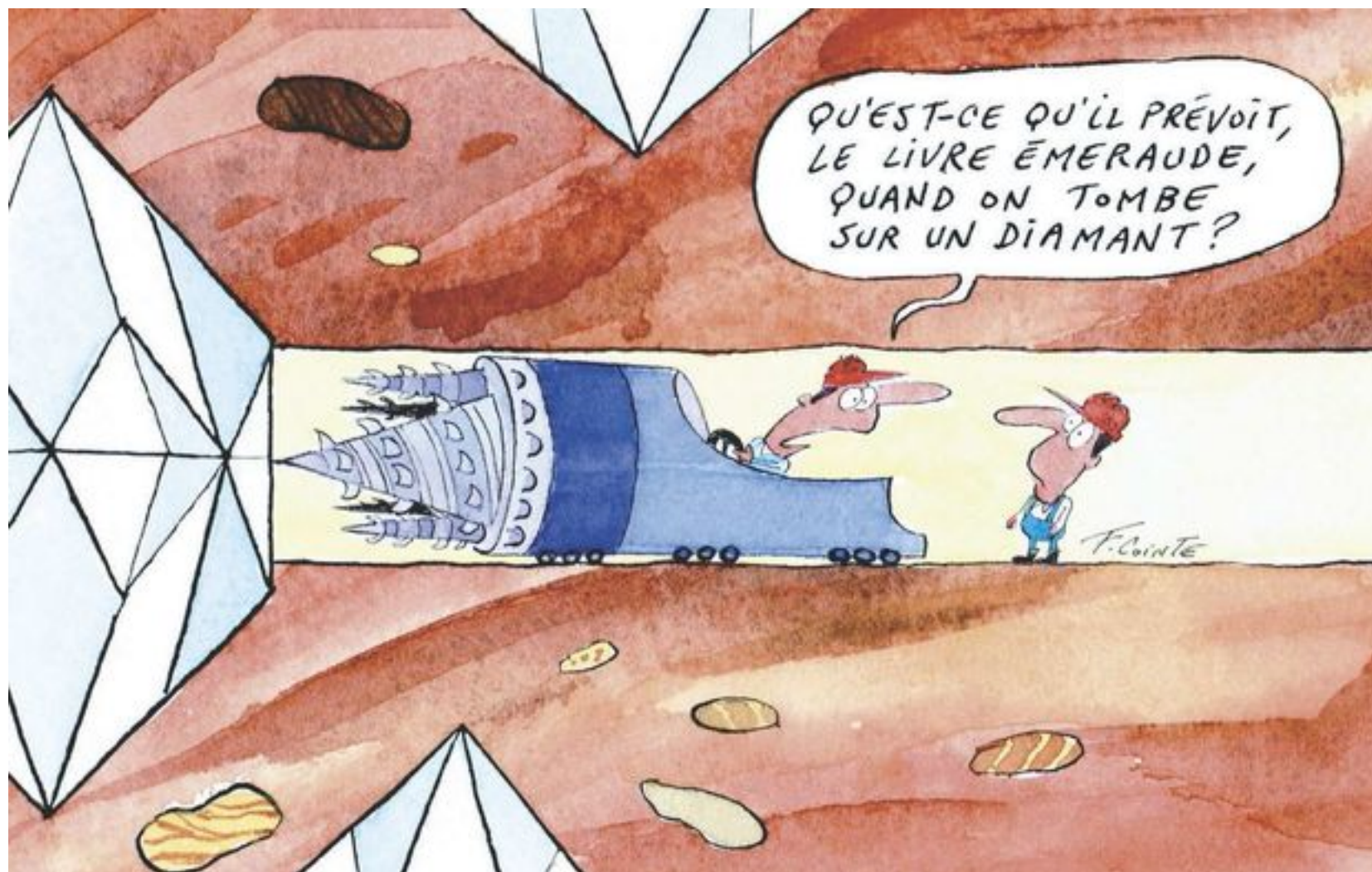


# Un nouveau contrat type pour la construction souterraine

Par Peter Rosher, avocat associé, Reed Smith LLP | le 06/09/2019 |

[Réglementation des marchés privés](#), [Travaux souterrains](#)



## Marchés privés -

**Le livre Emeraude de la Fidic prend notamment en compte les aléas liés à la nature changeante du sol.**

La Fédération internationale des ingénieurs-conseils (Fidic) a publié - à l'occasion du World Tunneling Congress 2019 (congrès mondial des tunnels) qui s'est tenu à Naples du 3 au 8 mai - son nouveau contrat type adapté aux particularités des travaux souterrains. Dénommé Emerald Book (livre Emeraude), il vient compléter la Rainbow Suite (suite Arc-en-ciel) de contrats types Fidic, destinés au secteur de la construction. Ces contrats ont été - depuis leur première publication en 1957 - progressivement utilisés par de nombreux acteurs, tant au niveau national qu'international, jusqu'à devenir une norme incontournable.

Le livre Emeraude - issu d'une initiative conjointe de la Fidic et de

l'Association internationale des tunnels et de l'espace souterrain (ITA-AITES) - contient une série de clauses générales et particulières spécifiques à la gestion des projets de construction souterraine et devrait connaître un grand succès dans un secteur qui ne disposait jusqu'alors d'aucun contrat type de ce genre.

Jusqu'à maintenant, en effet, les parties d'un projet de construction de tunnel devaient se contenter des rapports, recommandations, lignes directrices et listes de contrôle publiés par l'ITA-AITES, ainsi que des codes nationaux et autres contrats types (dont le livre Jaune [conception-construction] ou le livre Rouge [construction] de la Fidic) qui nécessitaient tous des modifications significatives. Résultat : l'environnement juridique du secteur était particulièrement complexe, et sa dynamique entravée par de nombreux différends. En publiant ce nouveau contrat, la Fidic et l'ITA-AITES souhaitent remédier enfin à ce désordre contractuel.

## **Les spécificités du secteur de la construction souterraine**

La philosophie du livre Emeraude tient très largement compte des spécificités du secteur de la construction souterraine, où les problèmes rencontrés sont, par nature, multiples (1). Cela est principalement dû à la nature changeante du sol, qui est d'ailleurs la cause n° 1 d'innombrables litiges. Mais la particularité de ces opérations tient aussi aux conditions restreintes d'accès au site, au besoin d'équipements très spécialisés, à l'impact financier de longs délais d'exécution, aux conséquences économiques de circonstances imprévues et à la nécessité d'obtenir de nombreuses autorisations de la part de tiers.

Ainsi, les projets de construction souterraine - plus que tout autre - exigent des mécanismes contractuels efficaces, adaptables et dynamiques afin de répondre aux changements requis par les conditions imprévisibles du sol. C'est ce à quoi le livre Emeraude, dans la droite ligne des travaux antérieurs de l'ITA-AITES (2), s'est attelé.

## **Les projets de construction souterraine exigent des mécanismes contractuels efficaces,**

# adaptables et dynamiques.

**Les apports du livre Emeraude** S'inspirant du livre Jaune, le livre Emeraude conserve le tronc commun de clauses figurant dans les trois contrats types de la suite Arc-en-ciel, mais intègre plusieurs nouveaux concepts spécifiques.

**Répartition des risques.** Dans tout projet de construction, une répartition appropriée des risques est cruciale. Ce point, s'il n'a pas été anticipé, peut avoir des conséquences dramatiques. Or, en matière de construction souterraine, il est souvent d'usage que des conditions de sol imprévues soient entièrement supportées par le maître d'ouvrage (qui est le mieux placé pour contrôler ce risque), alors que seuls les moyens et méthodes employées seront sous la responsabilité de l'entrepreneur (3).

Le livre Emeraude comporte à cet égard des dispositions détaillées relatives au recouvrement des coûts par l'entrepreneur, ainsi que des prolongations de délais en cas de conditions du terrain défavorables imprévisibles.

Le maître d'ouvrage doit divulguer des informations géologiques et géotechniques dans un Geotechnical Baseline

Report (rapport géotechnique de référence, GBR) [4]. Ce document contractuel clé établit la répartition des risques entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage quant aux conditions physiques souterraines, en fournissant la seule et unique définition contractuelle des conditions « imprévisibles » (sous-clause 1.1.101).

Toutes les conditions physiques souterraines décrites dans le GBR sont considérées comme prévisibles, les autres étant, *a contrario*, vues comme imprévisibles.

Cette approche est sensiblement différente de celle retenue dans les autres contrats de la suite Arc-en-ciel. Ainsi, dans le livre Jaune, un entrepreneur ne serait en mesure de réclamer un paiement supplémentaire ou une prolongation de délai que si les conditions physiques souterraines rencontrées n'étaient pas « raisonnablement prévisibles pour un entrepreneur expérimenté ». Cette définition - très vague et sujette à

interprétation - était souvent source de difficultés, notamment dans les projets souterrains (5). L'approche du livre Emeraude devrait faciliter le règlement des différends.

**Adaptabilité du prix et du calendrier.** Les projets de construction souterraine, comme tous les projets de construction, requièrent la mise en place d'un calendrier rigoureux. Toutefois, les parties doivent aussi être en mesure de faire face à des événements imprévisibles. Le livre Emeraude offre un mécanisme plus souple pour adapter le délai d'achèvement des travaux, directement lié aux conditions du terrain, mais aussi la rémunération de l'entrepreneur (sous-clause 13.8).

**Règlement des différends.** Le livre Emeraude contient un dispositif classique de règlement des différends déjà présent dans les autres contrats types Fidic. Celui-ci prévoit, dans un premier temps, la nomination d'un Dispute Avoidance/ Adjudication Board (DAAB) qui peut être constitué quand les parties sont désireuses de discuter de manière informelle de leurs désaccords ; dans un second temps - et en dernier recours - l'arbitrage sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI).

Cette procédure, très souple, pourra s'avérer particulièrement utile pour le secteur de la construction souterraine, qui, par sa nature même, exige la résolution des contestations à un stade précoce.

## **Une rédaction à réexaminer au cas par cas**

L'influence indéniable des contrats Fidic sur le droit transnational autonome de la construction s'apprête donc à s'étendre au secteur des souterrains. Cependant, quels que soient les avantages que le livre Emeraude apportera, il convient de garder à l'esprit qu'un même modèle n'est pas nécessairement adapté à toutes les situations ; la spécificité du projet l'emportera toujours sur les dispositions d'un contrat type.

De plus, il faudra systématiquement procéder à une évaluation, non seulement de la répartition des risques, mais aussi d'autres risques externes tels que l'impact de la loi applicable.

### ***Ce qu'il faut retenir***

- *L'Emerald Book (ou « livre Emeraude ») vient compléter la Rainbow Suite (« suite Arc-en-ciel » en français) de contrats types Fidic, destinés au secteur de la construction à l'international.*
- *Il comporte une série de clauses générales et particulières adaptées aux projets de construction souterraine.*
- *Des dispositions détaillées sont ainsi consacrées à la répartition des risques entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur lorsque des conditions physiques souterraines imprévues surviennent.*
- *Le contrat type confère aussi aux parties une certaine souplesse pour faire évoluer, si nécessaire, le calendrier des travaux et la rémunération de l'entrepreneur.*
- *Enfin, un mécanisme de règlement des différends est prévu ; il privilégie un traitement amiable.*

*(1) Lire, entre autres, les notes introductives du livre Emeraude. (2) Et notamment la « Liste de contrôle du cadre contractuel pour les contrats de construction souterraine » ([www.bit.ly/ita-aites](http://www.bit.ly/ita-aites)). (3) Lire, par exemple, Nael Bunni, « The four criteria of risk allocation in construction contracts », « International construction law review », vol. 26, part 1, p. 6, 2009. Voir aussi rapport ITA n° 013, « Lignes directrices sur les aspects contractuels de la construction de tunnels », p. 10, mai 2013. (4) Le livre Emeraude fournit également des conseils précieux sur la rédaction des documents contractuels, y compris les GBR. (5) Voir, par exemple, la décision rendue par la Cour d'appel anglaise dans « O brascon Huarte Lain SA v Her Majesty's Attorney General for Gibraltar » [2015] EWCA Civ 712.*