

LES PROJETS A L'ETRANGER

par Steve Revay, Président de RAL

De plus en plus de consultants en conception, d'entrepreneurs, de fabricants et de membres du secteur de la construction au Canada participent à des projets de construction à l'étranger.



D'autres encore se proposent de le faire en réponse à la mollesse des marchés intérieurs et aux incitations du gouvernement. De temps en temps, les propriétaires sont amenés à démarrer de nouveaux chantiers à l'étranger.

Ceux qui s'aventurent dans le marché de l'exportation... à l'heure actuelle ou qui le feront plus tard - doivent garder à l'esprit que le règlement des litiges se rapportant à des conflits sur des contrats suivent très souvent une procédure, bien différente en nature, de celle qui est en vigueur au Canada et aux Etats-Unis. En conséquence, cette question est d'un intérêt primordial et devrait être l'objet d'attention particulière avant la signature d'un contrat.

Cette question est passée en revue suivant deux perspectives. D'abord, l'avocat Neil McKelvey, C.R., étudie les différences de procédure réglant les litiges se rapportant à des contrats à l'étranger pour conclure qu'il est préférable de prévoir une clause réglant les modalités de l'arbitrage à même le contrat. Ensuite, notre directeur à Calgary, Tom Watts, traite des différents organismes d'arbitrage international et les facteurs qu'il faut considérer avant la rédaction d'une clause d'arbitrage.

M^e McKelvey a acquis une très grande expérience dans les causes de l'industrie de la construction et, qui plus est, a été président de l'Association du barreau international (1978-80) ainsi que de l'Association du barreau canadien (1973-74). Tom Watts, comme vous le constaterez sur son "profil", bénéficie d'une expérience considérable dans les cas d'arbitrages internationaux. Je vous recommande leurs articles dont la lecture vous intéressera comme actualité courante à titre d'ouvrages de référence.

LES FACTEURS QUI FAVORISENT L'ARBITRAGE DANS LES PROJETS DE CONSTRUCTION OUTRE-MER

par E. Neil McKelvey, CR de l'étude de McKelvey, Macaulay et Machum, de Saint John

Certaines circonstances dans la situation des entrepreneurs sur le marché national se prêtent volontiers à l'arbitrage alors que d'autres au litige. Sur la scène internationale, le choix d'un forum convenable est beaucoup plus restreint; dans la plupart des cas l'arbitrage constitue la meilleure option.

Dans le domaine des accords particuliers à l'échelle internationale, même si l'une des parties est constituée par le gouvernement d'un pays, il n'existe aucun forum international pour y déposer une contestation. Les tribunaux d'un état souverain n'ont aucune juridiction au niveau international, cependant une société étrangère a le droit de poursuivre en justice ou peut être poursuivie devant un tribunal de ce pays. Il existe par ailleurs des moyens de faire exécuter un jugement prononcé par le tribunal d'un pays en présentant une requête devant les tribunaux d'un autre pays où la partie contre qui un jugement a été prononcé possède un actif récupérable.

Les références au droit international ou à la Cour internationale ne sont pas choses habituelles, ce qui n'est pas sans nourrir les espérances de ceux qui sont impliqués dans les marchés internationaux. Cependant le terme "droit international" prête à confusion, surtout dans le domaine des accords contractuels, car il traite avant tout des rapports entre nations et de seulement d'un nombre limité de cas se rapportant aux droits des citoyens dans un pays étranger. Il ne traite pas des sujets de litige à l'échelle internationale entre individus. Faire mention d'une Cour internationale peut aussi mener à l'erreur. Ce tribunal qui se nomme la Cour internationale de justice, est un organisme de l'Organisation des Nations unies (ONU), cependant sa juridiction ne s'exerce pas sur les individus ou les personnes morales mais sur les différends qui existent entre nations. Un état souverain peut avoir recours devant la Cour internationale au nom d'un citoyen ou d'une personne morale, cependant de telles démarches sont rares et impliquent un intérêt national de la part de l'état souverain présentant la requête. Il

serait peu probable que pareille intervention ait lieu dans le cas d'un contrat réglant un projet de construction, ce type de litige n'ayant pas sa place devant ce tribunal.

Nous devons constater tout simplement, qu'en fait il n'existe aucun système de cour international mais bien des systèmes nationaux.

L'on pourrait croire que le droit national suffirait à départager les litiges ayant une dimension internationale. Cependant les différences entre les systèmes juridiques doivent être prises en considération ainsi que les difficultés qui en découlent. Il existe deux systèmes juridiques fondamentaux qui régissent le droit dans la majorité des pays - d'abord le principe du droit coutumier (Common Law) où chacune des parties présente sa requête devant une cour qui suit un rôle passif en se prononçant suivant des décisions passées; ensuite, le principe du droit codifié (civil) où la cour décide du litige, rassemble les preuves et se prononce à partir de préceptes et de lois recueillis sous forme écrite dans un Code civil.

De manière générale, les nations dont le droit est d'origine britannique suivront les principes du droit coutumier alors que celles qui sont apparentées aux nations européennes adopteront une procédure relevant du droit codifié. Les exceptions à cette règle générale sont le Québec et la Louisiane qui ont un système de droit codifié et cependant ont une procédure relevant du droit coutumier. Les pays du Moyen-Orient se distinguent par une très forte influence du droit islamique dans leur système juridique.

Tout ceci permet d'espérer que l'on a affaire à une situation relativement facile à régler. Cependant il importe de ne pas oublier que les méthodes qui règlent les litiges en matière de contrats et les pro-

(suite au verso)

Faire circuler ou classer	

ARBITRAGE INTERNATIONAL - DISPOSITIONS RECOMMANDÉES

par T.J. Watts

cédures juridiques qui existent dans un autre pays peuvent paraître tout à fait étrangères pour une société nord-américaine. D'après le droit coutumier en vigueur en Amérique du Nord, les tribunaux appliquent les clauses du contrat afin de décider des droits respectifs des parties suivant le principe que leur rôle est de faire respecter les termes de l'accord conclu entre les parties; les tribunaux n'ont pas à revoir les termes de l'accord. La procédure se déroule suivant le principe de la contestation et chaque partie présente son point de vue comme elle l'entend devant un tribunal qui joue un rôle passif.

D'après le système du droit civil, le tribunal s'écarte des termes du contrat afin d'imposer une solution qui lui paraît juste; en fait il s'agit d'une refonte du contrat. La procédure repose sur le principe de l'enquête; le tribunal établit les preuves et dirige sa propre enquête en tenant compte du conflit tel qu'il est présenté par les parties en cause.

Cette procédure peut être particulièrement contrariante pour l'entrepreneur ou pour le propriétaire qui est habitué à la procédure en vigueur en Amérique du Nord où le respect du contrat domine et les parties présentent leur point de vue à leur guise.

A ce manque de connaissance viennent s'ajouter trois autres éléments - en premier lieu, dans la plupart des pays la loi requiert que les plaidoyers soient dans la langue officielle, ce qui peut entraîner la traduction de toute la documentation, quelle que soit la langue utilisée pour le projet; deuxièmement, un jugement impartial peut s'avérer difficile même impossible dans certaines juridictions; troisièmement, le problème d'application du jugement, i.e. sera-t-il exécuté, plus encore, est-il exécutoire.

Dans la plupart des cas, sinon dans tous les cas, les problèmes de litige à l'étranger peuvent être évités si une clause d'arbitrage convenablement rédigée est incluse au contrat. L'arbitrage n'est un recours possible que lorsque les deux parties ont accepté d'un commun accord de s'y soumettre; il paraît évident que le moment propice à pareil accord est à la signature du contrat; lorsqu'un conflit éclate, il est peut-être alors trop tard. Une telle clause assure la disponibilité d'un forum adéquat. Le lieu où aura lieu l'arbitrage est particulièrement important car les lois et procédures en vigueur à cet endroit seront vraisemblablement appliquées; un résident en Amérique du Nord peut se trouver impliqué, bien contre son gré, dans une procédure soumise à une juridiction de droit civil qu'il ne connaît pas (ou même de droit islamique). De même, la langue et la procédure utilisées peuvent avoir été déterminées à l'avance et rendre plus probable l'exécution de la décision arbitrale. La

Plusieurs organisations s'occupent d'arbitrage, chacune ayant une réglementation et une juridiction particulières. L'organisation sans doute la mieux connue et certainement celle qui traite la plus grande partie des cas dans le domaine de la construction est la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ICC). Malgré sa dénomination, la ICC n'est pas un tribunal mais un organisme ayant un pouvoir de surveillance.

Parmi les autres organisations offrant un arbitrage international, l'on peut compter Le Tribunal d'arbitrage de Londres (LCA), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), l'Association américaine d'arbitrage (AAA), le Tribunal d'arbitrage permanent de l'Organisation des Nations unies qui applique les règles d'arbitrage de la Commission de l'Organisation des Nations unies en matière de droit commercial international (UNCITRAL) et de la Banque mondiale par le biais du Centre international pour le règlement des conflits commerciaux (ICSID). Cette dernière limite sa juridiction aux cas qui impliquent un financement de la Banque mondiale. A noter que malgré leurs appellations, aucun de ces organismes n'est un tribunal dans le sens propre du terme.

Il existe deux éléments communs aux règles d'arbitrage adoptés par l'ensemble de ces organismes. Premièrement, aucun ne règle le conflit en soi et deuxièmement, la marge de manoeuvre est presque sans limite à condition que les parties en conflit disposent d'un accord réciproque.

Ce dernier facteur suffit à lui-même pour amener toute partie à songer très sérieusement à une clause d'arbitrage avant la signature d'un contrat. Des

rédaction soigneuse d'une clause d'arbitrage est essentielle, beaucoup plus importante que dans le cas d'un contrat ayant effet sur le marché intérieur.

Aussi, un des éléments fondamentaux visant à l'arbitrage satisfaisant d'un conflit au niveau international intervient dans la rédaction de la clause qui détermine le lieu et le mode d'arbitrage. Les éléments qui entrent en cause sont beaucoup plus complexes que ceux qui apparaissent dans les contrats sur les marchés intérieurs, et pour cette raison, il est sage de s'adresser à l'un des organismes qui traitent d'arbitrage dans les contrats internationaux. L'article de Tom Watts présenté plus bas passe en revue certaines options disponibles.

facteurs tels que la langue, le lieu et les lois en vigueur peuvent avoir des conséquences sur l'arbitrage et il est évident qu'un accord sur ces facteurs sera de loin beaucoup plus facile à conclure pendant la négociation des termes du contrat qu'au cours du conflit.

Advenant que la clause sur l'arbitrage ne détermine pas certains éléments fondamentaux, les règlements de ces organismes prévoient que l'organisme lui-même soit appelé à en décider ou que les arbitres soient mandatés de le faire.

Certains aspects fondamentaux règlent la nomination des individus appelés à régler l'arbitrage et le lieu où l'arbitrage sera prononcé. Quant à la nomination, dans les cas où les parties seraient incapables de s'accorder sur ce point, l'organisme, à l'exception de UNCITRAL, est appelé à en assurer la nomination. Dans le cas de UNCITRAL, une autorité en nomination (soit une personne ou un organisme) est désignée afin d'assurer la nomination des arbitres. Il est probable que les arbitres nommés, faute d'un commun accord, soient des ressortissants d'un pays tiers. La réglementation de l'AAA est spécifique sur ce point lorsque la demande en a été faite par l'une des deux parties, alors que les autres organismes se bornent en général à mentionner que "la nationalité sera prise en considération".

Pour ce qui est du lieu, les règlements du ICC et de l'AAA stipulent que ces organismes se réservent le droit d'en décider en cas de conflit. Les autres organismes confèrent aux responsables de l'arbitrage le pouvoir de décider du lieu.

Deux aspects distincts du droit interviennent dans le choix du lieu. i) Le "**droit de procédure**" qui détermine les modalités du litige et ce qui est plus important, facilite l'exécution des jugements et ii) "**Le droit substantif**" qui détermine les droits et les obligations de chacune des parties y compris dans quelle mesure les parties sont liées par la décision ou pas.

Dans une large mesure, le droit substantif applicable dans une situation d'arbitrage sera statué par les clauses du contrat ou les règlements de l'organisme qui administre; cependant c'est moins sûr d'être le cas dans les lois sur la procédure. D'un autre côté, si aucune clause ne règle la procédure à adopter, les responsables de l'arbitrage s'adresseront probablement aux lois du pays où se déroule l'arbitrage (et non où l'activité commerciale a lieu).

Il est clair que, quoiqu'il s'agit simplement en apparence d'une question de logistique, l'endroit où se règle l'ar-

bitrage a des répercussions importantes.

Etant donné les différences entre les systèmes juridiques nationaux, les lois sur la procédure possèdent des caractères distincts d'un pays à l'autre. Il appartient de signaler que les responsables de l'arbitrage jouissent d'une marge de manoeuvre leur permettant d'agir en fonction d'une "justice naturelle" ou de "principes d'équité" ou de ce que l'on convient d'appeler "le règlement à l'amiable".

Dans certains pays, ces pouvoirs sont automatiquement conférés aux responsables de l'arbitrage, sauf exclusion dans la clause d'arbitrage. D'un autre côté il est possible de leur conférer ce pouvoir.

Pour ce qui est du pouvoir d'arbitrage appartenant aux organismes d'arbitrage en propre, le plus important demeure peut-être l'administration de l'arbitrage même. A l'exception de UNCITRAL, chaque organisation est pourvue d'une réglementation sur l'arbitrage, et fournit en outre l'administration de cet arbitrage, quoique cette activité soit (en soi) quelque peu limitée. Dans le cas de la CCI, prévision est faite pour que ces organismes approuvent à la fois les "Critères de référence" (une définition des cas pouvant être réglés) et les décisions prises doivent être conformes à ces Critères de références.

La considération finale dans tout arbitrage au niveau international concerne l'exécution des décisions prises par l'arbitrage. Elle peut être régie par la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences d'arbitrage étrangères, quelque fois appelée la Convention de New York. Cette convention a été délibérée par l'Organisation des nations unies et a été ratifiée par plus de 50 pays. Les principes de cette convention sont représentés dans les extraits des articles II et III suivants:

"Chaque partie contractuelle reconnaît l'accord rédigé par écrit suivant les termes duquel chacune des parties accepte de se soumettre à l'arbitrage..."

et

"Chaque état contractuel déclare accepter et reconnaître qu'il est solidaire des décisions prises par l'arbitrage et de les exécuter suivant les termes et règlements de la procédure en vigueur dans le territoire où ces décisions ont été appelées..."

Les signataires de cette convention comprennent les Etats-Unis, l'U.R.S.S., le R.U. et la plupart des pays européens. Il existe peu de signataires parmi les pays d'Amérique latine et du Moyen-Orient. De plus il faut constater que le Canada n'est pas signataire de cet accord, ce qui pourrait être un obstacle important lorsque la signature d'un contrat est sujette à un accord de réciprocité

avec le pays d'origine de l'autre partie.

L'une des stipulations de cette convention a pour effet de lier les signataires de la convention aux termes de la convention à condition que l'autre partie soit elle-même signataire de ladite convention. Cette réserve a été prononcée par plus de la moitié des signataires.

La question de l'exécution des décisions d'arbitrage est à déterminer dans le cas où la Convention de New-York n'est pas applicable. La solution dépend des termes de la clause d'arbitrage et de l'attitude manifestée par le pays où l'exécution de la décision doit être faite.

La clause doit stipuler que la décision d'arbitrage est exécutoire au même titre qu'un jugement. Les clauses que recommandent certaines institutions d'arbitrage sont rédigées dans des termes semblables alors que d'autres comprennent dans leur réglementation un accord liant les parties à accepter la décision finale du conflit par l'arbitrage. Une clause d'arbitrage rédigée en ces termes serait exécutoire dans un recours en justice car un tribunal en partie civile viserait à appliquer les termes d'un contrat entre parties. A noter que dans pareil cas le tribunal ne chercherait pas à trancher sur le fond du litige ni sur les dommages à accorder mais seulement sur les termes de l'accord qui lie les deux parties.

Cette attitude peut dépendre des particularismes du tribunal national qui entend la cause.

Il a été déclaré qu'une clause d'arbitrage satisfaisante doit être négociée dans le cas de contrats à l'échelle internationale. A noter cependant que dans le cas de l'Arabie Saoudite, les ministres et les organismes du gouvernement ne doivent pas participer à des accords d'arbitrage. Il existe cependant une régie des doléances qui entend les plaintes. Cette régie a l'habitude de référer les questions techniques à des techniciens et d'une manière générale les décisions qui en résultent sont équitables et conformes aux principes du droit islamique.

En ce qui concerne l'Arabie Saoudite, il faut noter que le corps de génie de l'armée des Etats-Unis s'occupe de nombreux travaux de construction pour le compte du gouvernement local et que leur procédure est à la disposition des parties qui sont signataires de contrats sous leurs auspices en cas de conflit.

En conclusion, l'arbitrage apparaît comme la seule façon pratique de procéder en cas de conflits en matière de construction d'une nation à l'autre, et si l'on garde ce précepte à l'esprit il est sage d'inclure dans tout contrat une clause réglant la question de l'arbitrage. La réglementation, la langue employée, le territoire où la décision doit être appliquée sont des points qu'il importe de préciser. Se référer à la réglementation d'un organisme international, surtout le

LE PROFIL DE RAL



T.J. WATTS

Directeur de la succursale de Calgary, Tom Watts s'est joint à Revay et Associés Limitée au début de l'année 1980.

Ces activités couvrent une large sélection de spécialités telles que les études sur la productivité, apurement des travaux, programmation, l'organisation de séminaires ainsi que bien entendu les réclamations dans le domaine de la construction.

Son expérience professionnelle a débuté en Australie, son pays natal où il obtient en 1968 un diplôme universitaire en ingénierie. Il est employé ensuite comme concepteur en structures et rédacteur de spécifications par une société d'ingénieurs-conseils.

Il prend ensuite du service dans l'armée australienne, ce qui lui vaut un séjour au Vietnam du Sud. Au cours de cette période il est impliqué dans les problèmes d'ingénierie qui se rapportent à la construction d'installations civiles et militaires dans des circonstances qu'il qualifie "de quelque peu inhabituelles". Ces travaux ont marqué ses débuts dans le domaine international.

Après sa démobilisation il a travaillé pour la division internationale de la compagnie de construction Morrison-Knudsen où il termina sa carrière pré-RAL. Il a occupé diverses fonctions dans de grands projets de construction en Nouvelle-Guinée, en Australie et en Asie. La dernière tâche qui lui fut assignée à Morrison-Knudsen est au siège social de la société au département d'administration des contrats.

Depuis son arrivée à Revay et Associés Limitée, ses activités se sont limitées surtout à la scène canadienne, quoiqu'il continue à assurer des responsabilités de dimension internationale pour le compte de RAL.

ICC ou UNCITRAL, est en mesure d'assurer un minimum de souci.

LA PRODUCTIVITE - QUEL EST LE VRAI SENS DU TERME?

Les cinq dernières années ont beaucoup enrichi nos connaissances sur la signification de ce terme, pour la seule raison peut-être, que nous entendons surtout parler de baisse de productivité, cependant une certaine confusion persiste sur le sens profond de ce terme.

"L'économiste définit la productivité comme le rapport entre les entrées, c'est-à-dire la main-d'oeuvre, et la valeur ajoutée fournie par le vecteur d'activité, alors que les membres de l'industrie de la construction considèrent "la productivité" comme l'efficacité relative déployée par l'artisan qui oeuvre dans un temps et un lieu donnés.

"Cette industrie devrait peut-être parler d'"efficacité" et délaïsser le mot - productivité - qu'elle devrait laisser à l'usage des économistes. De toute façon il est temps que la confrérie des gens de la construction se penche sur cette question.

"De plus, il est grand temps que l'industrie de la construction établisse des normes afin de pouvoir quantifier la productivité ou plus précisément mesurer les rapports de cause à effet entre les variations dans la productivité et les facteurs d'incitation positifs ou négatifs.

"Certains évoquent des activités bien précises, qui provoquent une perte de productivité et d'autres activités qui ont au contraire un effet moteur, cependant il existe peu ou pas d'accord sur les méthodes permettant de les mesurer."

"Sans pouvoir mesurer l'effet réel (l'incidence positive ou négative sur la productivité) d'une activité donnée dans un procédé industriel, il est très difficile de savoir si telle activité peut être justifiée et en quelles circonstances."

Extrait d'une allocution prononcée par M. Steve Revay devant la section des entrepreneurs industriels de l'Association canadienne de la construction (ACC) lors de sa réunion à Halifax l'été dernier.

Le Bulletin Revay est publié par Revay et Associés Limitée, firme nationale d'experts-conseils en administration et d'économistes en construction spécialisés dans les secteurs de la construction et des relations gouvernementales. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenus.

La saison des séminaires sur les réclamations commence

Chaque année l'automne annonce le début d'une nouvelle série de séminaires destinés aux entrepreneurs, aux propriétaires et à tous ceux qui travaillent dans la rédaction et l'évaluation des réclamations dans la construction.

Par exemple, "Toronto Construction Association" a subventionné un séminaire d'une journée en 1980. Ce séminaire ayant été bien accueilli, nous avons repéré l'expérience au mois de novembre dernier où il y eut 129 inscriptions. Un autre séminaire est prévu pour le 23 novembre de cette année. Les trois animateurs de débats sont de solides vétérans des séminaires de 3 jours tenus par RAL sur les réclamations - Steve Revay, le directeur de la succursale de Toronto Mark Doyle et R.J. Wright, CR.

La semaine suivante, Steve Revay, le directeur de la succursale de Calgary Tom Watts et l'avocat Bob Eden vont faire équipe à Edmonton pour constituer un séminaire sur les réclamations en construction (29-30 novembre) qui est présenté par l'Université de l'Alberta. Un autre séminaire d'une journée est prévu pour le 8 décembre à Windsor, Ontario.

La grande expérience de RAL comme conseils en réclamations dans la construction permet à la société d'offrir des programmes extrêmement pratiques qui sont orientés selon les besoins particuliers des participants. Ceux-ci peuvent se composer de membres de personnel d'un organisme, des membres d'une association spécialisée ou de groupes issus d'intérêts polyvalents. Il s'ensuit que la sélection des exposés offerts va de la présentation élémentaire d'un sujet donné à l'étude détaillée.

LES DEBUTS DE CT-4

Une démonstration a eu lieu récemment sur le système de gestion informatisée des travaux de construction lors de la conférence annuelle de l'Association des entrepreneurs en mécanique du Canada. Ce système qui a été mis à jour par Informatique de gestion Revay Inc. couvre intégralement les fonctions clés de l'administration en construction telles que l'estimation/budget, la programmation et le contrôle des coûts/rendement. Appelez donc Brent Holden à (514) 931-2541, il pourra organiser des démonstrations.

A l'auteur, à l'auteur!

Edgar Lion, un associé de la société RAL attaché au bureau de Montréal depuis 1976, vient de faire présenter son troisième livre... "Building Renovation and Re-Cycling", publié par John Wiley & Sons Inc. de New-York. Il traite en grande partie des applications commerciales et industrielles, cependant sans négliger le secteur résidentiel et institutionnel.

D'autres livres déjà parus par le même auteur, "A Practical Guide to Building Construction" (Prentice-Hall, N.Y., 1980) et "Shopping Centers-Planning, Development and Administration" (Wiley, N.Y., 1976). Certaines de ses tâches à RAL ont entraîné l'élaboration de "livres", par exemple la préparation d'un cours sur les "Principes élémentaires sur la qualité du béton" pour le compte de l'Ontario General Contractors Association et son programme d'accréditation destiné aux surintendants de construction, une oeuvre de quelque 250 pages.

POUR NOUS CONTACTER

Veillez visiter www.revay.com pour les adresses actuelles de nos bureaux
Si vous voulez faire partie de la site d'envoi du *Bulletin Revay*, [cliquez ici](#).