

MARCHÉS PUBLICS ET PRIVÉS

Check-list du maître d'œuvre avant de conclure un contrat à l'international

Le marché de la maîtrise d'œuvre ne cesse de croître à l'international. Ceci est vrai autant pour la sphère publique que pour des projets privés où l'expérience française est souvent recherchée. Il faut toutefois se garder de se lancer à corps perdu dans ces projets, même dans le cadre de consortiums. La réglementation applicable à l'étranger comporte en effet de multiples volets qui peuvent être autant de chausse-trappes si on ne s'y est pas suffisamment préparé.

MARC FRILET (Frilet-Société d'avocats) **ET LAURENT KARILA** (Karila et associés), fondateurs du réseau Gcila (1)

1 Réglementation de la profession et autorisation d'exercer

Dans de nombreux pays, la maîtrise d'œuvre est réglementée, surtout en ce qui concerne les architectes mais également les ingénieurs. Aux Etats-Unis, par exemple, les architectes doivent posséder une licence accordée au départ pour un seul Etat et après avoir passé un examen, l'*Architect Registration Examination* (ARE). Pour les ingénieurs, les licences d'exercer sont fréquemment nécessaires. Pour reprendre l'exemple américain, deux examens sont généralement nécessaires, le *Fundamentals of Engineering* (FE) et le *Principles and Practice of Engineering* (PE). Mais les ingénieurs étrangers peuvent, sous certaines conditions de connaissances ou d'expériences, bénéficier de licences provisoires. Attention : aux Etats-Unis, comme dans d'autres pays, l'exercice de ces professions sans autorisation ou licence peut constituer une infraction pénale.

Indépendamment des règles d'exercice professionnel, divers pays imposent une obligation d'enregistrement pour permettre à un cabinet ou une société d'ingénierie étrangère d'exercer leur activité sur leur territoire.

2 Prestations temporaires dans le pays d'accueil

Dans des situations bien délimitées et pour de nombreux pays avec lesquels la France a conclu une convention fiscale de non-double imposition, il sera possible de réaliser des prestations à la fois en France et dans ces pays sans être enregistré sur le plan social ni assujetti à la fiscalité locale. Pour ce faire, les prestations doivent parfois être d'une durée limitée afin d'éviter la qualification d'établissement permanent ou d'établissement stable. Dans ce cas, le statut juridique est généralement celui d'un bureau de

liaison ; pour conserver ce statut, le maître d'œuvre ne doit pas avoir d'autre bureau connu des tiers.

Attention à l'existence dans certains pays de retenues à la source fiscale qui doivent être prélevées par le client local qui la reverse au Trésor de son pays : le taux et les conditions d'imputation de ce prélèvement sur l'impôt français sont en général précisés par les conventions fiscales lorsqu'il en existe. Dans de nombreux pays enfin, il existe au moins une obligation d'enregistrer le contrat auprès des administrations fiscales. Il faut avant de le faire s'assurer d'avoir bien appréhendé, compte tenu de la rédaction du contrat, des lieux de réalisation, des modes de paiement, etc., l'ensemble des conséquences fiscales qui en découlent à la fois dans le pays concerné et en France.

3 Obligation d'enregistrement de droit commun : succursale

Dans de nombreux pays et à l'exception des contrats temporaires, il faut au minimum enregistrer une succursale (établissement sans personnalité morale propre mais connu des tiers et assujetti à la tenue d'une comptabilité propre). Une succursale est toujours imposable dans le pays d'accueil, il faut donc

bien identifier les obligations comptables et fiscales et établir un prévisionnel de budget fiscal avant de signer le contrat. Ce n'est pas toujours simple car si les prestations sont réalisées pour partie en France, il sera possible parfois de répartir les bénéfices mais les règles sont complexes et incertaines dans la plupart des pays. Les conventions fiscales peuvent clarifier cela, mais elles restent d'un emploi délicat suivant la nature des revenus générés par la succursale. Une succursale n'a par ailleurs pas de personnalité juridique indépendante. D'éventuels créanciers pourront facilement se retourner vers le siège en France. Cela peut engendrer des risques importants en cas de litige avec son cocontractant ou avec les tiers.

4 Obligation d'enregistrement de droit commun : joint-venture ou filiale

Certains pays imposent la constitution d'une filiale sur place, immédiatement ou après une certaine période (dans les 16 pays d'Afrique ayant adopté les actes Ohada par exemple). La constitution d'une filiale à 100% est souvent recommandée de préférence à une succursale. Ce n'est pas toujours une contrainte, et peut être avantageux en matière fiscale ou de responsabilité.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Chaque pays a ses exigences : autorisation ou licence d'exercer exigée pour les architectes ou les ingénieurs, obligation de constituer une succursale ou de créer une filiale sur place, avec parfois un partenaire local impératif... Autant d'éléments qu'il faut vérifier avant de partir réaliser un projet à l'étranger.
- Le système français de responsabilité est une véritable exception. A l'étranger, la responsabilité repose le plus souvent sur la faute prouvée et peut

être assez largement encadrée par le contrat. Logiquement, les assurances spécifiques sont rarement obligatoires, mais la souscription de l'assurance de responsabilité professionnelle s'impose généralement.

- Pour limiter le coût de traitement des litiges, mieux vaut en général bannir le recours aux tribunaux locaux et prévoir une clause d'arbitrage. L'arbitrage sera, idéalement, précédé d'une première étape de médiation ou de conciliation.

FICHE PRATIQUE

Certains pays imposent une participation de partenaires locaux dans la société de droit local à constituer (*incorporated joint-venture*) mais c'est de moins en moins fréquent. Dans ce cadre, un partenaire local peut faciliter le bon déroulement des prestations, à condition de bien le choisir et d'utiliser des techniques juridiques permettant de bien évaluer ses capacités et d'éviter de nombreux risques. Ces techniques vont du *memorandum of understanding* détaillé, comme fréquemment employé en Inde, à différents types de *shareholder agreements* traitant la plupart des questions susceptibles de se poser au cours de la vie de la société commune.

5 Autres structures de partenariat

Ces différentes obligations ont parfois des effets trop lourds. Divers groupements de partenariat (*consortium* ou groupement non intégré) peuvent aussi être envisagés. Le groupement non intégré, c'est-à-dire organisé sous forme contractuelle (et qui peut néanmoins être solidaire vis-à-vis du client) est souvent un compromis acceptable par tous. Cela revient à partager la prestation entre la société française et un maître d'œuvre local. Pour que le système produise un maximum d'avantages, on précisera bien, dans la convention tripartite conclue avec le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur, l'étendue des droits et obligations de chacun. Et l'on prévoira un paiement direct et séparé, en clarifiant qui est le responsable de la prestation et qui est le sous-traitant.

6 Contrôle des changes

On oublie souvent que le contrôle des changes est encore applicable dans certains pays. Or, une succursale ou une filiale a le statut de résident au sens du contrôle des changes. Des approbations ou autorisations *a priori* peuvent alors être nécessaires pour les investissements éventuels à réaliser mais surtout pour le droit à convertir et à transférer en euros les sommes payées en monnaie locale. Il est souvent possible d'échapper au statut contraignant de résident monétaire pour des prestations temporaires alors même que ces activités seraient constitutives d'un établissement stable au plan fiscal. Enfin, il est important, en cas de monnaies de compte et/ou de paiement différentes, d'intégrer au sein du contrat des clauses et formules appropriées pour tenir compte de l'inflation et des fluctuations monétaires.

7 Responsabilité et prescription

Peu de pays possèdent un régime de responsabilité aussi organisé que le régime français. Ainsi, la notion de responsabilité sans faute qui caractérise notre responsa-

bilité décennale n'est pas aussi développée à l'étranger. Aux Etats-Unis, le principe est celui de la responsabilité pour faute prouvée tel que précisé dans le contrat en application des standards de négligence professionnelle. Il faut toutefois noter que, dans ces pays, on commence à trouver des décisions évoquant une responsabilité « fiduciaire » des architectes envers les maîtres d'ouvrage. Une sage précaution pour les maîtres d'œuvre intervenant aux Etats-Unis est de bannir de leurs contrats les termes « certifier » ou « garantir » qui peuvent aboutir à une responsabilité fiduciaire, c'est-à-dire une situation dans laquelle une partie se voit imposer des responsabilités additionnelles et non contractuelles envers l'autre.

Par ailleurs, peu de pays prévoient une responsabilité conjointe et solidaire entre tous les participants à l'acte de construire. La plupart des systèmes sont basés sur une responsabilité pour faute, chaque prestataire dont la responsabilité n'est pas reconnue pouvant s'en dégager immédiatement. Ainsi dans le monde de la *common law* qui ne connaît ni le contrat d'entreprise ni l'obligation de résultat, l'obligation de l'entrepreneur de vérifier les plans et les dessins est très limitée. Ce qui engendre des responsabilités accrues pour les maîtres d'œuvre. Quant aux délais de prescription, ils diffèrent des nôtres selon la nature des responsabilités. La réglementation de certains pays engendre des délais de prescription très longs et parfois presque indéfinis.

8 Assurances

Il conviendra de vérifier les conditions d'assurances, de responsabilité civile professionnelle et autres types de responsabilités car le marché des différentes polices, leur contenu, les franchises, etc., est toujours très différent de la France. Pour une couverture des risques similaires, la somme des primes d'assurances aboutira souvent à des sommes nettement plus importantes qu'ici. Dans certains pays, aucune assurance n'est obligatoire mais il faut en général s'assurer pour sa responsabilité professionnelle. Chez les Anglo-Saxons, les limites de l'assurance de responsabilité professionnelle sont très précises et résultent du contrat. Si celui-ci prévoit une responsabilité de type *fitness for the purpose*, il faut savoir que cela aboutit fréquemment à une obligation de résultat plus étendue que celle que nous connaissons en France.

En Angleterre, il n'est donc généralement pas possible de s'assurer, dans des conditions raisonnables, pour une mise en jeu de responsabilité de type *fitness for the purpose*. Mais il est en général possible de s'assurer

dans de bonnes conditions pour des obligations contractuelles limitées au *reasonable skill and care*.

9 Les contrats standard et leur pratique

Il existe, dans de nombreux pays, des contrats standard pour les architectes et les ingénieurs, dont il faut bien évaluer par avance toutes les conséquences. En effet, ces contrats souvent très détaillés s'inscrivent généralement dans un ensemble de pratiques et d'interprétations juridiques fort éloignées des nôtres (exemple: les contrats standard de l'*American Institute of Architects*). Ainsi les notions de contrat d'entreprise ou d'obligation de résultat ne s'appliquent que dans peu de pays. En outre, les usages du commerce et de l'industrie en matière d'interprétation des contrats n'ont pas la même valeur que dans le système français. Il est traditionnel de dire, dans la *common law*, que l'ensemble des droits et obligations se situent au sein des quatre coins du contrat (*the four corner rules*).

10 Règlement des litiges

Le risque de litige à l'international est toujours plus important que pour des prestations délivrées sur le territoire national. Il convient *a priori* de bannir le recours aux tribunaux locaux et, lorsque cela est possible, de régler les différends par voie d'arbitrage. Il est alors important, pour éviter malentendus et coûts trop élevés, de se référer à un règlement d'arbitrage d'un centre arbitral de bonne réputation. Cela reste néanmoins dispendieux, aussi il est vivement conseillé pour les contrats importants de recourir à des méthodes de règlement des litiges structurées prévoyant une première étape obligatoire de conciliation ou de médiation. Cela résout statistiquement entre 80 et 90 % des litiges.

Diverses techniques permettent de limiter substantiellement le coût de l'arbitrage: il en va ainsi du choix de la loi applicable au fond mais également de la loi applicable à la procédure qui est souvent en relation avec celle du lieu de l'arbitrage. Des maîtres d'œuvre français ont ainsi pu être étonnés d'être assujettis à des procédures intrusives et inquisitoriales de type anglo-saxon, inconnues pour eux et pour lesquels ils étaient mal préparés (*discovery*, *cross-examination*, etc.). Un lieu d'arbitrage et une loi de procédure civilistes sont souvent plus sécurisants pour un maître d'œuvre français. ■

(1) Avec le concours de Jim Perry (PS Consulting) et Kirsten Worley (cabinet Watt Tieder Hoffar Fitzgerald, Etats-Unis). Voir aussi l'article « Architecte à l'export: retour sur expériences », en page 20 de ce numéro.