

# Bulletin

---

Cour internationale d'arbitrage

---

de la CCI

## Contentieux des contrats internationaux de construction : second commentaire de sentences CCI relatives principalement aux contrats FIDIC

Par Christopher R. Seppälä



**Chambre de commerce internationale**  
*L'organisation mondiale des entreprises*

**Cour internationale d'arbitrage**

38, Cours Albert 1er, 75008 Paris, France  
Tél. +33 1 49 53 29 05 Fax +33 1 49 53 29 33  
Site internet [www.iccarbitration.org](http://www.iccarbitration.org)  
Email [arb@iccwbo.org](mailto:arb@iccwbo.org)

---

Tiré-à-part

Volume 19 N° 2 - 2008

© Chambre de commerce internationale

## Contentieux des contrats internationaux de construction : second commentaire de sentences CCI relatives principalement aux contrats FIDIC

Par Christopher R. Seppälä \*

### Introduction

Le présent article est un bref commentaire d'extraits de neuf sentences CCI rendues à propos de litiges relatifs essentiellement à la deuxième (1969), troisième (1977) et quatrième (1987) éditions des Conditions FIDIC <sup>1</sup> applicables aux contrats de construction d'ouvrages de génie civil (les « Conditions FIDIC » ou « Livre rouge ») publiées dans le présent numéro du Bulletin <sup>2</sup>.

Les Conditions FIDIC constituent le modèle international de contrat de construction le plus connu et probablement le plus utilisé. La première édition de ce modèle, publiée en 1957, était inspirée d'un contrat-type anglais, de droit interne : l'édition des conditions de la *English Institution of Civil Engineers* (« ICE ») alors en vigueur. Même aujourd'hui, le texte officiel authentique de ce modèle de contrat est la version écrite en langue anglaise. Toutefois, dans les éditions ultérieures, les Conditions FIDIC sont devenues progressivement plus « internationales » dans leur style et leur contenu et, aujourd'hui, elles sont largement utilisées tant dans les juridictions de droit romano-germanique que dans celles de *common law*.

En raison du long délai (10 à 20 ans ou plus) qui s'écoule entre l'introduction d'une nouvelle édition des Conditions FIDIC et le moment où elles sont acceptées, sont universellement utilisées et font alors l'objet de litiges soumis à l'arbitrage, nous ne disposons pas encore d'extraits de sentences relatives à la série la plus récente des contrats de construction FIDIC pour les grands travaux qui a été publiée en 1999, à savoir le « Livre rouge » (pour le génie civil), le « Livre jaune » (pour la fourniture d'équipement électronique et mécanique) et le « Livre argent » (pour l'IAC/les travaux de construction clé en mains) (les « Livres FIDIC de 1999 »).

\* Membre des barreaux de New York et de Paris ; associé, White & Case LLP, résidant à Paris ; conseiller juridique auprès du comité de la FIDIC chargé des contrats ; membre suppléant de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'organisation ou du cabinet auquel il est affilié.

<sup>1</sup>

« FIDIC » désigne la Fédération Internationale des

Ingénieurs-Conseils, dont le secrétariat se trouve à Genève, Suisse, voir son site internet : <[www.fidic.org](http://www.fidic.org)>.

<sup>2</sup>

L'auteur souhaite remercier Luka Kristovic Blazevic et Claire Inder, respectivement collaborateur et collaboratrice dans le bureau parisien de White & Case LLP, de l'avoir aidé à préparer cet article.

Parallèlement, la valeur jurisprudentielle des sentences relatives aux anciennes éditions des Conditions FIDIC, comme la deuxième (1969), la troisième (1977) et la quatrième (1987), ne devrait pas être sous-estimée. Premièrement, parce qu'elles sont encore utilisées dans certaines régions du monde et risquent de ce fait de faire l'objet d'arbitrages au cours des prochaines années. Deuxièmement, parce que même si la procédure pré-arbitrale pour le règlement des litiges par l'ingénieur au titre de la clause 67 de ces éditions a été remplacée en 1999 par l'obligation de soumettre les litiges au Dispute Adjudication Board (« DAB »), la clause compromissoire dans les Livres FIDIC de 1999 (clause 20) est semblable à celle des anciennes éditions (clause 67), si bien que les sentences concernant le règlement des litiges par l'ingénieur peuvent bien conserver leur pertinence vis-à-vis de la procédure de règlement des différends par la voie du DAB. Nous pouvons citer, comme bon exemple, l'importante sentence partielle dans l'affaire n° 10619 de 2001 que nous allons examiner ci-après. Dans cette affaire, la décision prise par les arbitres dans leur sentence, de faire exécuter une décision de l'ingénieur « obligatoire », mais pas « définitive », au titre de la clause 67 des Conditions FIDIC, quatrième édition (1987), relève directement de l'exécution d'une décision « obligatoire », mais pas « définitive », d'un DAB au titre de la clause 20 des Livres FIDIC de 1999. C'est ainsi que les sentences relatives aux précédentes éditions des Conditions FIDIC demeurent pertinentes en ce qui concerne les Livres FIDIC de 1999.

Une première série d'extraits de sentences CCI concernant des contrats de construction faisant référence aux Conditions FIDIC a été publiée dans le volume 2 n° 1 de ce Bulletin, en 1991, et une deuxième série dans le volume 9 n°s 1 et 2 de ce Bulletin, en 1998, accompagnée d'un commentaire de l'auteur du présent article dans le volume 9 n° 2. Des sentences CCI relatives aux Conditions FIDIC ont également été publiées dans d'autres ouvrages<sup>3</sup>. Cependant, jusqu'à la publication de l'actuelle série de sentences interprétant les contrats FIDIC, l'auteur du présent article n'avait trouvé qu'une quarantaine de sentences arbitrales publiées, les interprétant, ce qui est regrettable<sup>4</sup>.

Dans le présent commentaire, les sentences relatives aux Conditions FIDIC seront examinées tout d'abord en faisant référence à la deuxième édition, puis en référence aux troisième et quatrième éditions. Cet examen sera suivi d'un bref commentaire sur une sentence relative au contrat type FIDIC de services client/consultant (« Livre Blanc »), deuxième édition (1991). Nous examinerons enfin deux sentences relatives à l'importante question de la répartition des frais de l'arbitrage entre les parties dans un arbitrage portant sur un contrat international de construction.

<sup>3</sup> D'autres sentences CCI portant sur les Conditions FIDIC figurent notamment dans les ouvrages suivants : (i) *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985* (vol. I), 1986-1990 (vol. II) et 1991-1995 (vol. III), réalisé sous la direction de divers auteurs et édité par ICC Publishing, Kluwer Law and Taxation/Kluwer Law International ; (ii) *The International Construction Law Review*, vol. 1 à 3 (1983-1986) et vol. 6 (1989), édité par Lloyds of London Press ; et (iii) *Yearbook Commercial Arbitration*, édité par Kluwer Law and Taxation/Kluwer Law International.

<sup>4</sup> Voir C.R. Seppälä, « The Development Of A Case Law In Construction Disputes Relating To FIDIC Contracts » dans E. Gaillard et Y. Banifatemi, dir., *Precedent in International Arbitration*, Huntington, NY, Juris Publishing, 2008. Une version légèrement révisée de cet article est parue ensuite dans C.R. Seppälä, « The Development of a Case Law in Construction Disputes Relating to FIDIC Contracts » (2009) 26 *The International Construction Law Review* 105.

## **II. Conditions FIDIC applicables aux contrats de construction d'ouvrages de génie civil (« Livre rouge »)**

---

### **A. Deuxième édition (1969) – Sentence partielle dans l'affaire CCI n° 9202**

Clauses FIDIC concernées : 1, 60, 67 et 69.

Cette sentence partielle majoritaire a été rendue en décembre 1998 et le lieu de l'arbitrage était Paris en France.

Le défendeur/maître d'ouvrage, une entreprise publique africaine avait conclu un contrat de construction en 1989 avec un entrepreneur italien, le demandeur, pour certains travaux dans le cadre d'un projet portuaire (le contrat faisait suite à un précédent contrat de construction entre les mêmes parties pour des travaux de construction concernant le même port). En 1990, le demandeur/entrepreneur a résilié le contrat pour le prétendu manquement du défendeur/maître d'ouvrage qui n'aurait pas établi les lettres de crédit requises par le contrat. Ultérieurement, le demandeur/entrepreneur a soumis à l'arbitrage le litige des parties relatif aux lettres de crédit dans le but de récupérer des dommages-intérêts en raison de la résiliation du contrat. Une sentence partielle a été rendue par une majorité du tribunal arbitral relativement, entre autres, à trois défenses ou demandes reconventionnelles formulées comme suit par le défendeur/maître d'ouvrage :

- (1) la demande d'arbitrage était irrecevable au titre de la clause 67 ;
- (2) le contrat de construction, qualifié de « contrat administratif » en vertu du droit local, n'était pas valable puisqu'il n'était pas rédigé en arabe selon les exigences de ce droit ; et
- (3) subsidiairement, la prétendue résiliation du contrat par le demandeur/entrepreneur n'était pas valable.

Nous examinons ci-après l'analyse du tribunal.

**Question n° 1** : La demande d'arbitrage du demandeur/entrepreneur est-elle recevable sur le fondement de la clause 67 ?

Clauses FIDIC concernées : 1 et 67.

Le défendeur/maître d'ouvrage a soulevé deux objections à la recevabilité de la demande d'arbitrage du demandeur/entrepreneur :

- (1) la demande du demandeur/entrepreneur n'était pas valable parce qu'elle avait été adressée au directeur général des projets et de la recherche, et non à l'ingénieur comme requis par la clause 67 ; et
- (2) la demande avait été présentée hors du délai prévu par la clause 67 en vertu duquel l'ingénieur devait rendre une décision dans un délai de 90 jours et que si tel n'était pas le cas, ou si l'une ou l'autre partie n'était pas satisfaite de la décision de l'ingénieur, celle-ci pouvait alors, dans les 90 jours suivant la réception de la décision ou dans les 90 jours à compter de l'expiration de la première période de 90 jours (selon le cas), exiger que la question soit soumise à l'arbitrage.

Le demandeur/entrepreneur a affirmé que le directeur général des projets et de la

recherche était l'ingénieur mais qu'il n'avait pas rendu de décision au titre de la clause 67<sup>5</sup>.

En ce qui concerne la première objection soulevée par le défendeur/maître d'ouvrage, le tribunal s'est référé à la description qui est faite de l'ingénieur dans les parties I et II des Conditions :

L'identité de celui-ci est livrée par le contrat, *General Conditions, Clause 1, Definitions and interpretations*, dont l'alinéa (1)(c) se lit comme suit :

1(1)(c). "Engineer" means the Engineer designated as such in Part II or other the Engineer appointed from time to time by the Employer and notified in writing to the Contractor to act as Engineer for the purposes of the contract in place of the Engineer so designated.

La clause ci-dessus renvoie ainsi à la clause 1(1)(c) de la partie II relative aux conditions particulières :

1(1)(c). The "Engineer" is the Director general of the projects and research department of the [Employer] who hereby nominates [engineering company] who have been appointed consulting Engineers to the [Employer] to act as Engineer for and on his behalf in all matters relating to the contract except that the Engineer will act conjointly with his delegates in all matters relating to the contract price, and the Engineer (Director general) may delegate his authority in certain matters relating to the contract price to the project Engineer at the site. (Italiques ajoutés.)<sup>6</sup>

De ce fait, le tribunal a conclu que l'ingénieur était le directeur général des projets et de la recherche<sup>7</sup>.

Le tribunal a fait également observer que le demandeur/entrepreneur avait écrit au directeur général « conformément à l'article 67 du contrat » (c'est-à-dire comme si le directeur général était l'ingénieur) sans que le défendeur/maître d'ouvrage ne formule une quelconque objection<sup>8</sup>.

S'agissant de la seconde objection soulevée par le maître d'ouvrage, le tribunal a retenu qu'en date du 7 septembre 1990, l'entrepreneur avait demandé qu'une décision soit rendue concernant les dommages qu'il avait subis pour avoir résilié prématurément le contrat (en juillet 1990) mais l'ingénieur n'avait rendu aucune décision. Le tribunal a fait la déclaration suivante :

Le Tribunal arbitral se référera alors plus directement au contenu de la lettre du 10 octobre 1990 du directeur général en se demandant si elle comporte quant à elle une « décision » du type de celle requise dans la phase préalable à l'introduction de la requête. On y lit notamment ce qui suit :

« ... votre lettre en référence relative au dédommagement (pour cause) de résolution du contrat nous est arrivée au moment où les deux parties étaient déjà en train de négocier

<sup>5</sup> « Extraits de sentences arbitrales de la CCI portant sur des contrats internationaux de construction » publiés dans le présent numéro du Bulletin (désignés ci-après « Extraits »), page 81, § 2. Cette sentence est la seule parmi les sentences faisant l'objet du présent commentaire qui a été rédigée en français, les autres ayant été rédigées en anglais. Voir C.R. Seppälä, « The Pre-Arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contracts » (1986) 3 *The International Construction Law Review* 315 (concernant le Livre rouge de la FIDIC, 3<sup>e</sup> édition) et C.R. Seppälä, « The Principal Changes in The Procedure for the Settlement of Disputes

(Clause 67) » (1989) 6 *The International Construction Law Review* 177 (concernant le Livre rouge de la FIDIC, 4<sup>e</sup> édition).

<sup>6</sup> Extraits, page 82, § 2.

<sup>7</sup> Extraits, page 82, § 6.

<sup>8</sup> Extraits, page 82, § 9.

le dédommagement dû à cause de la suspension des travaux *et donc elle n'a plus raison d'être* » ([...] itاليques ajoutés).

Cette lettre se poursuit ainsi :

« Nous retenons donc que votre lettre regardant le dédommagement (pour cause) de résolution du contrat devrait à présent être considérée suspendue pour les raisons ci-dessus » [...]

Le Tribunal conclut qu'il n'y a pas eu de « décision » de l'ingénieur. En conséquence, à compter du 7 septembre 1990, date de la demande de [l'entrepreneur], l'ingénieur disposait de 90 jours pour prendre sa décision, soit jusqu'au 7 décembre 1990, ou s'il ne l'a pas prise, de 90 autres jours supplémentaires, soit jusqu'au 7 mars 1991, date limite pour saisir la CCI. Or en l'espèce, [la demanderesse] a déposé le 25 février 1991 sa requête à la CCI qui l'a enregistrée le 4 mars 1991.<sup>9</sup>

Le tribunal a donc estimé que lorsque l'ingénieur n'avait pas rendu de décision, pour respecter le délai imparti dans la clause 67, une demande d'arbitrage devait être déposée à la CCI dans un second délai de 90 jours à compter de la demande de décision et que le demandeur/entrepreneur avait satisfait cette exigence.

#### Commentaires :

Alors que le tribunal a eu tout à fait raison de déclarer que – puisque l'ingénieur n'avait pas rendu de décision – le demandeur/entrepreneur devait « exiger que la ou les questions litigieuses soient soumises à l'arbitrage » pendant cette seconde période de 90 jours, les tribunaux arbitraux sont en fait divisés sur la question de savoir s'il faut dans ce cas présenter une demande d'arbitrage à la CCI ou simplement informer l'autre partie, et peut-être l'ingénieur, de son intention de soumettre le ou les litiges à l'arbitrage<sup>10</sup>.

**Question n° 2 :** Le contrat, écrit en anglais, est-il « absolument entaché de nullité » puisqu'il méconnaît un décret gouvernemental relatif aux contrats administratifs qui interdit de rédiger ces contrats dans une langue étrangère ?

#### Aucune clause FIDIC concernée

Le défendeur/maître d'ouvrage affirmait que le contrat de construction était un « contrat administratif »<sup>11</sup> et qu'en vertu du droit de l'Etat concerné, qui était un pays appartenant à la tradition juridique romano-germanique, les contrats administratifs sont entachés de nullité s'ils sont rédigés dans une langue étrangère (c'est-à-dire pas en langue arabe).

Le défendeur/maître d'ouvrage a fait valoir que seul l'accord contractuel de cinq pages était écrit en arabe et en anglais, les autres documents étant tous en anglais.

Le demandeur/entrepreneur affirmait qu'en plus de l'accord contractuel qui avait été rédigé et signé en arabe et en anglais, les conditions du contrat (aussi bien générales que particulières) avaient été initialement rédigées et signées en anglais mais avaient aussi été ultérieurement traduites en arabe et signées dans cette version. Le demandeur/entrepreneur affirmait en outre que :

<sup>9</sup> Extraits, page 83, § 12-13.

<sup>10</sup> Voir C.R. Seppälä, « International Construction Contract Disputes: Commentary on ICC Awards Dealing with the FIDIC International Conditions of Contract » (1998) 9 *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* 32 aux p. 35-36. Voir aussi C.R. Seppälä, *supra* note 5 (concernant, respectivement, le Livre rouge de la FIDIC, 3<sup>e</sup> édition, et le Livre rouge de la FIDIC, 4<sup>e</sup> édition).

<sup>11</sup> Dans les pays appartenant à la tradition juridique romano-germanique, comme l'Etat en question dans cette affaire, un contrat administratif comprendrait un contrat de travaux publics conclu par une administration, ainsi qu'il sera expliqué plus loin dans la même sentence (voir ci-dessous).

Les seuls documents contractuels qui existent exclusivement dans la version anglaise sont les documents qui, par leur nature (technique, mathématique, économique), seraient intraduisibles : les « drawings », les « specifications » techniques, les « priced bills of quantities », qui ne sont qu'une liste de prix unitaires relatifs à chacune des rubriques de coûts multipliés par les quantités prévues de chacune des activités ou éléments de la construction [...] <sup>12</sup>

Le tribunal a fait observer que conformément au décret gouvernemental de l'Etat concerné relatif aux contrats administratifs (« décret [A] ») :

In cases of contracting with foreign companies and establishments, the contract may be written by [*sic*] another foreign language beside [*sic*] the arabic-language, provided that in such case the arabic text shall be the original copy and the one to be relied on for interpretation and the references at contestation. <sup>13</sup>

Le tribunal a fait en outre observer :

le « contract agreement », la pièce maîtresse, fut signé dans un texte bilingue anglais-arabe. Cela devrait lui suffire pour écarter le moyen de nullité tiré par le défendeur de la question de la langue utilisée. Car tout le reste ne constitue que des annexes techniques. De surcroît la traduction des conditions générales et celles des conditions particulières est intervenue non pas « trop tard », mais avant le 14 mars 1989, date d'enregistrement du contrat au Registre [de l'Etat X]. <sup>14</sup>

Le tribunal a alors déclaré que le défendeur/maître d'ouvrage avait émis les appels d'offres, et notamment le modèle du contrat (ainsi que les conditions générales et particulières), en langue anglaise alors qu'il aurait dû avoir connaissance des restrictions juridiques en vigueur dans son propre pays <sup>15</sup>.

Le tribunal a signalé qu'il était d'usage dans l'Etat en question d'interpréter le décret [A] comme n'empêchant pas l'administration d'utiliser, avec les sociétés étrangères, des documents contractuels qui sont rédigés essentiellement, si ce n'est complètement, dans une langue étrangère pendant la phase de formation du contrat. Ce n'est que lorsque le contrat est finalement conclu que l'on prépare les documents en arabe, habituellement uniquement « l'accord contractuel » qui doit être enregistré dans le Registre général de l'Etat concerné, alors que tous les autres documents contractuels et les annexes restent dans leur langue étrangère d'origine <sup>16</sup>.

Le tribunal a déclaré que l'interdiction relative à l'emploi d'une autre langue que l'arabe dans les documents officiels ne semblait pas être obligatoire (« d'ordre public ») d'autant plus que l'Etat lui-même a émis des appels d'offres internationaux dans une langue étrangère et n'a donc pas respecté l'interdiction <sup>17</sup>.

Le tribunal a conclu par conséquent que le contrat n'était pas entaché de nullité.

#### Commentaires :

Dans les pays de droit romano-germanique, comme la France par exemple, les contrats administratifs (comprenant notamment les marchés publics <sup>18</sup>) sont généralement régis

<sup>12</sup>  
Extraits, pages 83-84, § 15.

<sup>13</sup>  
Extraits, page 84, § 16.

<sup>14</sup>  
Extraits, page 84, § 17.

<sup>15</sup>  
Extraits, page 84, § 18 et 20.

<sup>16</sup>  
Extraits, page 84, § 19.

<sup>17</sup>  
Extraits, page 85, § 21.

<sup>18</sup>  
Voir *supra* note 11.

par le droit administratif, qui est un corpus de règles distinct de celui qui s'applique aux contrats privés, c'est-à-dire aux contrats entre des parties privées. Nous en avons l'illustration à la Question 2 ci-dessus et à la Question 3 ci-après.

Il est important de le noter car les contrats de construction comportant des Conditions FIDIC sont souvent passés avec des organismes publics et lorsque l'organisme public est celui d'un pays de droit romano-germanique, il peut s'agir d'un contrat administratif dont les conséquences juridiques devront être prises en compte.

**Question n° 3 : En vertu du droit du pays de droit romano-germanique concerné, l'entrepreneur/demandeur pouvait-il s'appuyer sur une clause du contrat de construction lui donnant, apparemment, le droit de résilier unilatéralement le contrat ?**

Clauses FIDIC concernées : 60, 67 et 69.

Le tribunal a observé qu'en vertu de la clause 60(12) le demandeur/entrepreneur avait le droit de résilier le contrat si le défendeur/maître d'ouvrage tardait à établir certaines lettres de crédit au-delà d'une certaine date<sup>19</sup>. Mais le tribunal a fait observer en outre que la clause 69 (« Défaillance du maître d'ouvrage ») des Conditions FIDIC, qui autorise l'entrepreneur à résilier le contrat si le maître d'ouvrage est défaillant à certains égards, avait été supprimée du contrat<sup>20</sup>.

Le tribunal a constaté que le contrat en question dans cette affaire était un contrat administratif puisqu'il concernait des travaux publics et avait été passé par un ministère<sup>21</sup>.

Le tribunal poursuivait alors en ces termes :

En tant que contrat administratif, le contrat de 1989 n'offre donc pas, ou ne devrait pas offrir, à la société co-contractante étrangère le droit de le résilier, car il est conclu dans l'intérêt général d'une population entière. [...]

Plus proche de notre cas est l'idée parfaitement admise en droit administratif français que le manquement de l'administration à ses obligations, tel qu'invoqué par [l'entrepreneur] contre le [maître d'ouvrage/défendeur], ne dispense pas le particulier co-contractant d'exécuter les siennes, car le particulier ne peut pas invoquer en principe l'*exceptio non adimpleti contractus*.

Toutefois la doctrine prévoit une exception à ce principe : « l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est pas applicable aux marchés de travaux publics ... sauf lorsque la possibilité d'opposer cette exception a été expressément prévue par le contrat » (Jurisclasseur Construction, Les Editions techniques du Jurisclasseur - 1993). La jurisprudence administrative française, de laquelle est inspirée le droit [de l'Etat X], a confirmé cette position en reconnaissant à un entrepreneur la possibilité de résilier un marché aux torts du maître d'ouvrage public, en présence d'une clause contractuelle l'y autorisant (C.E. 29 mars 1985, *Société française de travaux publics Fougerolles* n° 26676 et 26677).

Dans tout contrat administratif, l'absence de clause résolutoire de plein droit aboutit à ce que « le particulier reste toujours tenu d'exécuter, quelle que soit la faute de l'administration », écrit un auteur. [...]

<sup>19</sup>  
Extraits, page 86, § 24.

<sup>20</sup>  
Extraits, page 86, § 24.

<sup>21</sup>  
Extraits, page 87, § 28.

[...] le pouvoir de résilier un contrat administratif appartient exclusivement à l'administration à titre unilatéral et discrétionnaire. Rien de semblable au bénéfice du particulier co-contractant, sauf pour ce dernier à mettre en œuvre une clause résolutoire de plein droit prévue dans le contrat.<sup>22</sup>

Le tribunal a constaté que la seule clause sur laquelle pouvait s'appuyer le demandeur/entrepreneur pour résilier le contrat était la clause 60(12). Mais il a constaté aussi que si cette clause donnait manifestement le droit au demandeur/entrepreneur de résilier le contrat, elle ne le faisait pas « de plein droit » c'est-à-dire automatiquement :

Mais si l'on passe ensuite du code civil [de l'Etat X] aux stipulations du contrat de 1989, on rencontre, il est vrai, la clause 60(12) citée ci-dessus et selon laquelle, sous certaines conditions, « the contractor shall be *entitled* to terminate the contract » (italique ajouté). Tout en considérant valide le contrat, le Tribunal arbitral peut s'interroger quant à lui sur la validité de l'insertion d'une telle clause dans un contrat de nature administrative et cela compte tenu spécialement des termes déjà analysés de l'article [...] du décret [A] relatif à la réglementation des contrats administratifs.

De surcroît la clause 60(12) ne paraît pas à l'analyse comme une clause destinée à permettre une résolution « de plein droit », dispensant l'entrepreneur de l'intervention du juge. La clause 60(12) du contrat de 1989 (« The contractor shall be entitled to terminate the contract ») ne présente pas, au regard du droit civil français du moins, les conditions permettant de la qualifier de clause résolutoire de plein droit, puisque

- (i) elle n'écarte pas expressément l'intervention du juge de fond,
- (ii) elle ne comporte pas la volonté des parties de résilier le contrat de plein droit et, enfin,
- (iii) elle apparaît entachée d'une équivoque puisqu'une alternative est laissée au contractant avant de résilier le contrat (paiement en [troc]). Il ne saurait être question d'une résolution « de plein droit », c'est-à-dire automatique, si par ailleurs une autre possibilité reste ouverte audit contractant.<sup>23</sup>

Même en faisant abstraction du caractère administratif du contrat et de la suppression de la clause 69, le tribunal a estimé que le demandeur/entrepreneur, en l'absence d'une clause l'autorisant à résilier le contrat de plein droit, aurait dû soumettre la question à l'ingénieur au titre de la clause 67 et ultérieurement (si nécessaire) saisir un tribunal arbitral pour statuer sur la question de la résiliation du contrat<sup>24</sup>.

Le tribunal ayant constaté qu'aucune clause du contrat n'autorisait le demandeur/entrepreneur à résilier le contrat de plein droit et le demandeur/entrepreneur ayant omis de soumettre la question à l'ingénieur au titre de la clause 67 avant de saisir un tribunal arbitral pour qu'il statue sur la résiliation du contrat, le tribunal a conclu que la décision unilatérale du demandeur/entrepreneur d'arrêter l'exécution des travaux était injustifiée et qu'il était en conséquence responsable d'avoir abandonné le projet.

#### Commentaires :

Cette affaire met en évidence une différence fondamentale entre le droit dans les pays de *common law* concernant la résiliation des contrats et le droit dans de nombreux pays de droit romano-germanique. Dans les pays de *common law*, les stipulations des Conditions FIDIC donnant à l'entrepreneur le droit de résiliation en cas de défaillance du maître d'ouvrage (abstraction faite de la suppression de la clause 69 du contrat dans

<sup>22</sup>  
Extraits, pages 87-88, § 31-35.

<sup>23</sup>  
Extraits, page 88, § 38-39.

<sup>24</sup>  
Extraits, page 89, § 40.

cette affaire) sont valables et effectives. Cependant, en France et dans d'autres pays de droit romano-germanique (comme l'Etat concerné dans cette affaire), selon la règle de droit traditionnelle, un contrat synallagmatique, comme un contrat de construction normal, ne peut être habituellement résilié que par l'entrepreneur avec l'intervention d'un juge ou (si le contrat contient une clause compromissoire) d'un arbitre, à moins que ledit contrat ne contienne une disposition donnant expressément le droit à l'entrepreneur de résilier le contrat de plein droit<sup>25</sup>. Les Conditions FIDIC ne mentionnent pas cette possibilité. En conséquence, il était compréhensible que le tribunal ait conclu dans cette affaire que (abstraction faite de la question du contrat administratif et de la suppression de la clause 69) le demandeur/entrepreneur devait soumettre sa demande de résiliation du contrat à l'ingénieur au titre de la clause 67 et ultérieurement (si nécessaire) à un tribunal arbitral.

### **B. Troisième édition (1977) – Sentence partielle dans l'affaire CCI n° 11499**

Clauses FIDIC concernées : 11, 12 et 65.

La sentence partielle a été rendue en septembre 2002 et le lieu de l'arbitrage était Wellington en Nouvelle-Zélande.

Le demandeur/entrepreneur, une société néo-zélandaise et le défendeur/maître d'ouvrage, un Etat asiatique, ont conclu un contrat de construction concernant la réfection d'une route de gravier. Le demandeur/entrepreneur a entamé une procédure d'arbitrage en vue de l'obtention d'une indemnité sur certains points. La sentence partielle examinait :

(1) la question de savoir si les conditions physiques imprévisibles rencontrées par le demandeur/entrepreneur lors de l'approvisionnement de matériaux (couche de base en l'occurrence) pour la réfection de la route pouvaient faire l'objet d'une réclamation sur le fondement de la clause 12 ; et

(2) la question de savoir si les ingérences d'un groupe de propriétaires fonciers indigènes dans les travaux du demandeur/entrepreneur pouvaient constituer le « risque spécial » de « désordre » prévu à la clause 65(5) autorisant le demandeur/entrepreneur à demander réparation sur le fondement de la clause 65(4).

**Question n° 1** : Les conditions rencontrées par le demandeur/entrepreneur lors de l'approvisionnement de matériaux pour la réfection de la route peuvent-elles faire l'objet d'une réclamation sur le fondement de la clause 12 en raison des renseignements fournis à ce sujet par le défendeur/maître d'ouvrage au stade de l'offre (clause 11) ?

Clause FIDIC concernées : 11 et 12

Le demandeur/entrepreneur a déposé une réclamation pour prolongation de délai et frais supplémentaires en raison de conditions physiques prétendument imprévisibles,

#### **25**

Les tribunaux français admettent désormais la résiliation unilatérale d'un contrat synallagmatique par une des parties sans intervention du juge ou (lorsque le contrat contient une clause compromissoire) de l'arbitre, même si le contrat n'autorise pas expressément cette partie à procéder à la résiliation du contrat de plein droit.

sur le fondement de la clause 12, c'est-à-dire des conditions physiques qui n'auraient pas pu être prévues par un entrepreneur expérimenté, en s'appuyant sur des renseignements fournis par le défendeur/maître d'ouvrage au moment de l'offre (« Renseignements pour les soumissionnaires ») (clause 11).

Le demandeur/entrepreneur a soutenu qu'il avait été confronté à une condition physique imprévisible à la source d'approvisionnement du matériau routier, au sujet duquel le défendeur/maître d'ouvrage avait fourni des renseignements au moment de l'offre.

La sentence partielle du tribunal est rédigée partiellement en ces termes :

12.9 Il est tout d'abord nécessaire de prendre en considération les modalités des Conditions FIDIC et la relation existant entre les clauses 11 et 12, d'une part, et le paragraphe 5 de l'addendum du contrat, d'autre part.

[.....]

12.11 Après avoir examiné les effets juridiques de ces dispositions [les clauses 11 et 12 des Conditions générales et paragraphe 5 de l'addendum du contrat], le tribunal conclut en ces termes :

12.11.1 Alors que sur le fondement de la clause 11 des Conditions générales, les données figurant dans les Renseignements pour les soumissionnaires relatives aux conditions hydrologiques et souterraines, obtenues par le maître d'ouvrage « à partir des recherches entreprises eu égard aux travaux et à l'offre », sont censées être fondées sur ces données, le demandeur est responsable de l'interprétation qu'il en a faite.

12.11.2 Toutes les conclusions que le demandeur a pu tirer de ces données et les décisions qui en ont résulté étaient aux risques du demandeur.

12.11.3 Des dispositions telles que la clause 12 sont courantes dans les contrats d'ingénierie et ont été confirmées par les juges. Par exemple, *Denis Friedman (Earthmovers) Ltd c. Rodney County Council* [1988] 1 NZLR 184 qui renvoie à de nombreuses autorités qui parviennent à des conclusions similaires. Ces affaires insistent sur le fait que les obligations relatives à l'étude convenable du site suivie de l'établissement d'une offre appropriée incombent à l'entrepreneur.

12.11.4 Il n'y avait aucune revendication dans la demande initiale, de même qu'à l'audience, fondée sur une fausse déclaration par sous-évaluation ou omission dans les Renseignements pour les soumissionnaires à propos de la vérification du matériau [de la rivière]. Le demandeur a reconnu que les renseignements fournis à cet égard avaient été exacts.

[.....]

12.11.6 Il n'y a aucune preuve des recherches, si tant est qu'il y en a eues, que le demandeur a effectuées préalablement à la soumission. Là encore, l'absence de témoins sur cette étape essentielle est surprenante. Comme nous l'avons fait observer précédemment d'après le témoignage de [E, ancien directeur général de l'une des coentreprises qui constituent le demandeur], certaines recherches ont été entreprises mais il n'a pas été en mesure d'éclairer davantage le tribunal.

12.12 Le tribunal n'est pas persuadé que les informations spécifiques contenues dans les Renseignements pour les soumissionnaires et concernant le site de la [rivière] comme source d'approvisionnement en matériau routier rentre forcément dans le champ de la clause 11. Cette clause se réfère aux « recherches entreprises afférentes aux Travaux ». L'extraction du matériau du [lit de la rivière] ne faisait pas partie des « Travaux », le terme de Travaux signifiant, en termes généraux, la construction d'une route. Le matériau utilisé pour sa fondation aurait pu venir de n'importe quel endroit dès l'instant où il répondait aux prescriptions techniques au moment des vérifications. En effet, le demandeur avait étudié d'autres sources et a pu fonder son offre sur des fournitures provenant d'une source extérieure. Aux termes du contrat, il avait une obligation de fournir un matériau acceptable. Le coût d'obtention de ce matériau figurait certes dans l'offre, mais sous réserve de la nécessité d'obtenir son autorisation d'une source, il était indifférent au

défendeur que le matériau routier doit être extrait de la [rivière] ou acheté à une [société] ou à quelqu'un d'autre. Le défendeur avait envisagé au moins une autre rivière comme source d'approvisionnement valable.

12.13 Le tribunal estime que le sens de la clause 12 est claire. Elle vise les conditions imprévues rencontrées par un entrepreneur dans l'exécution des travaux sur le chantier. Il doit en être ainsi en raison des considérations suivantes :

12.13.1 Les termes suivants figurant dans la clause 12

Si, toutefois, au cours de l'exécution des Travaux, l'entrepreneur rencontre sur le Chantier des conditions physiques, autres que des conditions climatiques ou des obstacles artificiels, lesquelles conditions ou obstructions n'auraient pas pu être raisonnablement prévues.

Ces termes se rapportent aux conditions rencontrées pendant l'exécution « des Travaux » sur « le Chantier ».

Comme l'a indiqué le tribunal, la définition des « Travaux » ne comprenait pas l'extraction et la transformation des agrégats. Mais en dehors de cela, il est clair que la formulation de la clause 12 concerne les conditions rencontrées sur le Chantier. En effet, grâce à l'emploi des deux termes de « Travaux » et « Chantier », la situation est indéniablement claire.

12.13.2 Même s'il existait un doute quelconque quant à la signification et à la portée de la clause 12, le dispositif contractuel est clair. Les termes apparaissent dans un modèle international type, bien connu et très utilisé, de contrat de génie civil.

Ce contrat contient des dispositions très étudiées qui prévoient, entre autres, la répartition des risques commerciaux et autres qui pourraient être rencontrés pendant l'exécution des Travaux dans le cadre d'un tel contrat

Un des aspects de ce dispositif consiste à imposer à l'entrepreneur les conséquences résultant de l'état du sol et autres conditions physiques rencontrées sur le chantier et que l'on peut raisonnablement prévoir. Réciproquement, le maître d'ouvrage accepte le risque que l'entrepreneur puisse être confronté sur le chantier à des conditions qu'il n'était raisonnablement pas facile de prévoir.

[.....]

12.13.3 L'approvisionnement de marchandises, matériaux et équipements spécifiques devant être inclus dans les travaux rentre dans une catégorie complètement différente. Il ne peut y avoir aucune raison en principe pour laquelle, dans le cours normal d'une activité, un entrepreneur n'assume pas le risque commercial de rencontrer des difficultés dans l'approvisionnement des éléments destinés à la réalisation des travaux. Laisser entendre, comme le fait le demandeur, que l'on peut élargir la portée de la clause 12, afin d'y inclure les problèmes rencontrés dans l'approvisionnement des marchandises, matériaux et équipements, ne peut donc pas être correct.<sup>26</sup>

#### Commentaires :

Les entrepreneurs ont toujours eu tendance à donner un sens très large à la clause 12<sup>27</sup>. Ceci est compréhensible tant parce que la clause octroie à l'entrepreneur des droits de recours que du fait qu'elle contient des termes généraux d'une portée incertaine comme par exemple les « conditions physiques » imprévisibles et les « obstacles artificiels ». Cependant, dans une décision bien motivée, ce tribunal a refusé d'étendre la clause 12 à un recours concernant une condition physique imprévisible à la source d'approvisionnement en matériaux routiers destinés aux travaux, par opposition aux conditions physiques sur le chantier (auxquelles la clause s'applique clairement).

<sup>26</sup>  
Extraits, pages 102-105, § 12.9-12.13.

<sup>27</sup>  
Voir C.R. Seppälä, « Contractor's Claims under the FIDIC Civil Engineering Contract, Fourth (1987) Edition – I » (1991) 19 *International Business Lawyer* 395, en particulier aux p. 397-399.

**Question n° 2** : Les prétendues ingérences d'un groupe de propriétaires fonciers indigènes dans les travaux du demandeur/entrepreneur constituent-elles un « désordre » aux fins de la clause 65 autorisant l'entrepreneur à percevoir des frais supplémentaires ?

Clause FIDIC concernée : 65.

Le demandeur/entrepreneur a présenté un recours pour la prétendue ingérence des propriétaires et leurs protestations (sur le fondement de la clause 65) qui empêchaient d'accéder au site de concassage<sup>28</sup> indispensable pour transformer le matériau de la couche de base de la route. La sentence partielle énonce entre autres que :

16.1 Le demandeur cherche à obtenir [montant] en s'appuyant sur le fait que ses travaux ont subi des ingérences de la part des propriétaires indigènes [de l'Etat X] à deux reprises et qui se sont déroulées de la manière suivante :

16.1.1 Un propriétaire foncier de [...], qui était le chef du [groupe indigène], a mis en place un barrage routier à proximité de l'entrée du site de concassage et d'une partie du site d'excavation entre le 31 octobre et le 5 novembre 1996. Ce barrage routier empêchait le demandeur d'avoir accès au site de concassage.

16.1.2 Le 11 janvier 1997, les propriétaires fonciers des villages voisins ont refusé au demandeur l'accès au site de concassage et à une partie du site d'excavation jusqu'au 20 janvier 1997, lorsque la Haute Cour de [l'Etat X] a rendu une ordonnance d'injonction à l'encontre des propriétaires suite à une action intentée par le défendeur et le demandeur, ce qui a permis de rétablir l'accès.

16.2 Les faits pertinents dans la cause sont les suivants :

16.2.1 Le [groupe indigène] avait permis au demandeur l'accès au site de concassage situé sur ses terres.

16.2.2 Un permis avait été délivré par [autorité] au demandeur pour extraire le gravier de la rivière mais l'autorisation nécessaire de cet organisme pour avoir accès au site de concassage n'avait pas été donnée. D'après les dispositions de la loi [...], le demandeur n'avait aucun droit légal à cet accès aux dates concernées. Au regard de la législation, il était indifférent que la population locale ait donné l'autorisation au demandeur pour avoir accès au site de concassage.

16.2.3 Sur le fondement de la clause 1213 du cahier des charges, il incombait au demandeur d'obtenir légalement le droit d'accès aux terres [<sup>29</sup>]

[.....]

16.2.6 Une lettre du demandeur au représentant de l'ingénieur en date du 14 janvier 1997 précisait que la cause de la perturbation était la recherche de possibilités d'emploi par les manifestants.

16.2.7 Il n'y avait aucune preuve que les activités des propriétaires n'étaient pas pacifiques.

[.....]

16.4 La réclamation s'appuyait [...] sur le fait que les activités des propriétaires, objet de la plainte, constituaient un « désordre » en vertu de la clause 65(4) des Conditions avec comme conséquence, pour le demandeur, d'avoir subi un retard et des perturbations et supporté des frais supplémentaires.

[.....]

<sup>28</sup>

Selon les extraits de cette sentence dont nous disposons, il semblerait que le site de concassage ne faisait pas partie du Chantier.

<sup>29</sup>

Il semblerait que le terme « terres » désigne le site de concassage.

16.6 Selon le tribunal, les protestations pacifiques des propriétaires locaux, quelle que soit leur motivation, ne peuvent pas être considérées comme une « révolte » ou une « insurrection ». Ce qui s'est produit s'apparentait à un piquet de grève syndical. La question est de savoir s'il s'agissait de « désordre » selon les termes de la clause 65(5). Le *New Shorter Oxford Dictionary* définit le « désordre » comme : 1. L'absence d'ordre ou de l'organisation habituelle, perturbation, état de confusion. 2. Troubles, agitation, atteinte à l'ordre public. C'est manifestement la deuxième série de définitions qui convient. Le tribunal ne peut pas interpréter la protestation pacifique des propriétaires comme étant un « désordre » selon la clause 65, notamment lorsque l'utilisation de l'accès était illégale. Le terme comprend une forme de désobéissance civile active sinon puissante.

16.7 De plus, bien que le bien-fondé objectif de la revendication d'illégalité du défendeur soit insuffisant, le demandeur n'avait aucun droit légal d'accès en raison de l'absence d'approbation par [l'organisme susmentionné] des dispositions qu'il avait prises avec les propriétaires pour son accès. Dans ces conditions, le tribunal voit difficilement comment la Haute Cour avait été en mesure de rendre une ordonnance qui aurait eu pour effet d'approuver une action techniquement illégale. Il n'en reste pas moins que le tribunal n'a pas à prendre ce point en considération puisque, selon lui, il n'y a pas eu « désordre » selon les termes de la clause 65(3).

16.8 En conséquence et vu les motifs retenus, le tribunal rejette la présente demande.<sup>30</sup>

#### Commentaires :

En résumé, le tribunal a conclu que dans la mesure où l'ingérence des propriétaires consistait en une protestation pacifique, il ne pouvait pas s'agir d'un « désordre » sur le fondement de la clause 65(5) et en conséquence, le demandeur/entrepreneur n'était pas en droit de demander réparation sur le fondement de la clause 65(4). La sentence du tribunal est correctement motivée et n'appelle aucun commentaire particulier.

### **C. Quatrième édition (1987)**

#### **1. Affaire CCI n° 10619**

Un demandeur/entrepreneur italien a conclu des contrats avec une autorité publique d'un Etat africain (le défendeur/maître d'ouvrage) pour la construction de routes dans cet Etat. Un ingénieur allemand a été désigné pour ce projet. Le demandeur/entrepreneur a engagé une procédure d'arbitrage en dommages-intérêts pour certains problèmes dont il prétendait que le défendeur/maître d'ouvrage était responsable.

Le lieu de l'arbitrage était Paris en France.

*(a) Sentence intérimaire dans l'affaire CCI n° 10619*

Clause FIDIC concernée : 67.

La sentence intérimaire a été rendue en mars 2001.

Le demandeur/entrepreneur a demandé l'exécution immédiate, au moyen d'une sentence intérimaire (et l'exécution provisoire de cette sentence comme le permet le droit français<sup>31</sup>), de certaines décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67

<sup>30</sup> Extraits, pages 105-107, § 16.1-16.8.

<sup>31</sup> Selon le droit français de l'arbitrage (article 1479 du Code de procédure civile), l'exécution provisoire désigne l'exécution

immédiate d'une sentence nonobstant l'intervention d'un recours ou de toute autre procédure soumettant la sentence à l'examen du juge.

que le défendeur/maître d'ouvrage n'avait pas respectées (et qui avaient fait l'objet d'une notification d'intention du demandeur/entrepreneur en vue d'introduire une procédure d'arbitrage).

**Question : Comment peut-on faire exécuter une décision obligatoire mais pas définitive de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 ?**

L'une des questions juridiques les plus importantes ces dernières années, relatives aux contrats internationaux de construction, concerne la possibilité/le moyen de faire exécuter des décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 des Conditions FIDIC, quatrième édition (1987), et, puisqu'il a été remplacé par le DAB dans les Livres FIDIC de 1999, la possibilité/le moyen de faire exécuter des décisions d'un DAB. La sentence intérimaire dans l'affaire n° 10619, qui a été rendue en 2001 mais qui vient seulement d'être publiée, aborde expressément cette question et la solution qu'elle propose arrive à point nommé et est excellente.

Par la voie de cette sentence intérimaire, les arbitres ont estimé que, à la demande du demandeur/entrepreneur, certaines décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 des Conditions FIDIC, quatrième édition, pouvaient être exécutées par le biais d'une sentence intérimaire ou partielle<sup>32</sup> conformément au Règlement de la CCI, bien que l'une des parties (en fait le demandeur/entrepreneur qui tentait, comme il est indiqué ci-dessus, de faire exécuter les décisions) ait fait une notification d'intention en vue d'introduire une procédure d'arbitrage portant sur ces décisions<sup>33</sup>. Les arbitres ont déclaré que ces décisions pouvaient être mises en œuvre par ce type de sentence, étant donné que la clause 67 prévoit expressément qu'une décision de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 est obligatoire pour les parties même si une des parties (ou, de l'avis du présent auteur, les deux parties) a (ont) fait une notification d'intention en vue d'introduire une procédure d'arbitrage. A cet égard, le deuxième alinéa de la clause 67.1 de la clause stipule :

[...] l'entrepreneur et le maître d'ouvrage mettront en œuvre sans délai chacune des décisions de l'ingénieur tant que celle-ci n'aura pas été révisée, comme il est prévu ci-après, dans le cadre d'un règlement à l'amiable ou d'une sentence arbitrale.<sup>34</sup>

Le tribunal a déclaré ce qui suit :

Si les décisions de l'ingénieur ci-dessus ont un effet obligatoire immédiat sur les parties, de sorte que le simple fait de leur non-respect immédiat par l'une ou l'autre des parties est assimilé à une rupture de contrat, nonobstant la possibilité qu'elles puissent finalement être révisées ou annulées dans le cadre d'un arbitrage ou d'une autre convention contraire, il n'y a aucune raison que, face à un tel manquement, le tribunal arbitral s'abstienne de statuer immédiatement pour rendre les décisions de l'ingénieur applicables et de plein effet. Il s'agit là tout simplement du droit des contrats.<sup>35</sup> (Le soulignement a été ajouté.)

En plus de fonder sa demande sur les termes de la clause 67, le demandeur/entrepreneur s'était appuyé sur l'article 23 du Règlement de la CCI relatif aux mesures conservatoires et provisoires ainsi que sur certaines théories juridiques françaises

<sup>32</sup> Le Règlement d'arbitrage de la CCI ne distingue pas la sentence intérimaire de la sentence partielle ; voir, à cet égard, l'article 2(iii) du Règlement. Toutes deux aboutissent à des décisions définitives.

<sup>33</sup> La sentence intérimaire fut ensuite confirmée dans la sentence finale du tribunal arbitral, dont certains autres aspects seront commentés ci-dessous.

<sup>34</sup> Extraits, page 92, § 18.

<sup>35</sup> Extraits, page 92, § 22.

proches (le lieu de l'arbitrage étant la France). Cependant le tribunal a souligné, à juste titre (selon l'opinion de cet auteur), que sa décision ne se fondait pas sur ces dispositions mais sur le contrat proprement dit :

le jugement [*sic*] devant être rendu dans les présentes ne concerne pas une mesure conservatoire ou provisoire, *stricto sensu*, mais consiste plutôt à donner immédiatement plein effet à un droit dont jouit une partie, sans discussion, en se fondant sur le contrat et que les parties ont convenu de prolonger au moins jusqu'à la fin de l'arbitrage. Pour la deuxième chose, la volonté des parties doit prévaloir sur toute autre considération d'urgence ou de préjudice irréparable ou *fumus boni juris* qui figurent au nombre des grands principes du référé provision français.<sup>36</sup> (Le soulignement a été ajouté.)

C'est ainsi qu'un tribunal arbitral peut et, lorsqu'on le lui demande, devrait faire appliquer les décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 au moyen d'une sentence intérimaire ou partielle conformément au Règlement de la CCI ordonnant l'autre partie de payer immédiatement les montants correspondants même si l'une des parties a, ou (de l'avis de l'auteur) les deux parties ont, manifesté leur désaccord à leur propos. D'après l'opinion de cet auteur, le tribunal arbitral dans cette affaire a parfaitement compris comment la clause 67 des Conditions FIDIC était censée fonctionner.

Dans une sentence précédente qui a été publiée<sup>37</sup>, un tribunal arbitral avait ordonné le paiement correspondant aux décisions « définitives et obligatoires » de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 des Conditions de contrat FIDIC, deuxième édition (1969), c'est-à-dire des décisions qui n'avaient pas fait l'objet d'une notification d'intention en vue d'entamer une procédure d'arbitrage dans le délai contractuellement imparti (90 jours selon la deuxième édition). Cependant, la sentence intérimaire dans l'affaire n° 10619 est le premier exemple d'une sentence publiée, dont cet auteur a connaissance, dans laquelle le tribunal arbitral a ordonné le paiement, au moyen d'une sentence intérimaire, du montant correspondant à une décision de l'ingénieur qui est « obligatoire » mais pas « définitive », c'est-à-dire qui avait été contestée dans le délai contractuellement imparti, par l'une ou l'autre des parties.

Cet auteur suggère que, dans le cas d'une décision d'un DAB conformément aux Livres FIDIC de 1999, on devrait arriver à un résultat identique à celui dont on a pu en constater l'application dans l'affaire n° 10619 dans le cas d'une décision de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 des Conditions FIDIC, quatrième édition. Il devrait en être ainsi parce que la formulation correspondante de la clause 67 de la quatrième édition et de la clause 20 des Livres FIDIC de 1999 est pratiquement la même.

La formulation de la clause 20.4 des Livres FIDIC de 1999 est peut-être même plus forte que celle du deuxième alinéa de la clause 67.1 des Conditions FIDIC, quatrième édition, cité ci-dessus. La clause 20.4 des Livres FIDIC de 1999 stipule ce qui suit :

La décision [d'un DAB] est obligatoire pour les deux parties, qui la mettront en œuvre rapidement tant qu'elle n'aura pas été révisée dans le cadre d'un règlement à l'amiable ou d'une sentence arbitrale dans les conditions énoncées ci-dessous.

<sup>36</sup>  
Extraits, pages 92-93, § 22.

<sup>37</sup>  
Affaires CCI n° 3790/3902/4050/4051/4054 (procédures jointes), dont un résumé figure dans Abdul Hamid El-Ahdab, *Arbitration with the Arab Countries*, Deventer, Kluwer, 1990 aux p. 889-891.

En conséquence, la sentence intérimaire dans cette affaire est pertinente pour la décision d'un DAB conformément aux Livres FIDIC de 1999<sup>38</sup>. Même si l'une ou (cet auteur suggère) les deux parties ont notifié leur désaccord (ce qui équivaut à la notification de l'intention d'entamer une procédure d'arbitrage conformément à la quatrième édition du Livre rouge FIDIC) relativement à une décision d'un DAB conformément à la clause 20.4, chacune des parties est tenue de mettre en œuvre cette décision (tant qu'elle n'aura pas été infirmée par un règlement à l'amiable ultérieur ou par une sentence arbitrale) ; et si cette décision requiert par exemple qu'un paiement soit effectué par l'une des parties à l'autre partie, cette décision peut alors être rendue directement exécutoire par le biais d'une sentence intérimaire ou partielle conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI qui, en France, peut faire l'objet d'une exécution provisoire ordonnée par le juge<sup>39</sup>. C'est la conséquence de la sentence intérimaire dans l'affaire n° 10619.

*(b) Sentence finale dans l'affaire CCI n° 10619*

Clauses FIDIC concernées : 11 et 67.

La sentence finale a été rendue en avril 2002.

Dans la sentence finale de l'affaire n° 10619, le tribunal arbitral a examiné, entre autres questions :

- (1) si le défendeur/maître d'ouvrage pouvait s'appuyer sur une notification de l'intention de recourir à l'arbitrage de la part du demandeur/entrepreneur pour être en droit de saisir le tribunal afin qu'il révise les décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 ; et
- (2) si le demandeur/entrepreneur pouvait légitimement s'appuyer sur les données relatives aux ressources locales en matériaux, fournies par le défendeur/maître d'ouvrage au moment de l'offre, aux fins de la clause 11, pour justifier une réclamation sur le fondement de la clause 12 concernant des obstructions ou conditions physiques imprévisibles (qui a finalement été rejetée par le tribunal).

**Question n° 1 : Le défendeur/maître d'ouvrage peut-il s'appuyer sur une notification de l'intention d'entamer une procédure d'arbitrage émise par le demandeur/entrepreneur pour être en droit de saisir un tribunal arbitral afin qu'il révise les décisions de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 ?**

Clause FIDIC concernée : 67.

La question ci-dessus s'est posée lorsque le défendeur/maître d'ouvrage, bien qu'en désaccord, apparemment, avec certaines décisions de l'ingénieur, avait omis de notifier son intention de recourir à l'arbitrage concernant ces décisions. Le tribunal arbitral a déclaré à ce propos :

17. [...] Conformément à la clause 67.1 des Conditions de contrat, tout litige survenant entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur doit tout d'abord être soumis par écrit à l'ingénieur avec une copie au maître d'ouvrage.

<sup>38</sup> Voir, à cet égard, C.R. Seppälä, « The Arbitration Clause In FIDIC Contracts For Major Works » (2005) 22 *The International Construction Law Review* 4.

<sup>39</sup> Voir *supra* note 31.

C'est ce que le demandeur avait fait par lettres du 18 octobre 1998 qui avaient abouti aux décisions de l'ingénieur le 17 novembre 1998 et par lettres du 9 septembre 1998 qui avaient abouti aux décisions de l'ingénieur le 5 mai 1999.

Le demandeur, étant mécontent tant des délais que de la somme d'argent qui lui avait été allouée par l'ingénieur, a notifié au maître d'ouvrage et à l'ingénieur, dans le délai imparti, son intention de recourir à l'arbitrage et, le 11 août 1999, il a déposé une demande d'arbitrage pour engager la présente procédure.

La seule question qui mérite d'être examinée à ce stade est celle de savoir si le défendeur, qui n'a pas contesté dans le délai imparti les décisions de l'ingénieur et n'a pas déclaré son intention de recourir à l'arbitrage pour les faire réexaminer et réviser, peut profiter de la notification faite à cet effet par le demandeur et demander au tribunal arbitral d'annuler les décisions de l'ingénieur.

18. La réponse devrait être affirmative, étant donné que le demandeur a déclaré son mécontentement à propos de l'intégralité des décisions de l'ingénieur. Par conséquent, puisque la notification de l'intention de recourir à l'arbitrage a été transmise par l'entrepreneur dans le délai imparti, les décisions de l'ingénieur ne sont pas devenues définitives et obligatoires et « l'arbitre ou les arbitres aura/auront les pleins pouvoirs pour réexaminer et réviser toute décision, opinion, ordre, constatation, certificat ou estimation de l'ingénieur relative au litige » (clause 67.3). Cette conclusion est confirmée par la clause 67.3 qui stipule que « aucune des parties ne sera limitée dans la procédure devant l'arbitre ou les arbitres aux preuves présentées à l'ingénieur [...] »<sup>40</sup>

#### Commentaires :

L'auteur du présent article est d'accord avec le raisonnement de base et la conclusion du tribunal : puisqu'une notification de l'intention de recourir à l'arbitrage avait été donnée par une partie – peu importe laquelle – les décisions de l'ingénieur n'étaient pas devenues définitives et obligatoires et pouvaient de ce fait être réexaminées dans le cadre d'un arbitrage. Cependant, la dernière phrase de la citation ci-dessus extraite de la sentence peut être hors de propos pour cette question car elle se rapporte à la conduite de l'arbitrage une fois qu'il a valablement commencé (et peut de ce fait ne pas être un critère permettant de déterminer s'il a valablement commencé).

**Question n° 2 : Dans quelle mesure un entrepreneur peut-il s'appuyer sur les données concernant les ressources locales en matériaux, fournies par un maître d'ouvrage au moment de l'offre, aux fins de la clause 11 ?**

Clause FIDIC concernée : 11.

La question ci-dessus s'est posée lorsque le demandeur/entrepreneur a affirmé s'être appuyé sur les informations contenues dans les documents fournis par le défendeur/maître d'ouvrage au moment de l'offre – les Rapports relatifs aux matériaux et équipements – pour sélectionner ses équipements de construction et dans sa recherche des matériaux destinés aux travaux, ces informations s'étant finalement avérées insuffisantes.

73. Une première question à trancher relative aux [prétendus changements en matière de conception] est celle de savoir si l'entrepreneur s'appuie légitimement sur les Rapports relatifs aux matériaux et équipements comme fondement juridique de ses prétentions.

Il est incontestable que les Rapports relatifs aux matériaux et équipements n'avaient pas un caractère contractuel. Il était indiqué dans leur introduction qu'ils n'étaient pas « définitifs et devraient être utilisés seulement comme des recommandations sur ce que l'on peut trouver dans la zone prévue. Il est probable également que pendant la période de

construction on trouvera des matériaux complémentaires et différents de ceux qui sont décrits dans ces documents ». Au paragraphe 2.2, « Matériaux de pavage », il était précisé aussi que « les résultats des premiers essais effectués sur ces matériaux indiquent que tous les chantiers sont des sources potentielles de gravier naturel utilisé comme matériau pour la couche de roulement » : « potentielles » laisse sans aucun doute une marge d'incertitude. De plus, dans les dernières lignes du procès-verbal de la réunion précédant les soumissions, qui s'est tenue le 31 mars 1994, « l'attention des soumissionnaires [était] attirée sur le fait que le Rapport [sic] relatif aux matériaux et équipements ne faisait pas partie des documents contractuels et était fourni à titre d'information seulement ». Incontestablement, cette déclaration aurait dû inciter les soumissionnaires à vérifier soigneusement par leurs propres moyens la fiabilité des informations concernées.

Pour sa part, l'article 11 des CGC [Conditions générales du contrat] fait obligation au « maître d'ouvrage de mettre à la disposition de l'entrepreneur, avant la soumission par celui-ci de son offre, les données provenant des recherches entreprises relativement aux Travaux, mais l'entrepreneur sera responsable de l'interprétation qu'il en fera personnellement ». Le tribunal estime cependant que l'on ne peut pas attendre d'un soumissionnaire, dans le court laps de temps qui lui est laissé pour préparer son offre, de mener des recherches en matière de ressources locales en matériaux sur les données recueillies par le maître d'ouvrage et qui sont censées résulter de laborieuses interrogations préalables du sous-sol [sic] et sont étayées par des graphiques, des schémas, des échantillons et autres matériaux d'essai ; un soumissionnaire est légitimement tenu d'interpréter les données mises à sa disposition ; il n'est pas tenu de mener rapidement de nouvelles recherches exhaustives alors que le maître d'ouvrage indique de bonne foi qu'il a soigneusement mené ces recherches probablement pendant des mois, voire des années, dans l'intérêt des Travaux. L'interprétation des données est une chose ; mais on ne peut pas dire raisonnablement qu'entreprendre de nouvelles recherches dans une région plus ou moins proche d'une route d'environ 180 km pour vérifier si les matériaux nécessaires existent ou non, sont conformes en quantité et en qualité à la description qui en a été faite et se trouvent aux endroits recensés par le maître d'ouvrage, est quelque chose qui incombe à un soumissionnaire. <sup>41</sup>

Le tribunal a constaté que les données fournies par le défendeur/maître d'ouvrage dans son appel d'offres étaient erronées et de nature à induire en erreur, et il a confirmé la décision de l'ingénieur qui avait accordé une prolongation de délai et des frais supplémentaires au demandeur/entrepreneur.

#### Commentaires :

Le tribunal arbitral ne présente pas clairement dans sa sentence quelle a été le fondement contractuel de sa décision à cet égard. L'auteur du présent article estime cependant que la décision peut être justifiée en se fondant sur la dernière phrase de la clause 11.1 des Conditions FIDIC, quatrième édition, qui stipule que :

L'entrepreneur est censé avoir fondé son offre sur les données mises à sa disposition par le maître d'ouvrage et sur l'interprétation et l'examen qu'il en a faits, tout comme cela a été mentionné ci-dessus. (Le soulignement a été ajouté.)

## **2. Sentence finale dans l'affaire CCI n° 10892**

Clauses FIDIC concernées : 1.1, 39 et 63.

La sentence a été rendue en mars 2002 et le lieu de l'arbitrage était les Caraïbes.

<sup>41</sup>  
Extraits, page 95, § 73.

Pour faire construire un stade, un Etat des Caraïbes a recruté les services du défendeur/maître d'ouvrage, une société des Caraïbes, qui a conclu à son tour un contrat de construction avec le demandeur/entrepreneur, également une société des Caraïbes.

Alors que le contrat de construction comprenait les parties I et II des Conditions FIDIC, quatrième édition, le défendeur/maître d'ouvrage n'a jamais inscrit le nom de l'ingénieur dans la clause 1.1 de la partie II des Conditions FIDIC, ce qui a conduit à un litige à propos de l'identité de l'ingénieur.

Le défendeur/maître d'ouvrage a résilié le contrat de construction en raison de la prétendue défaillance du demandeur/entrepreneur. Le demandeur/entrepreneur a entamé une procédure d'arbitrage affirmant que la résiliation du contrat était abusive et cherchant à obtenir des dommages-intérêts, entre autres, pour des sommes prétendument dues et impayées aux termes du contrat et pour la valeur des modifications alléguées.

**Question n° 1 : Quels sont les attributs de l'ingénieur et quand peut-on dire qu'une partie a accepté tacitement quelqu'un comme ingénieur ?**

Clause FIDIC concernée : 1.1 (des parties I et II).

En ce qui concerne le différend entre les parties à propos de l'identité de l'ingénieur, le tribunal a déclaré ce qui suit :

159. Lors de la première réunion de chantier du 14 août 1997 il est expressément rendu compte que le [maître d'ouvrage] se désigne lui-même comme étant l'ingénieur. [...] [Le maître d'ouvrage] a délégué [le consultant principal] comme étant son représentant. [...] Cependant, dans le premier rapport trimestriel d'avancement présenté en octobre 1997, [le consultant principal] signalait que [A père] était l'ingénieur. [...] [A père], le maître d'œuvre, s'était apparemment vu déléguer la responsabilité de signer les attestations de paiement établies par l'ingénieur, ce qu'il a fait dans tous les cas sauf un, avant août 1998. Le dernier témoin dans l'affaire – longtemps après les faits – [A fils] a affirmé que [A père] était parfois autorisé à signer les attestations de paiement en qualité d'ingénieur mais qu'autrement, il n'assumait jamais le rôle de l'ingénieur. Avant le 7 août 1998, apparemment en raison du fait que [A père] signait les attestations de paiement en qualité d'ingénieur, [l'entrepreneur] pensait qu'il était l'ingénieur.

160. En réponse apparemment à des lettres de [l'entrepreneur] qui se plaignait de l'absence d'une désignation précise de l'ingénieur et souhaitait retirer [A père] du projet, par lettre du 7 août 1998, [le maître d'ouvrage] voulait désigner expressément [B], le maître d'œuvre du [consultant principal] comme l'ingénieur pour certaines missions importantes (mais limitées) : (1) délivrer des attestations de paiement à l'entrepreneur, (2) déterminer la valeur des modifications, (3) déterminer le coût de la construction, et (4) établir les tarifs de l'entrepreneur. [...] Mais la même lettre visait à désigner [C] pour remplacer [A père] comme maître d'œuvre investi du pouvoir de modifier les décisions des « consultants », à l'exception de celles concernant les attestations de paiements. D'après la lettre, le maître d'ouvrage [...] conservait aussi le pouvoir de donner des instructions à l'entrepreneur. Il y a lieu de prendre note de cette dernière lettre du [maître d'ouvrage]. [...]

162. Dans ces conditions, dont le maître d'ouvrage est pleinement responsable, il n'est pas surprenant que la confusion ait été grande à propos de l'identité de l'ingénieur. Dans plusieurs lettres, [l'entrepreneur] a attiré l'attention du [maître d'ouvrage] sur cette question et a cherché à lever toute ambiguïté au sujet de la nomination d'un ingénieur.<sup>42</sup>

Le tribunal a constaté que, dans ces conditions, l'ingénieur était le maître d'ouvrage lui-même :

163. Je constate que pendant toute la durée du chantier, c'est le [maître d'ouvrage] lui-même qui a assumé les fonctions d'ingénieur. Il en était ainsi avant le 7 août 1998 car, lors de la première réunion de chantier, le [maître d'ouvrage] a été expressément désigné comme étant l'ingénieur. Même par la suite, [B] a signé toutes les attestations de paiement « Pour et au nom de l'ingénieur », désigné habituellement comme [le maître d'ouvrage]. Aussi, bien que [B] ait été prétendument nommé ingénieur par lettre du [maître d'ouvrage] en date du 7 août 1998, cette nomination se limitait à certaines missions seulement. Pour toutes les autres missions, le [maître d'ouvrage] est censé avoir conservé les fonctions d'ingénieur comme cela a été annoncé lors de la première réunion de chantier et indiqué expressément par le [maître d'ouvrage] dans sa lettre du 7 août 1998 précisant qu'il conservait le pouvoir de donner des instructions à l'entrepreneur. Je conclus que la lettre du 7 août 1998, que même l'expert du [maître d'ouvrage] qualifie d'ambiguë en ce qui concerne la nomination de l'ingénieur, était destinée à déléguer certaines fonctions de l'ingénieur à [B], mais que le [maître d'ouvrage] conservait le rôle de l'ingénieur.

[...]

165. Les Conditions FIDIC imposent à l'ingénieur d'être impartial lorsqu'il prend ses décisions. Même si les Conditions FIDIC n'indiquent pas expressément que l'ingénieur doit être indépendant, il est nettement préférable d'avoir un ingénieur indépendant car l'impartialité est alors plus transparente. [...] Il y a différents niveaux d'indépendance. Au niveau le plus bas, quand un gouvernement, un maître d'ouvrage ou un propriétaire se nomme lui-même ou nomme son employé comme ingénieur, il n'y a pas d'indépendance et l'impartialité est improbable.

[...]

167. Dans cette affaire, ce n'est pas l'ingénieur ([le maître d'ouvrage]) qui a délivré l'attestation de non-exécution des instructions par [l'entrepreneur] ayant entraîné la résiliation, mais son délégué [B]. Les actes de [B], du [consultant principal] ou de [A père] en tant que délégués de l'ingénieur doivent être assimilés à des actes de l'ingénieur, [maître d'ouvrage]. Le conflit d'intérêts de l'ingénieur, parce qu'il était également le maître d'ouvrage, l'empêche d'affirmer qu'il a agi impartialement en déléguant sa responsabilité à un tiers. Le maître d'ouvrage qui agit également en tant qu'ingénieur ne peut pas se dissimuler derrière son délégué pour invoquer l'impartialité. Cela se vérifie particulièrement ici puisque certaines des décisions de [B] consistent, semble-t-il, en une acceptation relativement inconditionnelle des « suggestions » du [maître d'ouvrage].<sup>43</sup>

Le tribunal a aussi fait observer que l'entrepreneur avait tacitement accepté le défendeur/maître d'ouvrage en tant qu'ingénieur :

168. Si cette situation est acceptée par l'entrepreneur, comme elle l'a été ici, sans empressement ni enthousiasme de sa part (malgré sa remise en cause de la situation) puisqu'il a poursuivi les travaux, le maître d'ouvrage est alors accepté en tant qu'ingénieur. [...] Un contrat régi par les Conditions de contrat FIDIC ne peut pas fonctionner en l'absence d'ingénieur, et on ne peut pas accepter que les parties lancent l'exécution du contrat sans pouvoir à juste titre mettre fin aux activités de l'entrepreneur, si nécessaire. [...] L'acceptation du maître d'ouvrage comme ingénieur, et de ses délégués, est imparfaite en l'espèce, mais elle était indispensable au déroulement du contrat et du projet. [B] était en droit de délivrer une attestation de non-exécution des travaux par [l'entrepreneur] sur laquelle le [maître d'ouvrage] pouvait s'appuyer pour résilier le contrat de l'entrepreneur car celui-ci avait implicitement accepté le [maître d'ouvrage] en tant qu'ingénieur et [B] en tant que délégué de l'ingénieur (quelles que furent sa réticence et l'ambiguïté de la nomination) puisqu'il poursuivait les travaux.<sup>44</sup>

<sup>43</sup>  
Extraits, pages 96-97, § 163-67.

<sup>44</sup>  
Extraits, page 97, § 168.

Commentaires :

Un maître d'ouvrage peut parfois faire preuve de réticence pour déléguer les pouvoirs de gestion d'un contrat de construction incluant les Conditions FIDIC à un ingénieur indépendant comme le lui imposent les Conditions. Toutefois, bien souvent, le maître d'ouvrage n'as pas les compétences et l'expérience nécessaires pour gérer lui-même un tel contrat. Ces facteurs conflictuels semblent avoir contribué à semer la confusion sur l'identité de l'ingénieur dans cette affaire et conduit le tribunal à estimer que l'ingénieur était le défendeur/maître d'ouvrage.

Le tribunal a clairement raison de déclarer qu'un contrat incluant les Conditions FIDIC « ne peut pas fonctionner [normalement] en l'absence d'un ingénieur ». Par exemple, une attestation de l'ingénieur faisant état d'un manquement de l'entrepreneur dans l'exécution du contrat peut être une condition nécessaire préalable à la remise d'un préavis de résiliation du contrat par le maître d'ouvrage, sur le fondement de la clause 63.1.

**Question n° 2 : Le défendeur/maître d'ouvrage a-t-il valablement résilié le contrat sur le fondement de la clause 63 ?**

Clauses FIDIC concernées : 39 et 63.

Le tribunal arbitral a examiné ensuite si le défendeur/maître d'ouvrage avait valablement résilié le contrat conformément à la clause 63 et s'est exprimé en ces termes :

172. Le [maître d'ouvrage] prétendait résilier le contrat de [l'entrepreneur] pour manquement aux instructions de [B], le délégué de l'ingénieur, sur le fondement de la clause 39.1 des Conditions FIDIC [habilitant l'ingénieur à donner des instructions pour faire enlever du chantier tous les matériaux ou équipements qui, selon lui, ne sont pas conformes au contrat]

[...]

180. Il y a lieu de rappeler que [B] était le délégué de l'ingénieur, et non l'ingénieur. Si [B] était l'ingénieur comme l'a affirmé [A fils], il aurait été l'ingénieur uniquement pour mener à bien les missions limitées énoncées expressément dans la lettre du [maître d'ouvrage] en date du 7 août 1998 [note de l'auteur : voir le paragraphe 160 ci-dessus]. La lettre du 7 août 1998 ne visait pas à désigner [B] comme ingénieur habilité à donner des instructions conformément à la clause 39.1 ou à attester du manquement à ces instructions conformément à la clause 63.1 des Conditions FIDIC. De ce fait, [B] n'était pas habilité comme ingénieur à prendre de telles décisions ou de telles mesures. En tant que surveillant du projet pour [le consultant principal], le délégué de l'ingénieur ([maître d'ouvrage]) était lui habilité à le faire, comme le montre le procès-verbal de la première réunion de chantier.

181. La clause 63.1(e) <sup>[45]</sup> des Conditions FIDIC stipule que « le maître d'ouvrage peut, après avoir donné un préavis de 14 jours à l'entrepreneur, pénétrer sur le chantier et résilier son contrat [...] ». Le [maître d'ouvrage] a donné un préavis de 14 jours pour signifier son intention de résilier le contrat (préavis daté du 29 octobre, remis le 1<sup>er</sup> novembre et prenant fin le 15 novembre), mais il n'a pas attendu 14 jours pour pénétrer dans les lieux. Le [maître d'ouvrage] a obtenu une ordonnance à la date de son préavis, expulsé [l'entrepreneur] du chantier le même jour et saisi pour son usage les équipements et les dossiers de [l'entrepreneur].

<sup>45</sup>

Pour être exacte, la référence aux Conditions FIDIC aurait dû désigner la clause 63.1 au lieu de la clause 63.1(e). Ainsi, le préavis de 14 jours s'applique clairement aux manquements de l'entrepreneur énumérés aux alinéas (a) à (e) de la clause 63.1 et non pas seulement à la clause 63.1(e).

182. Je conclus que le non-respect du préavis de 14 jours avant la prise de possession a constitué une violation de la clause 63.1(e) par le [maître d'ouvrage].

183. Pour se prononcer sur la question de savoir si la résiliation était correcte sur le fond, il faut tenir compte du fait que [B] n'avait pas recommandé de résilier le contrat et n'estimait pas que les deux éléments faisant l'objet de ses instructions de septembre 1999 justifiaient la résiliation [...] J'estime que la résiliation n'était pas légitime.<sup>46</sup>

#### Commentaires :

Il est couramment admis que lorsqu'une partie résilie un contrat en raison d'un manquement de l'autre partie, elle doit strictement respecter les procédures de résiliation prévues au contrat, sous peine de se voir condamnée pour résiliation abusive du contrat avec toutes les conséquences qui s'ensuivent en termes de dommages-intérêts. La décision de résilier un contrat de construction est la solution à utiliser en dernier recours et est rarement sans risque. Le défendeur/maître d'ouvrage a omis ici, entre autres, de respecter strictement le préavis de 14 jours prévu dans la clause 63 intitulée « Déchéance » et il devait de ce fait en supporter les conséquences.

### **3. Sentence finale dans l'affaire CCI n° 8677**

Clauses FIDIC concernées : 20, 65 et 67.

La sentence finale a été rendue en septembre 1997 et le lieu de l'arbitrage était Londres au Royaume-Uni.

Un demandeur/entrepreneur du Moyen-Orient avait conclu un contrat de construction avec le gouvernement d'un Etat asiatique, le maître d'ouvrage/défendeur, pour la réalisation de certains travaux dans cet Etat.

Tandis que le demandeur/entrepreneur rassemblait ses équipements, installations et matériaux dans son pays pour les expédier vers l'Etat asiatique concerné, le pays du demandeur/entrepreneur a été envahi et la guerre a éclaté. Les actes de pillage des forces envahissantes ont entraîné la perte des équipements, installations et matériaux de l'entrepreneur. Le demandeur/entrepreneur a exécuté le contrat (ayant remplacé les équipements, installations et matériaux d'origine à ses propres frais), mais a entamé une procédure d'arbitrage contre le défendeur/maître d'ouvrage, entre autres, pour :

- (1) environ 5 millions de dollars US pour la perte de ses équipements, installations et matériaux en raison de l'éclatement de la guerre dans son pays alors qu'il était en train de les rassembler avant de les acheminer vers l'Etat asiatique concerné ; et
- (2) le déblocage du dépôt de garantie s'élevant à environ 140 000 dollars US.

**Question n° 1 :** L'entrepreneur pouvait-il obtenir des dommages-intérêts pour la perte de ses équipements, installations et matériaux dans son propre pays suite à l'invasion et à la guerre, avant même leur acheminement vers le pays du maître d'ouvrage où se trouvait le chantier ?

Clauses FIDIC concernées : 20 et 65.

Comme il est indiqué ci-dessus, le demandeur/entrepreneur réclamait des dommages-intérêts pour la perte de l'Équipement de l'Entrepreneur (comme défini), de ses

Installations (comme définies) et de ses matériaux par suite de l'invasion de son pays et de la guerre qui s'ensuivit.

Après avoir procédé à un examen général des clauses 20 et 65<sup>47</sup>, l'arbitre unique a étudié la clause 20 afin de déterminer si elle s'appliquait au risque de préjudice ou de destruction de « matériaux » ou « d'Installations » destinés à être incorporés dans des Travaux et qui se trouvaient encore dans le pays du demandeur/entrepreneur (et n'avaient pas encore été acheminés dans le pays du défendeur/maître d'ouvrage). L'arbitre unique a conclu que la clause 20 s'appliquait effectivement à un tel risque :

(1) la Date de Démarrage (comme définie) était intervenue et, de ce fait, sur le fondement de la clause 20, le demandeur/entrepreneur assumait la responsabilité des Travaux (comme définis), des matériaux et des Installations devant y être incorporés, sauf en cas de perte ou de dommages dus aux Risques à la charge du Maître d'Ouvrage (comme définis) ; et

(2) les Risques à la charge du Maître d'Ouvrage mentionnés dans la clause 20(4), qui comprenaient la « guerre » et « l'invasion », s'appliquaient au « monde entier ».

L'arbitre unique a déclaré ce qui suit :

53. [...] Le point de départ est la clause 20. L'objectif de cette clause est l'attribution du risque de dommages ou de destruction des Travaux et des matériaux et Installations destinés à être incorporés aux Travaux pendant la période de responsabilité de l'entrepreneur, c'est-à-dire de la Date de Démarrage jusqu'à la remise du Certificat de Réception. [...] Etant donné qu'il s'agit d'un contrat international dont les différentes parties de l'exécution de l'obligation principale peuvent intervenir dans plusieurs pays différents, on peut supposer, à mon avis, que les risques cités à la clause 20 ne concernent pas un Etat en particulier dans le sens où le lieu de survenance du risque en question importe peu. Cette interprétation est étayée par la clause 65.2(b) qui, aux fins de la clause 65, limite le risque de rébellion, révolution, insurrection, etc. dans le pays où les ouvrages doivent être exécutés. Elle est en opposition avec les autres risques particuliers qui, selon moi, s'étendent au « monde entier » aux fins tant de la clause 65 que de la clause 20. S'il n'en était pas ainsi, la restriction imposée par la clause 65.2(b) est inexplicable. [...] J'en conclus que [l'avocat du demandeur] est en droit de fonder la réclamation de ses clients relative aux matériaux ou Installations sur la clause 20.3 à titre subsidiaire et je décide ainsi. [...] <sup>48</sup>

La difficulté pour l'arbitre unique était de savoir si le demandeur/entrepreneur pouvait aussi obtenir des dommages-intérêts pour la perte de l'Equipement de l'Entrepreneur, perte qui n'était pas prévue dans la clause 20 qui ne traite que du maintien en état des Travaux (comme définis). L'arbitre unique a conclu que le demandeur/entrepreneur pouvait obtenir des dommages-intérêts sur la base de la clause 65(3) en raisonnant de la manière suivante :

57. [...] La difficulté est de savoir si une perte subie à cause du pillage de l'armée d'un envahisseur constitue « destruction ou dommage » au sens de la clause 65.3. Il est clair, me semble-t-il, que le pillage de matériaux ou d'Installations équivaut à la perte [le soulignement figure dans l'original] de matériaux ou d'Installations devant être incorporés

<sup>47</sup> Extraits, pages 77-78, § 52. La clause 20.1 (*Maintien en état des ouvrages*) de la 4<sup>e</sup> édition du Livre rouge de la FIDIC, qui n'est pas citée dans la sentence, est également pertinente dans la mesure où elle précise comme suit : « L'entrepreneur est pleinement responsable du maintien en bon état des Travaux et des matériaux et Installations qui doivent y être incorporés, à partir de la Date de Démarrage jusqu'à la date

de remise du Certificat de Réception de l'ensemble des Travaux, lorsque la responsabilité dudit maintien en bon état passe au Maître d'Ouvrage. »

<sup>48</sup> Extraits, pages 78-79, § 53.

dans les Travaux au sens des clauses 20.2 et 20.3. [L'avocat du défendeur] déclare que la clause 65.3 ne couvre pas les éléments qui en fait ont été volés : le terme de « dommage » doit évoquer des éléments qui sont encore disponibles mais doivent être réparés : la « destruction » signifie qu'un élément est physiquement détruit ou démoli et ne peut donc pas être réparé. [L'avocat du défendeur] ferait alors valoir que d'après les conclusions ci-dessus, les demandeurs pourraient obtenir un dédommagement pour le navire atelier (en supposant, de façon purement hypothétique, que celui-ci ait été la propriété de l'entrepreneur) et pour les lances d'injection mais pour rien d'autre. Il s'agit là d'une question d'interprétation du contrat [...]

A première vue, la juxtaposition de « destruction » et de « dommage » dans la clause 65.3 soutient pleinement l'argument de [l'avocat du défendeur] et j'accepte que le terme de dommage doive signifier un dommage physique. Mais l'intention générale de la clause 65.3 (et de la clause 20.3) est de protéger l'entrepreneur de la survenance des risques particuliers qui autrement auraient certainement une incidence sur le prix de l'entrepreneur et pourrait rendre les entrepreneurs internationaux peu enclins à soumissionner. Dans l'interprétation de la signification du terme « destruction », il faut tenir compte de la délimitation des Risques à la charge du Maître d'Ouvrage tels qu'ils sont définis dans la clause 20.4. Dans le sous-paragraphe (a) de cette clause sont regroupées la guerre, les hostilités (que la guerre soit déclarée ou non), l'invasion et l'action d'ennemis étrangers. La guerre civile est classée avec les risques du sous-paragraphe (b). Si la « destruction » se limitait à la destruction physique, il semblerait vain d'inclure « l'invasion » et « l'action d'ennemis étrangers » dans les risques particuliers. En outre, une indication selon laquelle la « destruction » au sens de la clause 65.3 peut comporter une perte totale causée autrement que par une destruction physique est prévue à la clause 54.2 qui stipule :

Le Maître d'Ouvrage n'est à aucun moment responsable, à l'exception de ce qui est prévu aux clauses 20 et 65, de la perte ou des dommages causés à l'un quelconque dudit Equipement de l'Entrepreneur, Ouvrages Provisoires ou matériaux.

Puisque la seule disposition du présent contrat qui met les risques de l'Equipement de l'Entrepreneur à la charge du Maître d'Ouvrage en cas de guerre, d'hostilités, d'invasion, etc. est la clause 65.3, il me semble que la formulation de la clause 54.2 n'est pas compatible avec l'interprétation, faite par [l'avocat du défendeur], du terme « destruction » dans la clause 65.3. S'il est vrai que j'avoue avoir trouvé ce point très difficile, j'ai décidé que les arguments de [l'avocat du demandeur] l'emporteront. Sous réserve des questions restantes concernant la responsabilité et le quantum, je propose, par conséquent, de faire droit à la réclamation des demandeurs pour la perte de l'Equipement de l'Entrepreneur sur le fondement de la clause 65.3.<sup>49</sup>

L'arbitre unique a donc décidé que, dans le cadre de la clause 65.3, la notion de « destruction ou dommage » couvrirait celle de pillage.

**Question n° 2 : Un entrepreneur peut-il faire respecter, au moyen de l'arbitrage, un droit incontesté au titre d'un contrat, sans respecter tout d'abord les procédures pré-arbitrales de la clause 67 ?**

Clause FIDIC concernée : 67.

En plus de sa demande principale mentionnée ci-dessus, le demandeur/entrepreneur a également cherché, par le biais de l'arbitrage, à récupérer un dépôt de garantie s'élevant à environ 140 000 dollars US. Le défendeur/maître d'ouvrage n'avait pas contesté que le demandeur/entrepreneur était en droit de recouvrer cette somme mais, en même temps, il ne l'avait pas rendue au demandeur/entrepreneur. Ceci a soulevé la question de savoir si le demandeur/entrepreneur pouvait réclamer ce montant dans le cadre de

l'arbitrage bien qu'il n'ait pas soumis la question lors des procédures pré-arbitrales de la clause 67.

L'arbitre unique a tout d'abord examiné la clause 67 des Conditions FIDIC qui stipule, entre autres, que :

(1) si un différend survient entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur à propos du contrat ou de l'exécution des ouvrages, la question devra d'abord être soumise à l'ingénieur ; et

(2) seul un différend au sujet duquel la décision de l'ingénieur n'est pas devenue définitive et obligatoire (parce qu'elle a été contestée par l'une des parties dans un délai de 70 jours), peut être soumis à l'arbitrage <sup>50</sup>.

L'arbitre unique a examiné ensuite les positions respectives des parties.

Le défendeur/maître d'ouvrage faisait valoir ce qui suit :

(1) aucun droit ne permet d'entamer une procédure d'arbitrage et l'arbitre n'est pas compétent pour trancher un litige à moins de suivre la procédure prévue à la clause 67 ;

(2) le litige en question n'a jamais été soumis à l'ingénieur ; et

(3) le litige en question n'avait jamais pris corps puisqu'il n'avait jamais fait l'objet de communication entre les parties <sup>51</sup>.

Le demandeur/entrepreneur faisait valoir ce qui suit :

(1) l'existence d'un litige apparaissait clairement dans la demande reconventionnelle modifiée (où cette requête avait été formulée la première fois) et par suite de son inclusion dans l'acte de mission ;

(2) le défendeur/maître d'ouvrage ne pouvait pas s'appuyer sur l'absence de soumission du litige à l'ingénieur sur le fondement de la clause 67 car, au moment où la somme d'argent objet de la demande est devenue exigible, il n'y avait pas d'ingénieur en poste (ce qui constituait une rupture de contrat de la part du défendeur/maître d'ouvrage) ; et

(3) subsidiairement, il était impossible de soumettre cette demande à l'ingénieur et la clause 13.1 des Conditions <sup>52</sup> a permis « d'excuser » l'absence de saisine sur le fondement de la clause 67 <sup>53</sup>.

Alors que l'arbitre unique a déclaré que le dépôt de garantie était une « dette exigible » au sujet de laquelle « aucun litige n'avait pris corps » <sup>54</sup>, il a fait ensuite la déclaration suivante :

49. Pour moi, il s'agit de savoir, dans toutes les circonstances, si je dispose ou non du pouvoir de rendre une sentence favorable aux demandeurs pour cette somme de [...] L'argument de [l'avocat du défendeur] est très convaincant, selon lequel un arbitre de la CCI est nommé pour trancher des différends qui existent [le soulignement figure dans l'original] au moment de la nomination et soit ont donné lieu à une décision de l'ingénieur sur le fondement de la clause 67.1 soit n'ont fait l'objet d'aucune décision. Il me semble cependant que les déclarations de [l'avocat du défendeur] sur ce point, qui relèvent typiquement du droit anglais, ne devraient pas être servilement acceptées dans le cas d'un

<sup>50</sup>  
Extraits, pages 75-76, § 42.

<sup>51</sup>  
Extraits, page 76, § 43-45.

<sup>52</sup>  
Clause 13.1 (« Conformité des travaux avec le contrat ») s'énonce comme suit : « Sauf en cas d'impossibilité légale ou physique, l'entrepreneur réalisera les Ouvrages [...] en respectant strictement les conditions du Contrat [...] »

<sup>53</sup>  
Extraits, pages 76-77, § 46.

<sup>54</sup>  
Extraits, page 77, § 48.

contrat international de génie civil. Tous les pays, dans lesquels un contrat incluant les Conditions FIDIC doit être exécuté, ne disposent pas d'un système juridique aussi bon que celui de [l'Etat X], même si ce système est à l'état embryonnaire. Si une partie ne peut pas faire exécuter, par la voie de l'arbitrage, un droit né d'un contrat et n'ayant donné lieu à aucun litige ou litige réel, il y a des cas [...] où l'on ne peut se prévaloir d'aucun recours. C'est pourquoi j'ai conclu qu'il serait juste d'accorder la [somme susmentionnée] aux demandeurs.<sup>55</sup> (Soulignement ajouté.)

Commentaires :

L'arbitre unique a donc décidé d'accorder au demandeur/entrepreneur la somme réclamée nonobstant le fait que l'ingénieur n'avait pas été saisi du problème conformément à la clause 67. Il y a lieu de faire observer à cet égard que la somme était relativement faible (environ 140 000 dollars US) eu égard à la demande principale du demandeur/entrepreneur (environ 5 millions de dollars US), qui avait répondu clairement aux exigences de la clause 67. Elle a été considérée comme étant une « dette exigible » et il est presque certain qu'elle n'aurait pas justifié un arbitrage supplémentaire pour être recouvrée. En conséquence, ce résultat est compréhensible d'après les faits de l'espèce.

### **III. Contrat type FIDIC de services client/consultant (Livre blanc, deuxième édition (1991)) – Sentence finale dans l'affaire CCI n° 11039**

Clause FIDIC concernée : 17 du Livre blanc FIDIC (deuxième édition).

La sentence (majoritaire) dans l'affaire CCI n° 11039 a été rendue en avril 2002 et le lieu de l'arbitrage était Berlin en Allemagne.

Le défendeur/consultant, une société danoise d'ingénierie, a conclu un contrat pour fournir une assistance technique au demandeur/client, une entreprise allemande de construction qui envisageait de soumettre une offre pour un projet de construction en Allemagne. Ce projet a été attribué au demandeur/client qui a poursuivi sa collaboration avec le défendeur/consultant dans le cadre d'un contrat complémentaire relatif aux détails de la conception. Pendant la construction, le demandeur/client a engagé des dépenses supplémentaires en raison d'une sous-estimation des quantités figurant dans son offre dont il imputait la responsabilité au défendeur/consultant.

Par conséquent, le demandeur/client a entamé une procédure d'arbitrage contre le défendeur/consultant afin de recouvrer ces frais. Au cours de l'arbitrage les parties s'opposaient sur la question de savoir si leur contrat intégrait le Contrat type FIDIC de services client/consultant (« Livre blanc ») et, dans l'affirmative, si un délai de prescription d'un an, figurant à la partie II de celui-ci, était valable au regard du droit allemand et, de ce fait, si la demande du demandeur/client était ou non forclosée.

**Question n° 1 :** Le contrat entre les parties incluait-il le contrat du Livre blanc FIDIC qui, dans ce cas, prévoyait un délai d'un an pour la prescription en matière de responsabilité ?

Aucune clause FIDIC concernée.

La première question était de savoir si le contrat entre les parties comprenait seulement des correspondances échangées entre les parties (et était un contrat d'entreprise (*Werkvertrag*) conforme aux dispositions des §§ 631 *et seq.* du BGB<sup>56</sup> conclu au moyen de correspondances) ou intégrait le contrat du Livre blanc FIDIC où figure la clause 17 qui stipule que :

[N]i le client ni le consultant ne seront considérés responsables d'une perte ou d'un dommage résultant d'un quelconque incident à moins qu'un recours soit déposé officiellement contre lui avant l'expiration du délai correspondant précisé dans la partie II, ou à une date plus rapprochée pouvant être prescrite par la loi.<sup>57</sup>

La partie II prévoyait une responsabilité d'une durée d'un an « calculée » à compter du 22 mai 1995 qui était la date approximative de début des travaux (les travaux ayant été achevés le 15 ou 29 juin 1995).

Le demandeur/client affirmait, entre autres, que le défendeur/consultant ne pouvait pas s'attendre à ce que le demandeur/client donnât son accord sur des clauses contractuelles qui « comparativement à l'équilibre qui doit normalement prévaloir dans des contrats de ce type, créaient un déséquilibre considérable ». D'après le demandeur/client, les clauses 17 et 18.1 de la partie II (qui limitaient aussi la responsabilité du défendeur à 250 000 DM) provoqueraient un déséquilibre entre les parties ; il faisait valoir que :

Dans le guide du contrat FIDIC, le chiffre de dix (10) ans est recommandé au titre du délai de prescription. Il est suggéré en outre que le délai commence à courir à compter de l'achèvement ou de l'arrêt de la prestation de services. Cette durée doit être comparée avec celle d'un (1) an à compter du début de la prestation de services que le défendeur prétend avoir été convenue entre les parties. Cette période n'est pas raisonnablement assez longue et il aurait été possible que la responsabilité du [défendeur] soit couverte par le délai de prescription antérieurement à l'achèvement de la prestation de services du [défendeur].<sup>58</sup> (Soulignement ajouté)

Après l'examen des faits, le tribunal a conclu que bien que les parties n'aient jamais signé le contrat (Livre blanc) FIDIC, celui-ci faisait partie du contrat qu'elles avaient conclu par correspondance, et il a déclaré :

Les parties avaient précédemment clairement manifesté leur intention de conclure le contrat FIDIC et s'étaient mises d'accord sur sa rédaction en échangeant divers points de vue et projets de rédaction pour chacune des clauses. Le [demandeur] devait savoir que le [défendeur] présumait que le contrat était valable entre les parties même en l'absence de leurs signatures conjointes sur le contrat FIDIC. Selon le droit allemand (§ 127 du BGB), l'échange de projets écrits est suffisant pour former un contrat écrit. Le [demandeur] devait de ce fait formuler ses objections avant le 30 juin 1995 [date limite fixée par le défendeur au demandeur pour discuter de la dernière version du contrat FIDIC] s'il ne voulait pas être lié par la version dactylographiée du contrat FIDIC envoyée au [demandeur]. Le [demandeur] n'a jamais formulé d'objection et est par conséquent engagé vis-à-vis du contrat FIDIC, par voie de passivité.

Ainsi, la majorité des arbitres concluent que le contrat FIDIC dans son intégralité a été valablement convenu entre les parties.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch* (code civil allemand).

<sup>57</sup> Extraits, page 99, § 6.2.3.

<sup>58</sup> Extraits, page 100, § 6.2.4.

<sup>59</sup> Extraits, page 100, § 6.2.6.

Commentaires :

La sentence illustre une pratique assez courante concernant les contrats FIDIC : comme ils sont bien connus dans l'industrie de la construction, ils sont souvent inclus par référence dans les contrats des parties, sous réserve d'accords particuliers entre les parties concernant le contenu de la partie II, et ce sans être intégrés matériellement dans un contrat ou un ensemble de documents contractuels.

Question n° 2 : Le délai d'un an pour la prescription en matière de responsabilité inclus dans un contrat du Livre blanc FIDIC est-il valable en droit allemand ?

Clause FIDIC concernée : 17 du Livre blanc FIDIC (deuxième édition).

La majorité du tribunal a examiné la question de savoir si le délai de prescription d'un an de la clause 17 était valable en droit allemand et faisait ainsi obstacle à la demande du demandeur/client. La majorité a conclu que la demande du demandeur/client était forclosée :

Le [défendeur] s'est engagé à réaliser une prestation pour le [demandeur]. Le [défendeur] devait effectuer les calculs relatifs à la conception faisant l'objet de l'offre et les remettre au [demandeur] avant le 30 juin 1995. Les arbitres ont donc qualifié le contrat FIDIC, tel qu'il avait été conclu par les parties, de contrat d'entreprise [en droit allemand].

Les arbitres n'ont pas conclu que le délai de prescription convenu par les parties devrait être frappé de nullité en vertu du droit allemand. Une réduction du délai de prescription légal est autorisée selon les termes de la 2<sup>e</sup> phrase du § 225 du BGB. La réduction du délai de prescription a été proposée par le [défendeur] et a été acceptée par le [demandeur] comme en témoigne l'annexe de la lettre du 13 juin 1995. La réduction a donc été convenue entre deux parties commerciales. La réduction du délai de prescription convenue par deux parties commerciales dotées d'un égal pouvoir de négociation ne peut pas être considérée comme étant abusive et ne peut créer un déséquilibre excessif entre les parties.

Par ailleurs, la réduction ne transgresse pas non plus les principes du § 9 de l'AGBG <sup>[60]</sup>, puisque celui-ci n'est pas applicable. Les insertions dans la partie II doivent être spécialement rédigées par les parties pour chaque contrat individuel. Les dispositions de la partie II sont dénuées de signification tant que les blancs ne sont pas remplis par les parties. L'insertion concernant la réduction du délai de prescription n'est donc pas une condition générale formulée d'avance mais une disposition spécifique qui a été convenue à titre particulier entre les parties.

La réclamation du [demandeur] était donc forclosée avant le dépôt de la demande d'arbitrage à la CCI et la demande n'est donc pas recevable. <sup>61</sup>

Commentaires :

L'affaire montre que même des délais de prescription relativement courts (1 année) peuvent être valables, bien qu'il soit inhabituel de les faire commencer à partir du début de la prestation de services, comme ce fut le cas ici.

<sup>60</sup>  
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (code civil autrichien).

<sup>61</sup>  
Extraits, pages 100-101, § 6.3.3.

#### **IV. Question ne portant pas sur les Conditions FIDIC : répartition des frais dans les arbitrages concernant la construction**

Etant donné que les litiges internationaux en matière de construction sont souvent complexes sur le plan des faits et/ou sur le plan technique, impliquent des documents volumineux et le témoignage d'experts, le montant des frais d'arbitrage (réels ou anticipés) peut peser lourdement sur la décision d'une partie de recourir ou non à l'arbitrage et sur les modes de résolution des litiges. Par conséquent, bien que n'impliquant pas des contrats FIDIC, les deux sentences suivantes présentent un intérêt car elles concernent des arrangements spéciaux pour la répartition ou le paiement des honoraires d'avocats et les frais en matière d'arbitrage dans le domaine de la construction. De l'avis de l'auteur du présent article, l'offre de type dit « *Calderbank* » (voir l'affaire n° 11499), tout particulièrement, devrait être beaucoup mieux connue et beaucoup plus largement utilisée dans les arbitrages internationaux que cela est le cas actuellement.

##### **A. Accord sur les honoraires conditionnels – Sentence finale dans l'affaire n° 11813**

La sentence a été rendue en octobre 2005 et le lieu de l'arbitrage était Londres au Royaume-Uni.

Conformément à l'article 31 du Règlement de la CCI, une sentence finale doit fixer les frais de l'arbitrage et décider de leur répartition entre les parties. Comment un tribunal arbitral doit-il procéder pour la répartition des frais lorsqu'il existe un accord relatif à des honoraires de résultat, c'est-à-dire des pactes de *quota litis* ?

Telle était la question dans une affaire impliquant deux demandeurs/entrepreneurs allemands qui avaient conclu un contrat de construction avec un défendeur/maître d'ouvrage égyptien pour la conception, la fourniture et la construction de certains ouvrages en Egypte. Des différends sont survenus entre les parties et le règlement de certains d'entre eux a fait l'objet d'une sentence partielle. L'un des points de la sentence finale portait sur la question de savoir si, et comment, les demandeurs/entrepreneurs pouvaient faire mettre à la charge de leur adversaire les honoraires payés ou payables à leur avocat en cas de réussite.

Cette question a été traitée de la manière suivante par le tribunal arbitral qui (comme il est mentionné ci-dessus) siégeait à Londres :

83. [...] le Tribunal n'est pas persuadé qu'il serait justifié d'imposer au [défendeur] de supporter les frais d'honoraires conditionnels alors que le [premier demandeur] n'a pas révélé au [défendeur] l'existence de l'accord d'honoraires conditionnels. Le fait que le [premier demandeur] espérait que l'arbitrage se déroulerait à Paris et serait régi par le droit procédural français ne peut être pris en compte. Comme il a été clairement indiqué dans la deuxième sentence partielle (au paragraphe 12), le siège de l'arbitrage est Londres en Angleterre. Ceci était évident dès le début de la procédure et quelles qu'aient été les attentes initiales du [premier demandeur], il a su dès ce moment là que l'Angleterre serait le siège de l'arbitrage et que la loi de 1996 sur l'arbitrage et autres *lex arbitri* anglaises pertinentes s'appliqueraient.

84. En droit anglais, une partie qui a gain de cause ne peut pas recouvrer le montant d'honoraires conditionnels auprès de son adversaire à moins que celui-ci ait été avisé (suffisamment tôt) de l'existence d'un tel accord. La logique de cette règle de droit anglais est que l'adversaire doit être informé de ce risque additionnel d'avoir à prendre à sa charge le paiement d'honoraires conditionnels s'il décide de poursuivre la procédure. Par

conséquent, selon la législation anglaise, les accords d'honoraires conditionnels qui ne satisfont pas aux exigences de la législation principale et secondaire (par exemple, l'obligation de notifier à l'autre partie l'existence d'un tel accord) ne sont pas considérés conformes au droit et ne peuvent donc pas être appliqués.

85. Il est vrai que la règle susmentionnée est applicable, selon ses termes, dans une procédure judiciaire anglaise et pas forcément dans des arbitrages internationaux dont le siège est en Angleterre. Néanmoins, tout comme la règle anglaise, selon laquelle les frais sont à la charge de la partie contre laquelle la sentence est prononcée, s'applique généralement dans l'arbitrage international lorsque le siège est à Londres, l'approche générale à l'égard des accords relatifs aux honoraires conditionnels devrait elle aussi guider la répartition des frais dans l'arbitrage international. Cela est d'autant plus vrai que l'objet de cette règle (à savoir que la partie devrait avoir connaissance de tout accord particulier en matière d'honoraires en vertu duquel elle pourrait avoir à supporter des frais supplémentaires, avant de les voir mis à sa charge en application d'un tel accord) s'applique dans l'arbitrage international aussi bien que dans les procédures judiciaires nationales.

86. Il est incontestable que l'accord relatif aux honoraires conditionnels n'a pas été révélé au [défendeur] par le [premier demandeur]. C'est aussi pour cette raison que le Tribunal rejeterait les honoraires conditionnels demandés par le [premier demandeur].<sup>62</sup>

#### Commentaires :

En conséquence, malgré l'article 15 du Règlement de la CCI (qui prévoit l'autonomie de la procédure arbitrale par rapport aux règles de procédure des droits nationaux, y compris le droit national du lieu de l'arbitrage), une partie doit toujours être attentive au droit procédural du lieu de l'arbitrage, et sans doute surtout lorsque Londres est le lieu de l'arbitrage (il y a lieu de faire observer que le tribunal a considéré que la règle anglaise, selon laquelle les frais sont à la charge de la partie contre laquelle la sentence est prononcée, s'appliquait à l'arbitrage international lorsque Londres était le lieu de l'arbitrage). Il s'ensuit de cette sentence que lorsqu'un arbitrage international se tient à Londres, une partie qui a passé un accord d'honoraires conditionnels avec son avocat ou son cabinet d'avocats doit révéler l'existence de cet accord si elle veut être en mesure de mettre ces honoraires à la charge de son adversaire. De plus, puisque cette révélation semble de toute façon légitime et raisonnable (l'adversaire devant être informé du risque supplémentaire d'avoir à payer des honoraires conditionnels s'il décide de poursuivre la procédure), on pourrait penser que ce principe devrait s'appliquer de manière générale dans l'arbitrage international, quel que soit le lieu de l'arbitrage.

#### **B. Offre de type « *Calderbank* » (ou « soumission cachetée ») – Sentence finale dans l'affaire n° 11499**

La sentence a été rendue en mars 2003 et le lieu de l'arbitrage était Wellington en Nouvelle-Zélande<sup>63</sup>.

La sentence finale de cette affaire sur les frais comportait un examen de la question de savoir si une offre de transaction faite avant l'arbitrage par le défendeur/maître d'ouvrage constituait une « offre *Calderbank* », ce qui nécessite une brève explication de la signification d'une telle offre.

<sup>62</sup>  
Extraits, pages 109-110, § 83-86.

<sup>63</sup>  
Voir, pour un résumé des faits, la partie II.B ci-dessus (qui se rapporte à la sentence partielle rendue dans la même affaire CCI).

Dans les arbitrages de la CCI, comme dans la procédure civile en Angleterre, les honoraires et frais d'avocat sont généralement accordés à la partie qui a gain de cause, dans la limite du raisonnable, quelle que soit la définition de « avoir gain de cause » dans une affaire donnée. Assez souvent, dans les affaires relatives à la construction, les honoraires et frais d'avocat peuvent représenter une grande proportion du montant en litige. En conséquence, le risque pour un défendeur, d'être tenu de payer les honoraires et frais d'avocat du demandeur peut représenter un facteur important qu'un défendeur doit prendre en compte lorsqu'il décide d'entamer ou de poursuivre un arbitrage international en matière de construction <sup>64</sup>.

« L'offre *Calderbank* » est une offre écrite de régler à l'amiable un litige soumis à l'arbitrage ou faisant l'objet d'une action en justice, qui est faite par l'une des parties à l'autre partie, « sous réserve, à l'exception des frais ». L'offre a comme effet que si l'autre partie la refuse et ne parvient pas ensuite à obtenir une sentence plus favorable en poursuivant la procédure, un tribunal arbitral bien au fait de cette procédure devrait adjuger à la partie qui avait fait l'offre un montant raisonnable d'honoraires et de frais d'avocat après l'expiration de l'offre (ou son rejet). Cette solution se justifie par le fait que si l'offre avait été acceptée au moment où elle a été faite, ces honoraires et frais d'avocat auraient pu être évités <sup>65</sup>.

L'offre *Calderbank* peut donc être une procédure utile pour les défendeurs <sup>66</sup> car, en plus de limiter potentiellement leur responsabilité vis-à-vis des honoraires et frais d'avocat à venir, elle peut inciter le destinataire de l'offre (le demandeur) à accepter une transaction pour un litige ou une affaire si l'offre est raisonnable. Lorsque l'offre *Calderbank* donne lieu à une transaction entre les parties, aucune sentence n'est généralement rendue, et il n'est donc pas rendu compte de l'affaire.

Dans l'affaire n° 11499, le défendeur/maître d'ouvrage a affirmé qu'il avait soumis une offre *Calderbank* après la date de réception provisoire des travaux et avant le commencement de la procédure d'arbitrage :

Au moment où le demandeur [l'entrepreneur] a pour la première fois présenté sa demande au défendeur [le maître d'ouvrage] de façon structurée, après la date de réception provisoire des travaux et avant le commencement de la procédure d'arbitrage, il a refusé une offre de transaction du défendeur faite sous réserve, à l'exception des frais [...] <sup>67</sup>

Le demandeur/entrepreneur a affirmé que l'offre du défendeur/maître d'ouvrage n'était pas une véritable offre *Calderbank* <sup>68</sup>. Sur ce point, le tribunal s'est prononcé en faveur du demandeur pour les raisons suivantes :

- (1) l'offre avait été faite et retirée avant l'achèvement et deux ans avant le commencement d'un arbitrage ; et
- (2) elle ne correspondait pas entièrement à la demande qui avait été finalement soumise à l'arbitrage.

<sup>64</sup> De même, si le défendeur introduit une demande reconventionnelle, le demandeur peut à son tour se trouver dans une situation comparable à celle du défendeur et être amené à formuler une telle offre, lui aussi.

<sup>65</sup> Voir P. Anjomshoaa, « Costs Awards in International Arbitration and the Use of « Sealed Offers » to Limit Liability for Costs » (2007) 10 *International Arbitration Law Review* 38 pour de plus amples précisions sur l'offre *Calderbank*.

<sup>66</sup> Il en va de même pour les demandeurs lorsqu'ils sont visés par une demande reconventionnelle.

<sup>67</sup> Extraits, page 107, § 4.2(b).

<sup>68</sup> Extraits, page 107, § 5.2.

Le tribunal a également formulé les commentaires suivants :

7.2 [...] les autorités juridiques citées par le demandeur montrent que :

- (a) Une offre de transaction doit être dépourvue d'ambiguïté et claire ;
- (b) Le destinataire de l'offre doit disposer de la possibilité et d'un délai raisonnable pour évaluer les forces et faiblesses des arguments de la partie adverse ;
- (c) Le fait qu'une partie qui n'a pas gain de cause perde son procès ne signifie pas nécessairement qu'elle n'a pas agi de manière raisonnable en refusant l'offre initiale, au moment de son refus ;
- (d) Le fait que l'offre initiale était raisonnable ne signifie pas qu'il n'était pas raisonnable de la refuser à ce moment là.<sup>69</sup>

Le tribunal a donc conclu que l'offre ne devait pas être considérée comme étant une offre *Calderbank*<sup>70</sup>.

#### Commentaires :

Alors qu'il a été constaté que le défendeur/maître d'ouvrage n'avait pas utilisé la procédure de l'offre *Calderbank* de manière efficace dans cette affaire, l'auteur du présent article a été impliqué dans une affaire où cette procédure a été utilisée de manière satisfaisante pour le compte d'un défendeur dans un arbitrage CCI en matière de construction. Il s'agissait d'une demande d'arbitrage introduite par un sous-traitant asiatique à l'encontre d'un entrepreneur qui était une coentreprise composée d'entreprises européennes et asiatiques, non dotée de la personnalité juridique. Cette affaire a été décrite brièvement dans un article publié<sup>71</sup>. Dans les trois à quatre semaines suivant l'offre de l'entrepreneur, celle-ci a été acceptée et l'affaire a fait l'objet d'une transaction. Dans cette affaire, le siège de l'arbitrage était Londres et, alors que le président du tribunal arbitral était un juriste de droit romano-germanique, les deux arbitres désignés par les parties étaient anglais et le demandeur était représenté dans l'arbitrage par un consultant anglais en matière de réclamations de construction.

Alors que la procédure de l'offre *Calderbank* est bien connue en Angleterre, elle n'est pas encore assez connue dans les arbitrages internationaux en matière de construction, selon l'auteur du présent article. De ce fait, il est particulièrement important, si l'on a recours à cette procédure dans une affaire internationale, que la signification et les conséquences de la procédure soient expliquées en détail dans la lettre ou le document contenant l'offre, de sorte que toutes les parties (y compris, le cas échéant, les arbitres) soient informées, afin de réduire le risque d'objections relatives à sa signification et à son effet<sup>72</sup>.

**69**

Extraits, pages 107-108, § 7.2.

**70**

Extraits, page 108 § 7.3-7.7.

**71**

P. Anjomshoaa, *supra* note 65.

**72**

Pour un exemple d'une offre *Calderbank* insuffisamment explicite et donc n'ayant pas pu produire l'effet souhaité dans un arbitrage international, voir J. Wood, « Protection Against Adverse Costs' Awards in International Arbitration » (2008)

74 *Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 139.

# Bulletin

---

## Cour internationale d'arbitrage

---

### de la CCI

*Une publication au rayonnement mondial sur l'arbitrage commercial international*

**Depuis 1990**, le Bulletin apporte aux juristes et au monde des entreprises une information de premier ordre sur les services de règlement des différends de la CCI et, plus généralement, sur le droit de l'arbitrage.

**D'une portée pleinement internationale**, le Bulletin est distribué dans plus de 100 pays à travers le monde. Il paraît trois fois par an, en version anglaise et française séparée - chaque numéro comportant aujourd'hui plus de 100 pages.

**Sa formule unique** de commentaires, actualités et documents de référence comprend : des rapports et statistiques sur l'arbitrage CCI et les autres modes de règlement des différends de la CCI ; des extraits inédits de sentences arbitrales CCI, accompagnés d'analyses, des articles de spécialistes renommés sur l'arbitrage CCI et sur l'évolution du droit de l'arbitrage à l'échelle mondiale.

**Les auteurs du Bulletin** comptent de nombreux arbitres originaires du monde entier ainsi que des membres de Secrétariat de la Cour. Ils ont tous une expérience directe de l'application des règlements de la CCI. Leurs contributions sont rédigées du point de vue de diverses cultures et traditions juridiques.

**Le lecteur** - qu'il soit à la recherche de conseils pratiques, soucieux d'enrichir sa documentation, ou qu'il souhaite simplement suivre l'évolution des services de règlement des différends de la CCI - trouvera dans le Bulletin un outil de référence répondant à ses besoins quotidiens.

**Toutes informations et commandes en ligne sur le site :**  
[www.iccbooks.com](http://www.iccbooks.com)



---

**Le Bulletin est maintenant accessible en ligne à la bibliothèque de la CCI : la DRL**

Cette base de données dynamique donne un accès immédiat à plus de mille documents issus des publications clés de la CCI portant sur le règlement des différends. Avec des outils de recherche et d'aide à la navigation intuitifs, elle permet une recherche d'informations rapide et efficace.

**Essais gratuits sur le site : [www.iccdrl.com](http://www.iccdrl.com)**