

CONTENTIEUX DES CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION :

COMMENTAIRE DE SENTENCES CCI RELATIVES
AUX CONDITIONS FIDIC POUR LES CONTRATS INTERNATIONAUX

**INTERNATIONAL CONSTRUCTION CONTRACT DISPUTES:
COMMENTARY ON ICC AWARDS DEALING
WITH THE FIDIC INTERNATIONAL CONDITIONS OF CONTRACT**

Christopher R. SEPPALA*

This article is a brief commentary on extracts from twelve ICC awards dealing with disputes that have arisen in relation to the second (1969) and third (1977) editions of the "FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction" (the "FIDIC Conditions"), published in the May 1998 and November 1998 issues of the Bulletin of the ICC International Court of Arbitration.

The FIDIC Conditions are the best known and probably most widely used international standard form of construction contract conditions. The first edition of this form, published in 1957, was based on an English domestic standard form: the English Institution of Civil Engineers (ICE) Conditions. However, in subsequent editions (a second edition published in 1969, a third in 1977 and a fourth in 1987), the FIDIC Conditions have become progressively more "international" in style and content, while retaining a Common Law orientation.

Since the first edition, the FIDIC Conditions have provided for roughly the same procedure for the resolution of disputes. Disputes have had first to be referred to "the engineer" for decision and, if the contractor or employer did not accept his decision, to arbitration. The FIDIC Conditions have always provided for ICC arbitration although the parties are, of course, free to replace it with another system of arbitration if they prefer.

Cet article est un bref commentaire d'extraits de 12 sentences CCI rendues à propos de litiges intéressant les 2^e (1969) et 3^e (1977) éditions des FIDIC (1) Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (les « Conditions FIDIC »), publiées dans le numéro de mai 1998 et dans le numéro de novembre 1998) du Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI (2).

Les Conditions FIDIC constituent le modèle de contrat de construction international le plus connu et probablement le plus utilisé. La 1^{re} édition de ce modèle, publiée en 1957, était inspirée d'un contrat-type anglais, de droit interne : le modèle de la English Institution of Civil Engineers (Conditions ICE). Cependant, dans les éditions ultérieures (2^e édition publiée en 1969, 3^e en 1977 et 4^e en 1987), les Conditions FIDIC sont devenues progressivement plus « internationales » dans leur style et leur contenu tout en conservant la marque de la Common Law.

Depuis la 1^{re} édition des Conditions FIDIC, le mécanisme de résolution des litiges est à peu près le même. Les litiges doivent d'abord être soumis à la décision de « l'ingénieur » (3) et, dans l'hypothèse où l'entrepreneur ou le maître de l'ouvrage conteste cette décision, à l'arbitrage. Les Conditions FIDIC ont toujours prévu un arbitrage CCI même si, bien entendu, les parties sont libres de choisir un autre système d'arbitrage (4).

* Avocat aux barreaux de Paris et New-York ; associé, White and Case, résidant à Paris ; et conseiller juridique depuis 1994 du groupe de travail FIDIC pour la mise à jour des Conditions FIDIC.

Les Conditions FIDIC ont commencé à être largement utilisées au niveau international, et spécialement au Moyen Orient, avec le boom de la construction dans les pays producteurs de pétrole, consécutif au choc pétrolier de 1973. Compte tenu de la complexité des projets de construction internationale et des risques (et profits) élevés qu'ils génèrent en général, les contrats de construction adhérant aux Conditions FIDIC (comme à d'autres conditions-type) ont donné lieu à un grand nombre d'arbitrages CCI dans la période allant de 1980 à 1995. Dans les années 80, les litiges relatifs à la construction représentaient plus de 20 % des affaires soumises à l'arbitrage CCI. Même si leur importance diminue, ils représentaient encore environ 14 % des affaires soumises à l'arbitrage CCI en 1997 (5).

Une première série de sentences CCI relatives à des contrats de construction soumis aux Conditions FIDIC fut publiée dans le Vol. 2/N° 1 du Bulletin en 1991. Les sentences publiées dans le numéro de mai 1998 et dans le numéro de novembre 1998 constituent donc la seconde série de sentences CCI sur ce sujet dans cette publication. Des sentences CCI relatives aux Conditions FIDIC ont également été publiées dans d'autres revues (6).

Bien qu'aucune des sentences commentées ici ne traite de l'actuelle 4^e édition des Conditions FIDIC (1987), qui a résolu certains des problèmes soulevés dans ces sentences, elles contiennent toutefois des décisions intéressantes pour les praticiens de l'arbitrage commercial international. Même si ce commentaire est concentré sur les décisions ayant un intérêt actuel, il faut savoir que la 3^e édition des Conditions FIDIC est toujours utilisée (par exemple dans les contrats de construction du programme russe pour la construction de logements destinés aux troupes russes qui sont revenues d'Allemagne) et, en conséquence, fait et continuera probablement de faire l'objet d'arbitrages dans les années à venir. Un certain nombre de sentences de cette deuxième série sont relatives à la procédure de résolution des litiges par l'ingénieur prévue à la Clause 67 des Conditions FIDIC (cf. ci-dessous) ; même si l'ingénieur est progressivement remplacé dans cette fonction par un « Comité de résolution des litiges » (Dispute Adjudication Board (7)), les décisions relatives à la résolution des litiges par l'ingénieur peuvent rester valables pour la résolution des litiges par le Board. Dès lors, les sentences relatives aux 2^e et 3^e éditions des Conditions FIDIC continuent d'être d'actualité.

Les sentences de cette deuxième série traitent essentiellement de 6 sujets :

Beginning with the construction boom in the oil producing countries, which followed the quadrupling of world oil prices in 1973, the FIDIC Conditions became widely used internationally, especially in the Middle East. Given the complexity of international construction projects and the high risks (and profits) they often entail, construction contracts incorporating the FIDIC Conditions (as well as other conditions) gave rise to a significant number of ICC arbitrations in the period 1980 to 1995. Construction disputes represented over 20 per cent of the cases submitted annually to ICC arbitration in the 1980s. While their importance has diminished, they continued to represent approximately 14 per cent of the cases submitted to ICC arbitration in 1997.

A first series of ICC awards dealing with construction contracts referring to the FIDIC Conditions was published in Vol. 2, No. 1 of the Bulletin in 1991. While ICC awards dealing with the FIDIC Conditions have also been published elsewhere, the awards published in the May and November issues of this Bulletin constitute the second series of ICC awards dealing with this subject to appear in this publication.

Although none of the awards in this second series deals with disputes under the current fourth (1987) edition of the FIDIC Conditions, and the fourth edition resolved certain of the issues raised by these awards, they nevertheless contain decisions of interest to practitioners of international commercial arbitration. While the emphasis in this commentary is on rulings of current interest, the third (1977) edition of the FIDIC Conditions continues in use (e.g., in construction contracts for Russia's major program for the building of housing for Russian troops that have returned from Germany) and, therefore, is, and is likely to continue to be, the subject of arbitrations for years to come. While a number of awards in this second series deal with the procedure for the resolution of disputes by the engineer under Clause 67 of the FIDIC Conditions (as discussed below), and while the engineer is progressively being replaced in this role by a Dispute Adjudication Board, rulings in relation to the resolution of disputes by the engineer may remain relevant to the resolution of disputes by the Board. Thus, awards dealing with the second (1969) and third (1977) editions of the FIDIC Conditions can continue to be of current interest.

The awards in this second series deal principally with six subjects, as follows:

(1) clause 67, the disputes clause in the FIDIC Conditions,

(2) multi-party arbitration and, in particular, whether a contractor, who has a dispute with its subcontractor, may join the subcontractor in an arbitration between the contractor and the employer,

(3) "pay when paid" clauses in subcontracts,

(4) termination of the contractor for default (Clause 63),

(5) damages that are payable where an advance payment is paid late, and

(6) whether the FIDIC and ENAA forms constitute trade usages.

We will comment on the awards below by reference to these six subjects.

I. CLAUSE 67, THE DISPUTES CLAUSE IN THE FIDIC CONDITIONS

Of the twelve awards published, no fewer than eight deal in whole or in part with issues under Clause 67. This confirms – if confirmation were necessary – how important it has always been for the parties (and, in particular, the contractor, who will usually be the claimant) to understand and comply strictly with the pre-arbitral procedure set out in that clause before commencing arbitration.

It will be recalled that, under the FIDIC Conditions, third edition, Clause 67 provided for, basically, a four-step procedure to be followed before a matter could be submitted to arbitration:

(i) a "dispute or difference" had to exist between the employer (or the engineer) and the contractor as to such matter, e.g., this might be the case where a claim of the contractor had been rejected by the engineer, acting on behalf of the employer;

(ii) the dispute must have been referred to the engineer for decision;

(iii) the engineer must have decided the dispute, or failed to take a decision, within 90 days of the referral; and

(iv) within 90 days of the engineer's decision, or of the expiry of the 90-day period for the engineer to act, the contractor could require the dispute to be

(1) la clause de résolution des litiges des Conditions FIDIC, Clause 67,

(2) l'arbitrage multipartite et, en particulier, la question de savoir si un entrepreneur, en litige avec son sous-traitant, peut attirer celui-ci dans l'arbitrage qui l'oppose au maître de l'ouvrage,

(3) les clauses «pay when paid» dans les sous-contrats,

(4) la résiliation du contrat pour faute de l'entrepreneur (clause 63),

(5) les dommages et intérêts dus en cas de versement tardif d'une avance, et

(6) si les Conditions FIDIC et ENAA constituent des usages du commerce.

Le présent commentaire procédera selon cet ordre.

I. LA CLAUSE 67 DE RÉOLUTION DES LITIGES DANS LES CONDITIONS FIDIC

Parmi les 12 sentences, pas moins de huit traitent, en totalité ou en partie, de questions relatives à la Clause 67. Cela confirme, s'il en était besoin, l'importance pour les parties (et en particulier l'entrepreneur, généralement demandeur) de bien connaître et de respecter strictement la procédure pré-arbitrale qui est prévue dans cette clause (8), avant d'introduire l'arbitrage.

Il convient de rappeler que la Clause 67 des Conditions FIDIC, dans sa rédaction issue de la 3^e édition, impose le respect d'une procédure en quatre étapes avant qu'une question ne puisse être soumise à l'arbitrage :

(i) un «litige ou différend» doit exister entre le maître de l'ouvrage (ou l'ingénieur) et l'entrepreneur relativement à cette question, ce qui peut être le cas, par exemple, lorsqu'une réclamation de l'entrepreneur a été rejetée par l'ingénieur agissant au nom du maître de l'ouvrage ;

(ii) le litige doit avoir été soumis à l'ingénieur pour décision ;

(iii) l'ingénieur doit avoir résolu le différend, ou ne pas avoir rendu de décision, dans un délai de 90 jours à compter de sa saisine ;

(iv) dans un délai de 90 jours à compter de la décision de l'ingénieur, ou à compter du terme de la période de 90 jours impartie à l'ingénieur pour rendre sa décision, l'entrepre-

neur peut soumettre le litige à l'arbitrage CCI ; à défaut, la décision de l'ingénieur, si elle existe, devient « définitive et obligatoire » entre les parties.

Les huit sentences traitant de la Clause 67 concernent des problèmes différents qu'il convient d'aborder distinctement.

A. Lorsque le maître de l'ouvrage n'a jamais nommé d'ingénieur, l'entrepreneur peut-il directement procéder à l'arbitrage (affaires No 6276 et No 6277 de 1990) ?

Dans les affaires No 6276 et No 6277 de 1990, il apparaît que le maître de l'ouvrage n'avait jamais nommé d'ingénieur dans les conditions habituelles. Les fonctions de l'ingénieur (autres que celles relatives à la résolution des litiges selon la Clause 67) étaient exercées par diverses personnes physiques ou « organes collectifs », selon les circonstances. Le demandeur (entrepreneur) en déduit qu'il était libéré de l'obligation de soumettre les litiges à l'ingénieur selon la Clause 67, compte tenu du fait que le maître de l'ouvrage ne lui avait jamais notifié par écrit le nom de l'ingénieur qui était investi de la fonction pré-arbitrale.

Le tribunal arbitral ne suivit pas cette analyse en décidant que :

« le demandeur... avait l'obligation de mettre le défendeur (maître de l'ouvrage) en demeure de lui indiquer le nom de l'ingénieur à qui le différend devait être soumis. C'est seulement s'il s'était heurté à un refus du défendeur, ou en l'absence de réponse de celui-ci, que le demandeur aurait pu être dispensé de respecter cette phase pré-arbitrale ».

Le tribunal en conclut que le demandeur n'avait pas satisfait aux exigences préalables à l'arbitrage édictées par la Clause 67 et, par conséquent, que la demande d'arbitrage était « prématurée ». Le tribunal décide que le demandeur aurait dû exiger du défendeur (maître de l'ouvrage) qu'il désigne un ingénieur auquel il aurait soumis le litige avant de saisir le tribunal arbitral.

Cette affaire illustre à nouveau l'importance pour le demandeur (habituellement, l'entrepreneur) de s'assurer qu'il a satisfait à toutes les conditions requises avant d'engager une procédure d'arbitrage. À défaut, il s'expose au risque qu'après des mois, sinon des années, de procédure arbitrale, sa demande d'arbitrage soit déclarée irrecevable

referred to ICC arbitration; otherwise, the decision, if any, of the engineer would become "final and binding" on the parties.

The eight awards dealing with Clause 67 concern a number of different issues dealing with this clause, as discussed below.

A. Where the Employer has Never Appointed an Engineer, May the Contractor Proceed Directly to Arbitration (Cases No. 6276 and 6277 [1990])?

In case Nos. 6276 and 6277 [1990], the employer appears never to have appointed an engineer in the usual way. Instead the functions of the engineer (other than in relation to the settlement of disputes under Clause 67) had been performed by various individuals or "collective organizations", varying according to the circumstances. In this situation, the claimant (the contractor) concluded that it was relieved from having to refer disputes to the engineer under Clause 67 as the employer had never notified it in writing of the name of the engineer who was specifically authorized to discharge that pre-arbitral function.

However, the arbitral tribunal disagreed, stating that:

"the Claimant... was under a duty to put the Defendant (Employer) on notice to indicate to it the name of the Engineer to whom the dispute could be submitted. It was only if it had met with a refusal or in the event of the failure to reply on the part of the Defendant that the Claimant could have been dispensed from complying with this pre-arbitral phase".

Accordingly, the tribunal concluded that the claimant had not satisfied the pre-requisite for arbitration set forth in Clause 67 and, consequently, that the request for arbitration was "premature". The tribunal stated that the claimant should have demanded that the defendant (employer) designate an engineer to whom to submit the dispute before it came before the tribunal.

This case illustrates again how important it is for the claimant (usually, the contractor) to ensure that it has satisfied all conditions to arbitration before embarking on such a proceeding. Otherwise, it runs the risk that, after months if not years of arbitral proceedings, its request for arbitration will be dismissed

as "premature", resulting not only in loss of time and expense for the claimant but handing an important psychological victory to the defendant.

B. What is Required in Order for a Party to Make a Valid Submission to the Engineer under Clause 67 (Cases No. 6238 [1989] and 6535 [1992])?

Two cases deal with different aspects of this issue: case Nos. 6238 [1989] and 6535 [1992].

Case No. 6535 [1992] dealt with the question of whether a "dispute" must exist as to a matter before such matter may be referred to the engineer for decision under Clause 67. In that case, the contractor had sent certain letters to the engineer claiming relief under specified provisions of the FIDIC Conditions, namely, Clause 44 (dealing with applications for extension of time) and Clause 52 (dealing with payment for variations). The contractor asked the tribunal, nevertheless, to consider these letters as amounting to referrals of disputes to the engineer for his decision under Clause 67. Quite properly, the tribunal refused to do so, stating that:

"before a claim or contention can constitute a dispute to be referred under Clause 67, it must first have been submitted and rejected under the contract. It follows that if the matters submitted to the Engineer are claims which have not previously been rejected, they cannot be regarded as submitted under Clause 67 whatever language is used in the submission".

As the claims had not been submitted to the engineer and been rejected by him (thereby constituting "disputes"), before the contractor had invoked Clause 67, the tribunal held that the contractor had not complied with Clause 67 and that, therefore, the tribunal had no jurisdiction over the claims advanced.

The consequence of this decision was fairly dramatic for the contractor, as it resulted in the dismissal of 216 claims which the contractor had sought to refer to arbitration. Of course, nothing would prevent the

comme étant « prématurée » avec pour résultat, non seulement une perte de temps et d'argent pour lui, mais aussi une importante victoire psychologique pour le défendeur.

B. Quelles sont les conditions d'une soumission valable du litige à l'ingénieur dans le cadre de la Clause 67 (affaires No 6238 de 1989 et No 6535 de 1992) ?

Deux affaires abordent différents aspects de cette question : l'affaire No 6238 de 1989 et l'affaire No 6535 de 1992.

L'affaire No 6535 de 1992 traitait de la question de savoir si, aux termes de la Clause 67, un « litige » doit exister relativement à une question avant que celle-ci ne soit soumise à l'ingénieur pour décision. Dans cette affaire, l'entrepreneur avait envoyé un certain nombre de lettres à l'ingénieur portant diverses réclamations sur le fondement de certaines stipulations des Conditions FIDIC, notamment la clause 44 (relative aux cas d'extension des délais) et la clause 52 (relative aux paiements pour variations). L'entrepreneur demandait au tribunal que ces lettres soient malgré tout considérées comme valant soumission du litige à l'ingénieur pour décision selon la Clause 67. À juste titre, le tribunal rejeta cette demande en affirmant :

« avant qu'une réclamation ou prétention puisse constituer un litige dont on peut saisir l'ingénieur dans le cadre de la clause 67, elle doit d'abord avoir été présentée puis rejetée dans le cadre des relations contractuelles. Il s'ensuit que si ce qui est déféré à l'ingénieur est constitué de réclamations qui n'ont pas été préalablement rejetées, elles ne peuvent pas être considérées comme soumises à l'ingénieur au sens de la Clause 67, quels que soient les termes utilisés dans la soumission ».

Étant donné que les réclamations n'avaient pas été présentées à l'ingénieur puis rejetées par lui (ce qui en aurait fait des « litiges »), avant que l'entrepreneur n'ait invoqué la Clause 67, le tribunal retient que l'entrepreneur n'avait pas satisfait aux exigences de la Clause 67 et, par conséquent, se déclare incompétent pour connaître de ces demandes.

Cette décision eut réellement des conséquences dramatiques pour l'entrepreneur, car elle conduisait à l'irrecevabilité de 216 chefs de demandes qu'il avait soumis à l'arbitrage. Bien entendu, rien n'empêchait l'entrepreneur, après cette décision du tribunal arbitral, de satisfaire aux conditions de

la Clause 67 relativement à ses demandes. Si l'entrepreneur le faisait, puis n'était pas satisfait par la ou les décision(s) de l'ingénieur (si une telle décision est rendue) et s'il préservait valablement son droit de les déférer à l'arbitrage, il aurait la faculté de voir ses demandes tranchées dans un nouvel arbitrage CCI.

Dans l'affaire No 6238 de 1989, il n'y avait pas de problème quant à l'existence d'un litige. Celle-ci était admise. Le problème était de savoir ce qui constitue une saisine valable de l'ingénieur au sens de la Clause 67 des Conditions FIDIC, 3^e édition. La sentence affirme à juste titre que toute saisine de l'ingénieur selon la Clause 67 doit clairement soumettre un litige à sa décision dans le cadre de la Clause ; il ne suffit pas qu'une partie exprime simplement son intention de soumettre ultérieurement un litige à l'ingénieur.

Ainsi que l'a déclaré Judge Harman dans l'affaire anglaise *Monmouthshire CC v. Costelloe & Kemple* (9), la Clause 67 est une clause qui peut entraîner, pour une partie, la perte de ses droits (notamment son droit à l'arbitrage ou son droit d'ester en justice) si les délais, commençant à courir à partir de la saisine de l'ingénieur, sont dépassés. Ainsi, quand une partie invoque la Clause 67, elle doit clairement en informer l'autre partie afin que celle-ci ne perde pas ses droits par ignorance.

Dans la 4^e édition, toute ambiguïté à cet égard a été levée : la partie requérante doit expressément mentionner qu'elle soumet le litige à l'ingénieur dans le cadre de la Clause 67. En conséquence, l'autre partie ne peut plus douter que la Clause 67 est invoquée et que, dès lors, les délais prévus par cette clause commencent à courir.

C. Aux termes de la Clause 67, que doit faire une partie pour préserver son droit de soumettre le litige à l'arbitrage (Affaires No 7641 de 1996 et No 5948 de 1991) ?

Aucune question ne fut plus controversée, à propos des 2^e et 3^e éditions des Conditions FIDIC, que celle des mesures qu'une partie doit prendre pour préserver son droit de soumettre à l'arbitrage un litige dont elle a préalablement saisi l'ingénieur en application de la Clause 67.

Aux termes de cette Clause, si l'ingénieur n'a pas rendu de décision dans les 90 jours de sa saisine ou si l'une ou l'autre des parties conteste sa décision, alors elle peut, dans un délai de 90 jours à compter de la réception de la décision

contractor thereafter from complying with Clause 67 in relation to its claims. If the contractor did so, and if the contractor were dissatisfied with the decision or decisions, if any, of the engineer on such claims, and if the contractor properly reserved its right to refer them to arbitration, the contractor would have the right to have such claims considered in a new ICC arbitration.

In case No. 6238 [1989], there was no issue between the parties over whether a dispute existed. The existence of a dispute was assumed. Instead, the issue was what constitutes a valid submission to the engineer under Clause 67 of the FIDIC Conditions, third edition. The award quite correctly states that any submission to the engineer under Clause 67 must clearly refer a dispute for him to decide under the clause; it is not sufficient for a party merely to indicate an intention to submit a dispute to the engineer at a later point in time.

As was stated by Judge Harman in the English case *Monmouthshire CC v. Costelloe & Kemple*, Clause 67 is a clause which can cause a party to forfeit its legal rights (namely, its right to arbitration or litigation) if the time periods, beginning with the referral of a dispute to the engineer, are overlooked. Accordingly, when invoking the Clause, a party should clearly inform the other party that it is doing so in order that the other party should not forfeit its rights inadvertently.

Under the fourth edition, all ambiguity on this point has been removed: the referring party must expressly state that it is referring a dispute to the engineer pursuant to Clause 67. Consequently, the other party is left in no doubt that Clause 67 is being invoked and, thus, that the time periods under the clause are beginning to run.

C. What Action is a Party Obligated to Take under Clause 67 in Order to Preserve the Right to Submit a Dispute to Arbitration (Cases No. 7641 [1996], and 5948 [1991])?

Nothing gave rise to more controversy, under the second and third editions of the FIDIC Conditions, than the question of what action a party was obliged to take in order to ensure its entitlement to be able to submit to arbitration a dispute which it had previously referred to the engineer under Clause 67.

Under Clause 67, if the engineer had failed to give a decision within 90 days or if either party was dissatisfied with his decision, then either party could, within 90 days of receiving the decision or within 90

days of the expiration of the first-named period of 90 days, as the case may be, "require that the matter or matters in dispute be referred to arbitration". Clause 67 then provided that any arbitration was to be conducted under the ICC Rules.

The question therefore was what action precisely a party had to take in order to be able to "require" that a dispute be referred to arbitration. Did the obligation to "require" that a matter in dispute be referred to arbitration make it necessary to submit a request for arbitration to the ICC (which, under the ICC Rules, enables an ICC arbitration to begin), or was something less than submission of a request for arbitration sufficient to secure the entitlement to arbitrate and, if so, what? The question was an important one as, if a contractor had failed to take the correct action within the relevant 90-day period, it would be bound by the engineer's decision, if one had been rendered (e.g., dismissing the contractor's claim), or, if none had been rendered, it might forever be barred from being able to litigate or arbitrate the matter. Consequently, where the contractor's claims involved large sums of money (as was not uncommon), and where the engineer had issued a decision with which the contractor was dissatisfied (e.g., one dismissing the contractor's claims), the outcome of this issue could be very important.

Having examined the issue in some detail, the author concluded that the arguments on this issue were quite evenly divided and, hence, counseled parties to err on the side of caution, that is, to submit a request for arbitration to the ICC. However, a number of parties did not take this precaution and, in some cases, suffered the consequences, as several arbitral awards held that it was necessary for a party actually to submit a request for arbitration to the ICC within the relevant 90-day period in order to be able to preserve the right to arbitrate the relevant disputes.

But in case No. 7641 [1996], the tribunal noted (correctly) that a majority of ICC awards rendered in cases involving the second and third editions had held that the actual commencement of arbitration was not required; it was sufficient if the claimant had notified the engineer of its (the claimant's) "intention" to arbitrate.

Another tribunal reached a similar conclusion in case No. 5948 [1991], stating, as follows:

"Clause 67 is a clause containing provisions which potentially bar a party from exercising its legal rights within the time limits which the law

ou dans un délai de 90 jours à compter de l'expiration de la première période de 90 jours, selon le cas, «demander que la ou les question(s) litigieuse(s) soi(en)t soumise(s) à l'arbitrage». La Clause 67 prévoit que l'arbitrage doit alors être conduit selon le Règlement CCI.

En conséquence, sous l'empire de la troisième édition, la question était : que doit précisément faire une partie pour «demander» qu'un litige soit soumis à l'arbitrage ? Faut-il, pour satisfaire à cette obligation, déposer une demande d'arbitrage à la CCI (qui, selon le Règlement CCI, permet à l'arbitrage de commencer), ou y-a-t-il autre chose de moins formel qu'une demande d'arbitrage, et si oui, quoi, permettant de préserver le droit à l'arbitrage ? Cette question était d'importance car, si l'entrepreneur n'avait pas pris les mesures appropriées dans le délai de 90 jours, il était lié par la décision de l'ingénieur, si celle-ci avait été rendue (par exemple rejetant sa demande) ou, si aucune décision n'avait été rendue, l'entrepreneur pouvait être définitivement empêché de faire valoir ses droits. En conséquence, lorsque les demandes de l'entrepreneur portaient sur de grosses sommes d'argent (ce qui n'est pas rare) et lorsque l'ingénieur avait rendu une décision en défaveur de l'entrepreneur (par exemple rejetant ses demandes), la réponse à cette question était déterminante.

Ayant examiné cette question en détail (10), l'auteur avait constaté que les arguments en faveur de l'une ou de l'autre solution étaient également répartis et, dès lors, conseillait aux parties de jouer la carte de la prudence, c'est-à-dire de déposer une demande d'arbitrage à la CCI. Cependant, de nombreux litigants n'ont pas pris cette précaution et, dans certains cas, en ont subi les conséquences, quelques sentences arbitrales ayant jugé qu'il était nécessaire de déposer effectivement une demande d'arbitrage à la CCI dans le délai de 90 jours applicable pour préserver son droit de recourir à l'arbitrage sur les questions litigieuses (11).

Mais dans l'affaire No 7641 de 1996, le tribunal relève (à juste titre) qu'une majorité de sentences CCI, rendues dans des affaires intéressant les 2^e et 3^e éditions, avaient jugé que le commencement effectif de l'arbitrage n'était pas requis ; il suffisait que le demandeur ait notifié à l'ingénieur son intention de recourir à l'arbitrage.

Le tribunal saisi de l'affaire No 5948 de 1991, est parvenu à une solution similaire en décidant :

«la Clause 67 contient des stipulations de nature à empêcher une partie de faire valoir ses droits dans les

délais que la loi autoriserait en l'absence de ces stipulations. Dès lors, il est fondamental, pour qu'on leur donne effet, que ces stipulations emportant forclusion soient non ambiguës. Même si les arguments contraires ont été largement développés dans de nombreuses sentences CCI, [...] il nous semble [...] qu'une notification écrite, adressée à l'ingénieur par la partie lésée, aux termes de laquelle celle-ci requiert la soumission du litige à l'arbitrage, suffit à préserver le droit de procéder ultérieurement à l'arbitrage».

Cette difficulté a été levée dans la 4^e édition (1987), qui prévoit clairement qu'il est suffisant, pour qu'une partie préserve son droit de recourir à l'arbitrage, qu'elle notifie à l'autre partie, en adressant copie à l'ingénieur, son intention d'introduire une procédure d'arbitrage (12). Il n'est pas nécessaire de déposer effectivement la demande.

D. Lorsqu'une partie a obtenu une décision « définitive et obligatoire » de l'ingénieur que l'autre partie n'a pas respectée, peut-elle soumettre cette défaillance de l'autre partie à l'arbitrage (Affaire No 7910 de 1996) ?

La Clause 67 des 2^e et 3^e éditions se distinguait aussi par un autre défaut, celui de ne pas régler clairement la question suivante : lorsqu'une partie a obtenu une décision favorable de l'ingénieur que l'autre partie n'a pas contestée et qui, en conséquence, est devenue « définitive et obligatoire », que se passe-t-il si cette autre partie ne respecte pas la décision, par exemple ne paye pas les sommes ordonnées par l'ingénieur ? La première partie peut-elle porter devant les arbitres la défaillance de l'autre afin d'obtenir une sentence y relative pouvant être exécutée au niveau international en application de la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New-York ») ?

La sentence No 7910 de 1996 se prononce sur cette question. Le tribunal arbitral décida que lorsque, comme ici, le demandeur avait soumis le litige à l'ingénieur dans le cadre de la Clause 67 et obtenu des décisions devenues définitives et obligatoires car non contestées par le défendeur en temps utile, il n'était pas compétent pour connaître des ces décisions. Le seul recours ouvert au demandeur était alors de poursuivre l'exécution de la décision devant les tribunaux étatiques du pays du défendeur.

would otherwise allow. Basically, therefore, to be effective its barring stipulations must be unambiguous. While the rival arguments have been dealt with extensively in many ICC awards... it seems to us that... a notification in writing by the aggrieved party to the Engineer that he requires that the dispute be referred to arbitration under the contract is sufficient to preserve the right thereafter to proceed to arbitration".

The difficulty dealt with by these cases was addressed in the fourth edition (1987), which makes it clear that to preserve the right to arbitrate, it is sufficient to give a notice to the other party, with a copy to the engineer, of one's intention to commence arbitration. There is no need actually to commence an arbitration.

D. Where a Party had Obtained a "Final and Binding" Decision from the Engineer, which the other Party Failed to Comply with, Whether the First Party Could Refer such Failure to Arbitration (Case No. 7910 1996)?

It was another unfortunate feature of Clause 67 of the second and third editions that it was unclear, where one party had obtained a favorable decision from the engineer which the other party had not contested and which, therefore, became "final and binding", what would happen if the other party failed to respect such decision, e.g., failed to pay the amount ordered to be paid by such decision. Could the first party refer such failure to arbitration in order to obtain an award in respect of such decision which could be internationally enforced under the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York Convention")?

The award in case No. 7910 [1996] addressed this issue. The arbitral tribunal concluded that, where the claimant had submitted disputes to the engineer under Clause 67 and obtained decisions from the engineer which had become final and binding because they had not been challenged by the defendant in due time, the arbitral tribunal was without jurisdiction with respect to such matters. The claimant's only remaining right of recourse was to seek to enforce the decision before the courts in the defendant's country.

This often left claimants in a highly undesirable position. Typically, the defendant would be a state or a state-owned entity of a developing country. If a claimant could not obtain an arbitral award in respect of a final and binding decision of the engineer (and so be entitled to the benefits of the New York Convention), it was usually difficult, if not impossible, to enforce such decision in the courts of the defendant's country. As a practical matter, therefore, these decisions were often unenforceable.

Accordingly, the solution of the arbitral tribunal in the earlier ICC case No. 3790, which is cited to by the tribunal in case No. 7910 [1996], appears more satisfactory. In that case, the arbitral tribunal had awarded the contractor the amount of money claimed based on a final and binding decision.

At all events, the issue raised by case No. 7910 was resolved by the FIDIC Conditions, fourth edition. Sub-Clause 67.4 of that edition expressly provides that, where a decision has become final and binding, either party may, if the other party fails to comply with such decision, and without prejudice to any other rights it may have, refer the failure to arbitration directly, that is, without having to refer the failure back to the engineer under Clause 67. Consequently, a party can obtain an arbitral award in respect of such a decision.

E. Whether, where Provisions of a Main Contract Based on the FIDIC Condition are Incorporated into a Subcontract, the Parties to the Subcontract are Bound by Clause 67, Including the Requirement of the Referral of a Dispute to the Engineer before Arbitration (Cases No. 6611 [1992] and 7423 [1995])?

It is common practice for subcontracts to provide that provisions of the main contract are incorporated by reference in some manner into the subcontract. However, such incorporation is often not skillfully done with the result that, when a dispute arises under the subcontract which relates to provisions of the main contract, it is unclear to what extent the provisions of the main contract are intended to have been incorporated into the subcontract. The partial award on jurisdiction in case No. 6611 [1992] is interesting as, in that case, the subcontract incorpo-

Ceci mit souvent les demandeurs dans une position très inconfortable. L'hypothèse caractéristique était celle dans laquelle le défendeur était un État ou un organisme étatique d'un pays en voie de développement. Si un demandeur ne pouvait pas obtenir une sentence arbitrale relative à une décision définitive et obligatoire de l'ingénieur (qui lui aurait permis de bénéficier de la Convention de New-York), il était généralement difficile, voire impossible, d'obtenir l'exécution de telles décisions devant les tribunaux étatiques du pays du défendeur. En pratique donc, ces décisions, bien souvent, ne pouvaient pas être exécutées.

Ainsi, la solution dans l'affaire No 3790, citée par le tribunal dans la sentence No 7910, paraît plus satisfaisante. Dans cette affaire No 3790, le tribunal arbitral avait accordé à l'entrepreneur le montant que celui-ci demandait sur la base d'une décision définitive et obligatoire de l'ingénieur.

En tout état de cause, le problème posé dans la sentence No 7910 a été résolu par la 4^e édition des Conditions FIDIC. La Clause 67-4 de cette édition prévoit expressément que lorsqu'une décision devenue définitive et obligatoire n'est pas respectée, la partie intéressée peut, sans préjudice de ses autres droits, saisir directement le tribunal arbitral de la défaillance de l'autre partie, c'est-à-dire sans avoir à la soumettre préalablement à l'ingénieur en application de la Clause 67. En conséquence, une partie peut obtenir une sentence arbitrale relative à une telle décision de l'ingénieur.

E. Lorsque les stipulations d'un contrat principal basé sur les Conditions FIDIC sont incorporées dans un sous-contrat, les parties à ce sous-contrat sont-elles liées par la Clause 67, et notamment par l'exigence de la soumission du litige à l'ingénieur préalablement à l'arbitrage (Affaires No 6611 de 1992 et No 7423 de 1995) ?

Il est courant que dans les sous-contrats, il soit prévu que les stipulations du contrat principal sont, dans une certaine mesure, incorporées au sous-contrat par référence. Cependant, cette incorporation est souvent faite maladroitement avec pour effet que, lorsqu'un litige naît du sous-contrat se référant aux stipulations du contrat principal, il est malaisé de déterminer dans quelle mesure les stipulations du contrat principal sont, dans l'intention des parties, incorporées au sous-contrat. La sentence partielle sur la compétence dans l'affaire No 6611 de 1992 est intéressante en ce

qu'elle aborde la question de la validité de l'incorporation, dans le sous-contrat, de la Clause 67 des Conditions FIDIC par référence au contrat principal contenant ladite clause.

Le sous-contrat en cause se référait à un certain nombre de documents devant être considérés comme faisant partie intégrante du sous-contrat, dont les « Conditions contractuelles, Parties I et II [...] du contrat principal », lesquelles prévoyaient la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage, conformément à la Clause 67 de la 2^e édition des Conditions FIDIC.

Le demandeur (sous-traitant) soutenait que la clause avait été valablement incorporée par référence au sous-contrat, ce que contestait le défendeur (entrepreneur principal). Pour retenir l'incorporation de la clause d'arbitrage par référence, le tribunal arbitral relève, entre autre :

(i) que le défendeur avait connaissance de, et avait accepté, la clause d'arbitrage car c'était lui, en réalité, qui avait rédigé le sous-contrat (il est fréquent, en pratique, que le sous-contrat soit rédigé par l'entrepreneur principal),

(ii) qu'en toute hypothèse, la réponse du défendeur à la demande d'arbitrage, dans laquelle celui-ci n'avait soulevé aucune objection à la procédure, était en elle-même de nature à créer une nouvelle convention d'arbitrage (la demande d'arbitrage et la réponse satisfaisaient aux exigences (forme écrite et signature) de la loi suisse sur le Droit international privé applicable, et de la Convention de New-York) et,

(iii) le fait que le demandeur ait introduit une procédure d'arbitrage sans avoir préalablement saisi l'ingénieur ne le privait pas du droit de porter le litige devant les arbitres, aux motifs que :

a) il n'y avait pas d'ingénieur désigné dans le cadre du sous-contrat, et

b) même si l'ingénieur du contrat principal était sensé agir dans le cadre du sous-contrat, ledit ingénieur avait cessé ses fonctions dix ans avant la procédure.

En conséquence, le tribunal arbitral se déclara compétent sur le fondement de la clause d'arbitrage.

La sentence No 7423 parvient à une solution similaire dans un cas où il était également question d'un sous-contrat incorporant par référence un contrat principal basé sur les Conditions FIDIC. Dans cette affaire, la question litigieuse était celle de savoir si l'exigence, contenue dans les

rated by reference the dispute resolution clause contained in Clause 67 of the FIDIC Conditions, which was part of the main contract, and an issue arose as to the validity of this incorporation by reference.

The relevant subcontract referred to certain specific listed documents as being deemed to be part of the subcontract, including the "Conditions of Contract, Parts I and II ... of the Main Contract" which provided for the settlement of disputes by arbitration according to Clause 67 of the FIDIC Conditions, second edition.

The claimant, a subcontractor, claimed that such arbitration clause was validly incorporated by reference into the subcontract whereas the defendant, the main contractor, denied this. In upholding the incorporation by reference of the arbitration clause, the arbitral tribunal noted, among other things, that:

(i) the defendant knew and accepted the arbitration clause as it was the defendant who in fact had drafted the subcontract (as is usual practice, the subcontract had been drafted by the main contractor),

(ii) in any event, the defendant's reply (or answer) to the request for arbitration was itself effective to create a new arbitration agreement, where the defendant had not raised any objection to the proceedings in the reply (the request for arbitration and the reply fulfilled, with respect to their written form and signature, the requirements of both the applicable Swiss Statute on International Private Law as well as the New York Convention), and

(iii) the fact that the claimant started the arbitration proceedings without having previously referred a dispute to the engineer did not prevent the claimant from taking the matter to arbitration as:

a) there was no engineer appointed under the subcontract, and

b) even if the engineer named under the main contract were deemed to act under the subcontract, that engineer has ceased to be in office for 10 years before the proceedings.

Consequently the arbitral tribunal upheld its jurisdiction on the basis of the arbitration clause.

A similar ruling was reached in case No. 7423, which also involved a subcontract incorporating by reference a main contract based on the FIDIC Conditions. In this case, the specific issue was whether the

requirement in the FIDIC Conditions for the referral of disputes to the engineer before arbitration applied to disputes under the subcontract. The arbitral tribunal held, based on a provision of the subcontract that the subcontractor was required to comply with all the provisions of the main contract on the part of the contractor to be complied with, insofar as they relate to the subcontract works and "are not repugnant to or inconsistent with" the express provisions of the subcontract, that the arbitration provisions of the main contract applied except for the requirement for adjudication by the Engineer. A similar conclusion had also been reached in an earlier award in case No. 6230 [1990].

II. MULTI-PARTY ARBITRATION (EMPLOYER – MAIN CONTRACTOR – SUBCONTRACTOR)

Case No. 5898 [1989] was between a subcontractor (the claimant) and the main contractor (the defendant) and raised, among other things, the issue whether, under the arbitration clause in the relevant subcontract, the main contractor could cause an ICC arbitration begun by the sub-contractor against the main contractor to be consolidated with an arbitration begun subsequently by the main contractor against the employer under the main construction contract.

The relevant arbitration clause in the subcontract, Clause 18, was closely modeled on the arbitration clause in the English Federation of Civil Engineering Contractors (FCEC) form of subcontract, which entered into effect in March 1973 and was intended for use with the ICE Conditions of Contract of June 1973. However, whereas the 1973 FCEC form of subcontract was prepared principally for use with the English ICE Conditions of Contract, in this case the main contract was modeled upon the FIDIC Conditions, second edition, and not the ICE Conditions.

The relevant arbitration clause in the subcontract provided as follows:

"(1) If any dispute arises between the Contractor and the Subcontractor in connection with this Sub-Contract, it shall, subject to the provisions of this clause, be referred to arbitration and shall be finally settled under the Rules of Conciliation

Conditions FIDIC, de soumettre le litige préalablement à l'ingénieur, était applicable au différend issu du sous-contrat. En se fondant sur une stipulation du sous-contrat, aux termes de laquelle le sous-traitant était tenu de se conformer à toutes les obligations à la charge de l'entrepreneur en vertu du contrat principal, dans la mesure où ses obligations sont relatives aux travaux couverts par le sous-contrat et dans la mesure où «elles ne sont pas contraires aux ou incompatibles avec les» stipulations expresses du sous-contrat, le tribunal arbitral décida que la convention d'arbitrage du contrat principal s'appliquait à l'exception de l'exigence d'une décision de l'ingénieur. Dans une sentence antérieure (No 6230 de 1990 (13)), le tribunal était parvenu à une solution similaire.

II. ARBITRAGE MULTIPARTITE (MAITRE DE L'OUVRAGE/ENTREPRENEUR PRINCIPAL/SOUS-TRAITANT)

L'affaire No 5898 de 1989 impliquait un sous-traitant (demandeur) et l'entrepreneur principal (défendeur) et soulevait, entre autres, la question de savoir si, en vertu de la clause d'arbitrage contenue dans le sous-contrat, l'entrepreneur principal pouvait obtenir qu'une procédure, initiée par le sous-traitant contre lui, soit jointe à une procédure qu'il avait introduite par la suite contre le maître de l'ouvrage sur le fondement du contrat principal de construction.

La rédaction de la clause d'arbitrage du sous-contrat (clause 18) était très proche de celle de la clause compromissoire du modèle de sous-contrat de la English Federation of Civil Engineering Contractors («FCEC»), qui existe depuis mars 1973 et était prévu pour être utilisé avec les Conditions contractuelles de l'ICE de juin 1973. Alors que le modèle FCEC de sous-contrat de 1973 avait été conçu principalement pour être utilisé avec les Conditions contractuelles de l'ICE, dans cette affaire, le contrat principal avait pour base les Conditions FIDIC, 2^e édition, et non les Conditions ICE (14).

La clause d'arbitrage litigieuse du sous-contrat stipulait :

«(1) Tout litige entre l'entrepreneur et le sous-traitant en relation avec le présent sous-contrat sera, sous réserve des stipulations de la présente clause, soumis à l'arbitrage et sera définitivement tranché suivant le

Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement».

«(2) Si un litige naît en relation avec le contrat principal et dont l'entrepreneur estime qu'il touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat, l'entrepreneur pourra, à condition qu'un arbitre(s) n'ait pas encore été convenu ou désigné en application de l'alinéa précédent, en adressant une notification écrite au sous-traitant, exiger que tout litige issu du présent sous-contrat soit soumis à l'arbitre(s) auquel le litige relatif au contrat principal est soumis et, si cet arbitre(s) (ci-après désignés l'«arbitre(s) joint») l'accepte, ledit litige issu du présent sous-contrat lui sera soumis. Dans cette hypothèse, l'arbitre(s) joint pourra, sous réserve de l'accord du maître de l'ouvrage, décider, selon ce qu'il estime juste et approprié, que la résolution desdits litiges sera faite en même temps ou successivement et, à condition que le sous-traitant soit autorisé à intervenir en tant que partie au litige entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, l'arbitre(s) joint aura la faculté, pour trancher le litige relatif au sous-contrat, de prendre en considération tous les éléments et preuves portés à sa connaissance dans le cadre du litige relatif au contrat principal».

«(3) Si, avant que l'arbitre(s) n'ait été convenu ou désigné en application de l'alinéa premier de la présente clause, un litige issu du contrat principal entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur fait l'objet d'une procédure devant une juridiction étatique quelconque et que l'entrepreneur estime qu'il touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat, il pourra, en adressant une notification écrite au sous-traitant, révoquer l'alinéa premier de la présente clause et, dès lors, aucun litige en relation avec le présent sous-contrat ne pourra plus être soumis à l'arbitrage, sauf compromis ultérieur conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant».

Le sous-traitant avait déposé à la CCI une demande d'arbitrage contre l'entrepreneur sur le fondement de l'alinéa premier de la clause ci-dessus. À la suite de cela, l'entrepreneur principal l'informa qu'il considérait qu'un litige était survenu en relation avec le contrat principal et qu'il «touchait ou concernait les travaux relatifs au sous-contrat» et que, en conséquence, conformément à l'alinéa 2 de la clause d'arbitrage, il exigeait que le litige soit soumis aux

and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules».

“(2) If any dispute arises in connection with the Main Contract and the Contractor is of the opinion that such dispute touches or concerns the Sub-Contract Works, then provided that an arbitrator/s has not already been agreed or appointed in pursuance of the preceding sub-clause, the Contractor may by notice in writing to the Sub-Contractor require that any dispute under this Sub-Contract shall be referred to the arbitrator/s to whom the dispute under the Main Contract is referred and if such arbitrator/s (hereinafter called the joint arbitrator/s) be willing so to act, such dispute under this Sub-Contract shall be so referred. In such event the joint arbitrator/s may, subject to the consent of the Employer, give such direction for the determination of the two said disputes either concurrently or consecutively as he may think just and convenient and provided that the Sub-Contractor is allowed to act as a party to the dispute between the Employer and the Contractor, the joint arbitrator/s may in determining the dispute under this Sub-Contract take account of all material facts proved before him in the dispute under the Main Contract”.

“(3) If at any time before an arbitrator/s has been agreed or appointed in pursuance of sub-clause (1) of this clause any dispute arising in connection with the Main Contract is made the subject of proceedings in any court between the Employer and the Contractor and the Contractor is of the opinion that such dispute touches or concerns the Sub-Contract Works, he may by notice in writing to the Sub-Contractor abrogate the provisions of sub-clause (1) of this clause and thereafter no dispute under this Sub-Contract shall be referable to arbitration without further submission by the Contractor and Sub-Contractor”.

The subcontractor had filed a request for arbitration against the main contractor under the ICC Rules, pursuant to sub-clause (1) of the above clause. Thereafter, the main contractor had advised the subcontractor that it considered that a dispute had arisen in connection with the main contract, which “touched or concerned the subcontract works” and that, consequently, pursuant to sub-clause (2) of the above clause, it would require that the dispute be

referred to the arbitrators to whom the dispute under the main contract would be referred. In these circumstances, the main contractor claimed that the subcontractor had no right to proceed with an arbitration directly against the main contractor. Thereafter, the main contractor filed a request for arbitration against the employer under the main contract (ICC case No. 5948) and requested the ICC Court to join the arbitration under the subcontract (ICC case No. 5898) with the arbitration which the main contractor had commenced under the main contract.

However, the ICC Court refused to effect this consolidation stating (correctly) that the conditions of Article 18 of the Internal Rules were not met. Therefore the Court decided not to join the arbitration under the main contract (ICC case No. 5948) with the arbitration under the sub-contract.

Accordingly, the arbitration under the subcontract continued. However, the main contractor maintained that the arbitral tribunal in the arbitration under the subcontract did not have jurisdiction in light of sub-clause (2) of the arbitration clause (quoted above) and the main contractor's request to the subcontractor that the arbitration under the subcontract be joined with the arbitration under the main contract.

This made it necessary for the tribunal in the arbitration under the subcontract to analyze the arbitration clause in the subcontract, Clause 18 (quoted above). According to the tribunal, Clause 18 (1) constitutes a broad ICC arbitration clause covering "any dispute" between the contractor and the subcontractor "in connection with this subcontract". According to the tribunal, Clause 18 (2) contains an exception to the arbitration clause in Clause 18 (1). Clause 18 (2) provides that if the conditions contained therein are realized, then any dispute under the subcontract shall be referred to other ICC arbitrators, that is, "the arbitrators to whom the dispute under the main contract is referred".

The award contains an excellent analysis of Clause 18 (2). According to the tribunal, Clause 18 (2) contains six "conditions precedent" which must be satisfied in order that a dispute under the subcontract may be consolidated with a dispute under the main contract:

- (i) a dispute must have arisen under the main contract;
- (ii) the contractor must be of the opinion that the main contract dispute touches or concerns the subcontract works;
- (iii) the main contract dispute must be one which is referred to arbitration;
- (iv) the contractor must have given written notice that any subcontract dispute shall be referred to arbitrators "to whom the dispute under the main contract is referred";

arbitres auxquels le litige né du contrat principal serait soumis. L'entrepreneur principal affirmait que, dans ces circonstances, le sous-traitant n'avait pas le droit d'introduire un arbitrage directement contre lui. Puis l'entrepreneur principal déposa une demande d'arbitrage dirigée contre le maître de l'ouvrage sur le fondement du contrat principal (affaire No 5948), et demanda à la Cour de la CCI d'y joindre la procédure relative au sous-contrat (affaire No 5898).

La Cour refusa de prononcer la jonction en déclarant (à juste titre) que les conditions de l'article 18 du Règlement intérieur de la Cour n'étaient pas satisfaites (15). En conséquence, la Cour refusa de joindre les deux procédures (affaires No 5948 et No 5898).

Ainsi l'arbitrage relatif au sous-contrat se poursuivit. Néanmoins, l'entrepreneur principal maintenait que le tribunal arbitral saisi sur le fondement du sous-contrat n'était pas compétent, compte tenu de l'alinéa 2 de la clause d'arbitrage, et maintenait sa demande au sous-traitant de joindre la procédure à celle relative au contrat principal.

Il était donc nécessaire que le tribunal saisi sur le fondement du sous-contrat analyse la clause compromissoire qu'il contenait (clause 18 ci-dessus). Selon le tribunal, l'alinéa premier de la clause 18 constitue une clause d'arbitrage CCI très large, couvrant « tout litige » entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant « en relation avec le présent sous-contrat », et l'alinéa 2 de la même clause prévoit une exception à l'alinéa premier. Cet alinéa 2 stipule que si les conditions qu'il fixe sont réunies, tout litige relatif au sous-contrat devra être soumis à d'autres arbitres CCI, c'est-à-dire aux « arbitres auxquels le litige relatif au contrat principal est soumis ».

La sentence contient une excellente analyse de la clause 18, alinéa 2. Selon le tribunal, cet alinéa pose six « conditions préalables » à sa mise en œuvre, c'est-à-dire à la consolidation des deux procédures :

- (i) un litige doit être né en relation avec le contrat principal ;
- (ii) l'entrepreneur doit considérer que le litige relatif au contrat principal touche ou concerne les travaux objet du sous-contrat ;
- (iii) le litige en relation avec le contrat principal doit être soumis à l'arbitrage ;
- (iv) l'entrepreneur doit avoir signifié, par écrit, que tout litige issu du sous-contrat doit être soumis aux arbitres « auxquels le litige relatif au contrat principal est soumis » ;

(v) la notification écrite doit avoir été adressée au sous-traitant avant qu'un arbitre(s) ait été convenu ou désigné en application de l'alinéa premier de la clause 18 ;

(vi) l'arbitre(s) du contrat principal doit accepter de connaître du litige relatif au sous-contrat (dans ce cas, l'arbitre agit comme « arbitre(s) joint »).

La sentence contient des commentaires riches d'enseignements sur chacune de ces conditions. En ce qui concerne la première d'entre elles, le tribunal relève que la Clause 67 des Conditions FIDIC, 2^e édition, prévoit une procédure en quatre étapes (comme évoqué plus haut) avant que le litige ou le différend ne puisse être soumis à l'arbitrage :

(i) pour constituer un litige, une réclamation doit avoir été faite puis rejetée ;

(ii) le litige ou différend doit être soumis à l'ingénieur pour décision ;

(iii) l'ingénieur doit avoir, dans les 90 jours de sa saisine, tranché le différend ou ne pas avoir rendu de décision ; et

(iv) dans les 90 jours suivant la décision de l'ingénieur ou à compter du terme du délai de 90 jours assigné à l'ingénieur pour répondre, l'entrepreneur principal peut demander que le litige soit tranché par la voie de l'arbitrage CCI.

Le tribunal relève que dans une affaire CCI précédente (16), un tribunal arbitral saisi d'un litige relatif à un sous-contrat avait décidé, contrairement à ce que demandait l'entrepreneur principal, que le litige couvert par une clause compromissoire identique à la clause 18 dans la présente affaire (No 5898), ne saurait être porté devant les arbitres saisis du contrat principal. Ce tribunal avait jugé que le respect de la condition préalable (i.e. « si un litige naît en relation avec le contrat principal ») à la notification prévue à la clause 18 du sous-contrat supposait l'accomplissement de chacune des quatre étapes appelées ci-dessus :

« À défaut, le mode normal de résolution des litiges prévu à la clause 18, alinéa premier, pourrait facilement être contourné en invoquant un litige supposé ou un litige à propos duquel il n'y avait pas de nécessité ou d'intention de recourir à l'arbitrage ».

Sur ce point, la English Court of Appeal a récemment décidé, dans une affaire *M.J. Gleeson Group v. Wyatt of Snetterton* (17), que le mot « litige » de la clause 18, alinéa 2, d'une édition ultérieure du Modèle FCEC (c'est-à-dire postérieure à celle utilisée dans le sous-contrat dans l'affaire

(v) the written notice must have been given to the subcontractor before an arbitrator(s) has been agreed or appointed in pursuance of Clause 18 (1);

(vi) the main contract arbitrator(s) is willing to act in the subcontract dispute (in which case the arbitrator(s) would act as "joint arbitrator(s)").

The award contains useful comments on each of these conditions. With respect to the first condition, the tribunal noted that Clause 67 of the FIDIC Conditions, second edition, provides for a four-step procedure (as mentioned earlier) before a dispute of difference may be submitted to arbitration under that clause:

(i) in order to constitute a dispute, a claim must have been made which has been rejected;

(ii) the dispute or difference must be referred to the engineer for decision;

(iii) the engineer must have decided the dispute, or failed to take a decision, within 90 days of the submission; and

(iv) within 90 days of the engineer's decision, or the expiry of the 90-days period to act, the main contractor may require the dispute to be referred to ICC arbitration.

The tribunal noted that in a previous ICC arbitration case, an arbitral tribunal in an arbitration under a subcontract had determined, contrary to the request of the main contractor, that a dispute under an arbitration clause, which was identical to Clause 18 in the present case (ICC case No. 5898), should not be referred to arbitration by main contract arbitrators. The earlier tribunal had held that the condition precedent for the main contractor's notice under Clause 18 (2) of the subcontract ("(i) if any dispute arises in connection with the main Contract") required that each of the four steps listed above should have been accomplished. The tribunal had reasoned:

"Otherwise, the normal method of resolving disputes under the contract by means of Clause 18 (1) could easily be blocked by reference to a supposed dispute or dispute in respect of which there was no need or intention to seek arbitration".

In this connection, quite recently the English Court of Appeal in *M.J. Gleeson Group v. Wyatt of Snetterton* held that the word "dispute" in Clause 18 (2) of a subsequent edition of the FCEC form (that is, subsequent to the one used in the subcontract in ICC case

No. 5898) includes "any case where a claim had been put forward and rejected" and the contractor was not required to have referred the dispute to the engineer under the main contract. However, the wording of Clause 18 (2) in that case was sufficiently different from the wording of Clause 18 (2) in case No. 5898 to justify a different result.

As we have seen above, the second condition precedent for consolidation is that the main contractor must be of the opinion that the main contract dispute "touches or concerns the subcontract works". The tribunal stated that this condition may in fact be divided into three sub-conditions:

"- the Contractor must express the opinion that the dispute under the Main Contract touches or concerns the Sub-Contract Works;

- this implies that the Contractor's opinion must be determined in good faith and that his exercise of the corresponding option under [the clause corresponding to sub-clause (ii)] is not abusive;

- the contractor's opinion, thus expressed in good faith, must be that the dispute under the Main Contract is not only related to the Sub-Contract but "touches or concerns the Sub-Contract works".

"In other words, the dispute under the Main Contract must in some way touch or concern the manner in which the Sub-Contract Works were to be performed and were actually performed".

On the difficult (in the author's view) question of when a dispute "touches or concerns the subcontract works", the tribunal suggested that in the following cases the dispute would not "touch or concern the subcontract works":

"Where, for example, the Employer was not to deny liability but simply was unwilling or unable to pay (for instance in bankruptcy), the Contractor might be forced to take its payment dispute to arbitration to obtain an award subject to execution, but it would not be a dispute which touches or concerns the Sub-Contract works. When the Defendant [the main contractor] first outlined the basis of its claim against the Employer by telex on February 24, 1987, the greatest number of those claims related to fai-

No 5898), doit s'entendre de « tout cas où une réclamation a été présentée et rejetée » et qu'il n'est pas exigé que l'entrepreneur ait soumis ce litige à l'ingénieur agissant dans le cadre du contrat principal. Ceci étant, la rédaction de la clause 18, alinéa 2, dans cette affaire était suffisamment différente de celle de la clause 18, alinéa 2, dans l'affaire No 5898 pour justifier une solution différente (18).

Ainsi qu'il a été dit plus haut, la deuxième condition nécessaire à la consolidation est que l'entrepreneur principal considère que le litige en relation avec le contrat principal « touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat ». Le tribunal juge que cette condition doit en réalité être divisée en trois sous-conditions :

«- l'entrepreneur doit faire savoir que, selon son appréciation, le litige issu du contrat principal touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat ;

- cela implique que l'entrepreneur ait fait cette appréciation de bonne foi et qu'il n'exerce pas l'option qui y est attachée en vertu de l'alinéa 2 de la clause 18 de façon abusive ;

- l'entrepreneur doit considérer, de bonne foi, que le litige issu du contrat principal n'est pas simplement lié au sous-contrat mais qu'il « touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat ».

« En d'autres termes, le litige relatif au contrat principal doit, dans une certaine mesure, toucher ou concerner la façon dont les travaux couverts par le sous-contrat devaient être exécutés et ont été effectivement exécutés ».

Sur la difficile question de savoir quand un litige « touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat », le tribunal donna en exemple quelques hypothèses dans lesquelles, selon lui, cette condition n'était pas satisfaite :

« Dans l'hypothèse, par exemple, où le maître de l'ouvrage, sans nier sa responsabilité, refuse simplement ou est dans l'incapacité de payer (parce qu'en faillite par exemple), l'entrepreneur pourrait être contraint de saisir les arbitres de ce défaut de paiement pour obtenir une sentence susceptible d'exécution, mais ce ne serait pas un litige qui touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat. Quand le défendeur [l'entrepreneur principal] a pour la première fois déterminé le fondement de sa demande contre le maître de l'ouvrage, par un télex du 24 février 1996, la plupart des créances alléguées étaient relatives à un défaut de

paiement. Une autre demande était fondée sur un prétendu manquement au contrat du maître de l'ouvrage, constitué par la réallocation du marché au demandeur [le sous-traitant]. Aucune de ces prétentions n'impliquent nécessairement les travaux prévus au sous-contrat».

En conséquence, le tribunal conclut qu'il avait «quelques doutes» sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les différends relatifs au contrat principal «touchaient ou concernaient [en fait] les travaux relatifs au sous-contrat».

En ce qui concerne la troisième condition, selon laquelle le litige issu du contrat principal doit être «soumis» à l'arbitrage, le tribunal retient, sans surprise, que cela signifie qu'une demande d'arbitrage doit avoir été déposée à la Cour de la CCI, car seule la date de ce dépôt marque l'introduction de la procédure arbitrale, en vertu du Règlement CCI.

En ce qui concerne la quatrième condition, selon laquelle l'entrepreneur doit avoir notifié par écrit que tout litige relatif au sous-contrat devra être soumis aux arbitres saisis du contrat principal, le tribunal retient qu'il était nécessaire, pour que cette condition soit satisfaite, que l'entrepreneur principal ait au moins introduit un arbitrage sur le fondement du contrat principal et ait nommé un arbitre.

En ce qui concerne la cinquième condition, selon laquelle cette notification écrite doit voir été adressée au sous-traitant avant qu'un arbitre(s) n'ait été convenu ou désigné dans l'arbitrage relatif au sous-contrat, le tribunal décide (dans le cas d'un tribunal composé de trois personnes) que la date qui doit être retenue est celle de la confirmation, par la Cour de la CCI, de l'arbitre nommé par le sous-traitant. Ainsi est-il déterminant que la notification soit adressée avant cette date.

Enfin, en ce qui concerne la sixième condition, selon laquelle les arbitres du contrat principal doivent accepter de connaître du litige issu du sous-contrat, le tribunal estime que l'entrepreneur principal doit rapporter la preuve de ce que ces arbitres seraient prêts à accepter de trancher le litige relatif au sous-contrat.

Dans le cas d'espèce (affaire No 5898), le tribunal jugea que les conditions nécessaires à la consolidation des deux procédures n'étaient pas réunies et, en conséquence, rejeta l'exception d'incompétence soulevée par l'entrepreneur principal, selon laquelle le tribunal n'était pas compétent pour connaître du litige qui lui avait été soumis par le sous-traitant sur le fondement du sous-contrat.

lure to make payments alleged to be due. Another claim related to an alleged contractual default caused by the Employer reletting the contract to the Claimant [the Sub-Contractor]. Neither type of claim would necessarily involve the Sub-Contract Works».

Accordingly, the tribunal concluded that it had "some doubts" as to whether, and to what extent, the main contract disputes in fact "touch or concern the sub-contract works".

With respect to the third condition precedent that the main contract dispute must be one which is "referred" to arbitration, the tribunal held, not surprisingly, that this meant a request for arbitration must have been submitted to the ICC Court as, only on that date under the ICC Rules, were arbitral proceedings deemed to have commenced.

With respect to the fourth condition that the contractor must have given written notice that any subcontract dispute shall be referred to the arbitrators to whom the dispute under the main contract is referred, the tribunal held that it was necessary that the main contractor had at least commenced an arbitration under the main contract and nominated one arbitrator in order to satisfy that condition.

With respect to the fifth condition that written notice must have been given to the subcontractor before an arbitrator(s) has been agreed or appointed in the arbitration under the subcontract, the tribunal stated that (in the case of a three-person tribunal) the date to be retained is that of the confirmation by the ICC Court of the arbitrator nominated by the subcontractor. Accordingly, it was important that the written notice had been given before that date.

Finally, with respect to the sixth condition that the main contract arbitrators are willing to act in the subcontract dispute, the tribunal indicated that the main contractor must produce evidence to show that the tribunal in the arbitration under the main contract would be willing to accept to adjudicate the dispute under the subcontract.

In the case at issue (case No. 5898), the tribunal found that the conditions for consolidation of the dispute under the subcontract with the arbitration under the main contract had not been satisfied and, consequently, rejected the main contractor's plea that the tribunal was without jurisdiction to hear the dispute that had been referred to it by the subcontractor under the subcontract.

Together with the ICC award in case No. 5333, the award in case No. 5898 is most illuminating about the use of Clause 18 of the FCEC subcontract form together with the FIDIC conditions and, on another plane, most instructive about the issues which need to be addressed when drafting a multi-party arbitration clause involving an employer, a main contractor and a subcontractor where the FIDIC Conditions are used.

III. "PAY WHEN PAID" CLAUSES IN SUBCONTRACTS

Case No. 6611 [1993] concerned a claim by a subcontractor under a subcontract for work done in a case where the subcontract, which contained a so-called "pay when paid" clause (that is, a clause providing that the subcontractor would be paid only when the contractor had been paid by the employer), had been terminated by the main contractor following abandonment of the project by the employer (who was not a party to the arbitration). The relevant subcontract was governed by Swiss law.

The tribunal considered two questions:

(a) Did the claimant (subcontractor) have a conditional or unconditional claim against the defendant (a consortium of contractors constituting the main contractor) for the payment of the work performed by the claimant, i.e., was payment of the defendant by the employer a condition precedent or not to the right of the claimant to be paid by the defendant, and

(b) Assuming the claim of the claimant was conditional, had the necessary condition been satisfied, that is, had the defendant been paid by the employer in respect of the work performed by the claimant?

The tribunal considered each of these two questions in turn.

A. Did the Claimant have an Unconditional Claim Against the Defendant?

Under the "pay when paid" provision, the subcontractor (i.e., the claimant) would be paid "at the time and in the manner" that the main contractor (i.e., the defendant) received payment from the employer.

Une lecture parallèle des sentences CCI dans les affaires No 5898 et No 5333 est très riche d'enseignements sur l'utilisation de la clause 18 du modèle de sous-contrat FCEC avec les Conditions FIDIC et, par ailleurs, très instructive sur les problèmes qui doivent être pris en compte lors de la rédaction d'une clause d'arbitrage multipartite impliquant un maître de l'ouvrage, un entrepreneur principal et un sous-traitant lorsque les Conditions FIDIC sont utilisées.

III. LES CLAUSES « PAY WHEN PAID » DANS LES SOUS-CONTRATS

Dans l'affaire No 6611 de 1993, il était question d'une demande formulée par le sous-traitant, sur le fondement du travail effectué, dans une hypothèse où le sous-contrat servant de base à la demande, qui contenait une clause dite « pay when paid » (c'est-à-dire une clause stipulant que le sous-traitant ne sera payé que lorsque l'entrepreneur principal aura été payé par le maître de l'ouvrage), avait été résilié par l'entrepreneur principal à la suite de l'abandon du projet par le maître de l'ouvrage (qui n'était pas partie à l'arbitrage). Le sous-contrat en cause était régi par le droit suisse.

Le tribunal étudia deux questions :

(a) Le demandeur (sous-traitant) a-t-il une créance conditionnelle ou inconditionnelle contre le défendeur (un consortium d'entrepreneurs constituant l'entrepreneur principal) en paiement des travaux qu'il a exécutés, autrement dit, la créance du demandeur contre le défendeur est-elle stipulée sous la condition suspensive du paiement de l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage ?

(b) Si la créance du demandeur était sous condition suspensive, cette dernière s'était-elle réalisée, autrement dit, le défendeur avait-il été payé par le maître de l'ouvrage pour les travaux exécutés par le demandeur ?

Le tribunal examina ces questions l'une après l'autre.

A. Le demandeur a-t-il une créance inconditionnelle contre le défendeur ?

En vertu de la clause « pay when paid », le sous-traitant (demandeur) serait payé « au moment du et selon le même mode de » paiement de l'entrepreneur principal (défendeur) par le maître de l'ouvrage.

Même si, à première vue (selon le tribunal), une telle stipulation semble avoir simplement pour objet de préciser le moment du paiement du sous-traitant et non pas de soumettre ce paiement à la condition suspensive du paiement de l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage, une analyse plus approfondie démontre le contraire (selon le tribunal). Aux termes du sous-contrat, le demandeur devait « respecter toutes les obligations et supporter tous les risques » résultant du contrat principal, « comme si le sous-traitant avait conclu directement avec l'employeur un contrat relatif aux prestations auxquelles il est tenu ». Sur la base de cette clause, le tribunal considère que le demandeur avait accepté, non seulement le risque de retard de paiement par le maître de l'ouvrage, mais encore le risque de non-paiement par celui-ci. En conséquence, le tribunal décide que le droit au paiement du demandeur est sous condition suspensive du paiement du défendeur par le maître de l'ouvrage.

Toutefois, le tribunal estime qu'assimiler le paiement de l'entrepreneur principal à une condition suspensive est, « d'une manière générale, incompatible avec la notion de sous-contrat », étant donné (selon le tribunal arbitral) qu'un sous-contrat est considéré comme « un contrat pleinement indépendant par rapport au contrat principal » et qu'il n'y a aucun lien entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Le tribunal en déduit que même si la clause « pay when paid » du sous-contrat est valable en droit suisse, elle doit être « interprétée avec précaution, c'est-à-dire, de façon compatible avec la notion de sous-contrat » (19). Cette précision prend toute son importance lors de l'examen par le tribunal de la seconde question.

B. La condition suspensive était-elle réalisée, autrement dit, le défendeur avait-il été payé par le maître de l'ouvrage pour les travaux exécutés par le demandeur ?

Il n'était pas contesté que le défendeur avait reçu un acompte de 15 % du prix du contrat principal et qu'il avait distribué environ la moitié de cet acompte à ses partenaires (dans le consortium constituant l'entrepreneur principal) et aux sous-traitants. Dès lors, chacun avait reçu un acompte de 15 % du prix de son contrat. Mais il était également incontesté que le demandeur avait exécuté des travaux dont la valeur excédait largement l'acompte reçu ; la question était donc de savoir si l'acompte versé par le maître de l'ouvrage au défendeur devait être considéré, au moins en partie, comme valant paiement des travaux réalisés par le demandeur.

While, upon first impression (according to the tribunal), such a provision would appear merely to regulate the time for payment of the subcontractor rather than to make payment by the employer of the main contractor a condition precedent to payment of the subcontractor, on closer analysis (according to the tribunal) this proved not to be the case. According to the subcontract, the claimant was to "bear all obligations and risks" arising from the main contract "in such a way as if the subcontractor had concluded a direct contract with the employer for his scope of supply and services". Upon the basis of this provision, the tribunal concluded that the claimant had accepted not only the risk of delay in payment by the employer but also the risk of non-payment by the employer. Accordingly, the tribunal concluded that payment of the defendant by the employer was a condition precedent to the right of the claimant to be paid by the defendant.

On the other hand, the tribunal found that for payment of the main contractor to be a condition precedent "is generally speaking inconsistent with the concept of subcontract" as (according to the tribunal) a subcontract is regarded as a "full independent contract vis-à-vis the main contract" and there is no connection between the subcontractor and the employer. This led the tribunal to conclude that while the "pay when paid" clause in the subcontract was valid under Swiss law, it must be "very carefully interpreted, i.e. in a way compatible with the notion of subcontract". This point became important in relation to the tribunal's handling of the second issue.

B. Had the Contractual Condition been Satisfied, that is, Had the Defendant been Paid by the Employer in Respect of the Work Performed by the Claimant?

It was undisputed that the defendant had received a 15 % down payment under the main contract and had distributed approximately half of this to its partners (in the consortium constituting the main contractor) and subcontractors. Thus, each had received a 15 % down payment under its contract. However, it was undisputed that the claimant had performed work far exceeding in value the down payment paid to it and the issue was whether the down payment received by the defendant from the employer should be considered, at least in part, as payment by the employer for the work performed by the claimant.

The defendant maintained that the down payment had been received before any work had been performed and that there was no legal or contractual basis to re-allocate this down payment *ex post facto* among the parties based on work performed or the damage a party claimed to have suffered.

However, the tribunal disagreed, stating that a down payment is merely a payment on account of work to be performed in future and that no contractor has an inherent right to keep the same. The tribunal noted that the employer had acknowledged certified works and supplies which included all of the work for which the claimant was seeking payment. Furthermore, the employer considered that all civil works carried out by the claimant had been paid for.

On the other hand, the defendant alleged that the tribunal ought to take account of the defendant's alleged loss and related claim against the employer. But the tribunal said that a "non-adjudicated" claim by the defendant against the employer was incapable of being held against the claimant. The tribunal concluded:

"...The Defendant has been paid – as soon as on June 15, 1988 (the date of contract termination) – by the Employer in respect of the work performed by the Claimant. Thus the payment condition was met on this date and the Defendant must accordingly pay the Claimant".

Thus, while the tribunal had found that the "pay when paid" clause had, in the context of this particular subcontract, made payment by the employer of the main contractor a condition precedent to the payment of the subcontract, the tribunal concluded that, on the facts, such condition precedent had been satisfied and the subcontractor, therefore, was entitled to be paid.

IV. TERMINATION OF THE CONTRACTOR FOR DEFAULT (CLAUSE 63)

Case No. 5948 dealt with a number of interesting issues that arise in the case of the termination (or purported termination) by the employer of a contract based on the FIDIC Conditions in reliance upon a certificate (or purported certificate) of the engineer under Clause 63 of the FIDIC Conditions, second edition. The case concerned the construction by an American contractor of a hospital for the government of an Arab State. The engineer under the contract

Le défendeur soutenait qu'il avait reçu l'acompte avant le commencement des travaux et qu'il n'existait aucun fondement, contractuel ou légal, pour redistribuer cet acompte entre les parties *ex post facto*, en raison de travaux exécutés ou d'un dommage qu'une partie prétendrait avoir subi.

Le tribunal n'admet pas cette analyse car il considère qu'un acompte est simplement un paiement relatif à des travaux devant être exécutés dans le futur et qu'aucun entrepreneur ne bénéficie d'un droit permettant en soi de le retenir. Le tribunal relève que le maître de l'ouvrage avait prononcé la réception de travaux et fournitures qui incluaient toutes les prestations pour lesquelles le demandeur exigeait paiement. De surcroît, le maître de l'ouvrage considérait que tous les travaux accomplis par le demandeur étaient couverts par le versement.

D'autre part, le défendeur soutenait que le tribunal devait tenir compte des pertes qu'il alléguait et des créances contre le maître de l'ouvrage qui en résultaient. Le tribunal juge qu'une créance litigieuse entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage n'ayant pas fait l'objet d'une décision, ne saurait être opposée au demandeur. Le tribunal conclut :

«Le défendeur a été payé, dès le 15 Juin 1988 (date de la résiliation du contrat), par le maître de l'ouvrage pour les travaux exécutés par le demandeur. Dès lors, la condition suspensive du paiement était réalisée à cette date et le défendeur devait, en conséquence, payer le demandeur».

Ainsi, le tribunal, compte tenu des termes du sous-contrat en cause, considère que la clause «pay when paid» faisait du paiement de l'entrepreneur principal par le maître de l'ouvrage une condition suspensive du paiement du sous-traitant par l'entrepreneur ; que les faits de l'espèce révélaient que cette condition s'était réalisée et que, en conséquence, le sous-traitant avait droit au paiement.

IV. RÉSILIATION DU CONTRAT POUR FAUTE DE L'ENTREPRENEUR (CLAUSE 63)

L'affaire No 5948 soulève d'importantes questions qui se posent dans le cas d'une résiliation d'un contrat FIDIC (ou prétendue résiliation) par le maître de l'ouvrage, sur le fondement d'un Certificat-Clause 63 des Conditions FIDIC, 2^e édition (ou prétendu tel), délivré par l'ingénieur. Le contrat concernait la construction, par un entrepreneur américain, d'un hôpital pour le compte d'un État arabe.

L'ingénieur désigné était un fonctionnaire du Ministère des Travaux publics de l'État concerné. Le maître de l'ouvrage soutenait qu'il avait valablement résilié le contrat de construction en vertu de la Clause 63 et le premier point litigieux était donc celui de la régularité de ladite résiliation.

L'on sait que pour que le maître de l'ouvrage puisse résilier un contrat de construction pour l'une des raisons énumérées à la clause 63 (1), il est nécessaire qu'en premier lieu, l'ingénieur ait averti par écrit le maître de l'ouvrage que, selon lui, l'entrepreneur n'exécute pas les travaux conformément au contrat. Dès lors, la première question que le tribunal devait trancher était celle de l'effet, en droit, des lettres et/ou avertissements de l'ingénieur délivrés dans le cadre de la clause 63 (1) des Conditions FIDIC.

Pour ce faire, le tribunal rappelle que la clause 63 est une « clause de confiscation » et que « si l'on veut s'en prévaloir, les conditions de sa mise en œuvre doivent être strictement respectées ». Le tribunal poursuit :

« Il ne pouvait y avoir prise de possession du site puis expulsion sur le fondement de cette clause (et donc aucun certificat-Clause 63(3) valable) [note de l'auteur : certificat de paiement certifiant qu'un paiement est dû au bénéfice soit de l'entrepreneur soit du maître de l'ouvrage] sans qu'en premier lieu, l'ingénieur n'eût averti par écrit le défendeur que, selon lui, l'entrepreneur n'exécutait pas les travaux conformément au contrat ou négligeait de façon flagrante ou persistante de s'acquitter de ses obligations. C'est seulement si un tel avertissement avait été adressé par l'ingénieur au défendeur que celui-ci aurait pu mettre en demeure l'entrepreneur de s'exécuter dans les 14 jours, qu'il aurait pu entrer sur le site, et en expulser l'entrepreneur. La première question est donc celle de savoir si le Gouvernement démontre que l'avertissement écrit de la Clause 63 (1) avait été valablement délivré par l'ingénieur. A défaut, le défendeur ne pouvait pas se prévaloir de la mise en œuvre de la clause 63 (3), pour ne pas être entré sur le site et en avoir expulsé l'entrepreneur "conformément à cette Clause" et donc pour ne pas avoir satisfait à une condition préalable à la délivrance d'un certificat de la clause 63 (3). »

Le tribunal retient que le document, dont le défendeur soutenait qu'il constituait un avertissement de l'ingénieur au sens de la clause 63 (1), ne satisfaisait pas aux exigences de ladite clause étant donné que :

was an official of the Ministry of Public Works of the State concerned. The employer claimed to have validly terminated the construction contract pursuant to Clause 63 and the first issue to be considered by the tribunal was, therefore, whether the employer's termination of the contract based on that clause was valid.

As is well known, in order for the employer to be able to terminate a construction contract under one ground in Clause 63 (1), the engineer must first have certified in writing to the employer that in his opinion the contractor was not executing the works in accordance with the contract. The first question therefore for the tribunal to consider was the effect in law of the engineer's letters and/or certificates issued under Clause 63 (1) of the Conditions of Contract.

With respect to this issue, the tribunal stated that Clause 63 is a "forfeiture clause" and that "if it is to be relied upon, its machinery must be complied with strictly". The tribunal, then, continued as follows:

" There can be no entry and expulsion under that clause (and therefore no valid certificate under Clause 63(3)) [author's note: providing for the issuance of a payment certificate by the engineer certifying that a payment was required to be made either to the contractor or to the Employer] unless in the first instance the Engineer has certified in writing to the Defendant as far as is herein relevant that in his opinion the Contractor was not executing the Works in accordance with the Contract or was persistently or flagrantly neglecting to carry out his obligations. If, and only if, such certificate is addressed by the Engineer to the Defendant the latter may give 14 days written notice to the Contractor, enter upon the site, and expel the Contractor therefrom. The first question, therefore, is whether the Government can demonstrate that there was a valid certificate in writing by the Engineer under Clause 63(1). Without such a valid certificate the Defendant cannot invoke the machinery of Clause 63 (3), for it would not have entered upon the site and expelled the Contractor 'under this Clause', and thus a condition precedent to the issuance of a certificate under Clause 63 (3) would not have been fulfilled".

The tribunal held that the document relied upon by the defendant as a certificate of the engineer under Clause 63 (1) was not a certificate satisfying the requirements of that Clause as:

i) it was not addressed to the defendant (the employer) but to the contractor, although a copy was sent to an official of the employer,

ii) it was "debatable" whether it was a communication from the engineer or the Employer, and

iii) the document did not in form "certify" anything at all. It did not use the word "certify".

While the tribunal acknowledged that these were "very technical objections", it emphasized that the Clause was a "forfeiture clause". In this light, the tribunal concluded that these objections were valid.

Having found that the employer had not complied with the procedure in Clause 63, the tribunal concluded that the engineer's letter or decision awarding a sum to the defendant pursuant to Clause 63 (3) was invalid. Accordingly the tribunal found that nothing was due to the employer pursuant to that clause, and that the contractor had not been validly expelled from the site under Clause 63.

Nevertheless, the employer raised a further argument. Assuming the contractor had not been validly expelled from the site in accordance with Clause 63, had it (the employer argued) been lawfully expelled from the site "as an exercise of any right available to the employer under the contract and/or as a matter of general law"? While the tribunal acknowledged that:

"(n)othing in Clause 63 of the Contract provides that the Defendant's right to exercise the option conferred upon it by that Clause is to be the exclusive remedy...",

the tribunal concluded that the necessary pre-requisites under the applicable law for a valid rescission of the contract by the employer had not been established. Accordingly, the tribunal found the employer's termination of the contract to have been wrongful.

V. DAMAGES THAT ARE PAYABLE WHERE AN ADVANCE PAYMENT IS PAID LATE

In case No. 5948 [1993], an advance payment had been duly certified by the engineer and the contractor had promptly provided the employer with an advance payment guarantee. However, the advance payment was paid with a delay of 202 days and, consequently, the contractor claimed damages for late payment of the amount involved.

i) il n'était pas adressé au défendeur (maître de l'ouvrage) mais à l'entrepreneur, même si copie avait été adressée à un représentant du maître de l'ouvrage,

ii) on était en droit de se demander si c'était une communication provenant de l'ingénieur ou du maître de l'ouvrage, et

iii) formellement, le document ne « certifie » rien du tout ; le mot « certifie » n'est pas utilisé.

Tout en reconnaissant qu'il s'agit « d'objections de détail », le tribunal estime qu'elles sont néanmoins recevables compte tenu du fait que cette Clause est une « clause de confiscation ».

Ayant constaté que le maître de l'ouvrage n'avait pas respecté la procédure prévue à la clause 63, le tribunal juge que la lettre ou décision de l'ingénieur lui octroyant une somme d'argent sur le fondement de la clause 63 (3) n'est pas valable. Il en déduit que le maître de l'ouvrage n'avait aucune créance fondée sur cette clause et que l'entrepreneur n'avait pas été valablement expulsé du site.

Mais le maître de l'ouvrage soulevait un autre argument. Si l'on considère que l'entrepreneur n'a pas été valablement expulsé du site sur le fondement de la clause 63, n'a-t-il pas été (soutenait le maître de l'ouvrage) légalement expulsé du site « en vertu d'un droit du maître de l'ouvrage, résultant du contrat et/ou, plus généralement, de la loi » ? Tout en reconnaissant que :

« la clause 63 du contrat ne stipule nullement que le droit d'option qu'elle confère au défendeur est exclusif de tout autre moyen de réparation... »,

le tribunal constate que le maître de l'ouvrage ne rapporte pas la preuve qu'il a satisfait aux exigences nécessaires, selon le droit applicable, à une résiliation valable du contrat. Dès lors, le tribunal juge fautive la résiliation du contrat par le maître de l'ouvrage.

V. DOMMAGES-INTÉRÊTS DUS EN CAS DE VERSEMENT TARDIF D'UNE AVANCE

Dans l'affaire No 5948 de 1993, une avance de paiement avait été dûment ordonnée par l'ingénieur et l'entrepreneur avait rapidement fourni au maître de l'ouvrage une garantie de restitution. Malgré cela, l'avance fut versée avec 202 jours de retard et, en conséquence, l'entrepreneur demandait des dommages-intérêts pour retard dans le versement du montant en cause.

Selon le tribunal, l'entrepreneur peut évaluer le préjudice né de cette inexécution du contrat sur l'une des deux bases suivantes :

- i) la valeur du coût d'utilisation, sur 202 jours, d'une somme d'argent égale au montant de l'avance. Cela pourrait à première vue être mesuré en appliquant un taux d'intérêt raisonnable pendant cette période ; ou
- ii) les pertes qu'il a subies du fait de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé, pendant 202 jours, d'affecter cette somme à la poursuite des travaux.

En ce qui concerne la deuxième base d'évaluation, le tribunal relève que l'entrepreneur devrait être admis à recouvrer les dépenses et frais supplémentaires engagés :

- (i) du fait de l'inexécution du contrat (c'est-à-dire rendues inutiles à cause du versement tardif de l'avance ou qui n'ont été engagés qu'en raison de ce retard) ; et
- (ii) qui étaient une conséquence raisonnablement prévisible de cette inexécution.

En ce qui concerne les dépenses rendues inutiles à cause du versement tardif de l'avance ((i) ci-dessus), le tribunal décide :

« les dépenses engagées pour les [travaux préparatoires] sont perdues dans la mesure où le personnel chargé du projet n'est plus en mesure de réaliser un travail utile, mais ne peut être ni licencié ni déplacé sur d'autres projets, compte tenu du fait que les travaux peuvent reprendre à tout moment.

Le retard dans le versement de l'avance fut tel que les frais de personnel et tous autres frais liés au temps furent perdus.

Tenant compte de ces considérations, jugeons qu'un pourcentage de 20 % des dépenses correspondant aux frais généraux, aux salaires du personnel, à l'assurance maladie, aux frais du personnel, aux frais postaux et DHL, aux transports aériens, frais divers, frais d'hôtels, de visas, d'électricité, téléphone et télex, ne furent pas perdus et que 20 % de ces dépenses devraient être déduits comme correspondant à des travaux utiles ».

Sur la prévisibilité ((ii) ci-dessus) :

« Nous considérons que le demandeur était, tout au long du projet, largement dépendant, pour le financement des travaux et le respect du programme, de l'exécution à échéance par le défendeur de ses obligations contrac-

The tribunal held that the contractor could recover its costs for this breach of contract on one of two bases:

- i) the commercial value at the relevant time of the right to use for 202 days a sum of money equal to the advance payment. This would prima facie be measured by applying a fair commercial rate of interest over the period; or
- ii) the consequential losses suffered by the contractor by reason of its inability to spend such sum 202 days earlier in furthering the contract works.

With respect to the second ground, the tribunal noted that the contractor should in principle be able to recover any net extra expenditures and liabilities incurred by it which:

- (i) were caused by the breach of contract (i.e., were rendered abortive by the lateness of the advance payment or would not have not been incurred at all but for that lateness); and
- (ii) were a reasonably foreseeable consequence of that breach.

With respect to what costs "were rendered abortive by the lateness of the advance payment" ((i) above), the tribunal stated as follows:

"The costs of [preparatory work] became abortive to the extent that the personnel in charge of the project is no longer in a position to achieve productive work, but cannot be dismissed or directed to other projects in view of the expectation that the works may actually continue at any time.

The period of the advance payment delay was ultimately of such length that most of the personnel and other time related costs became abortive.

In view of these considerations we find that a percentage of 20 % of the allowable costs for home office overheads, staff salaries, medical insurance, staff expenses, postage and DHL, air fares, sundry expenses, hotel accounts, visa fees, site electricity and telephone/telex was not abortive and 20 % thereof should be deducted as the value of productive work".

With respect to the issue of foreseeability ((ii) above), the tribunal then stated as follows:

"We are satisfied that the Claimant was throughout largely dependent upon the prompt effectuation of Contract payment obligations by the Defendant to enable the work to be funded and proceed in accordance with the programme. We

find that it was from the outset reasonably foreseeable, and in truth foreseen, by the Defendant that any failure on its part to make payments when legally due was quite likely to result in delay to the work, and in increased outlays by the Claimant arising from the consequent need to devote resources to their task over a lengthier duration and with impaired economic efficiency. There is no doubt that this is what, to an appreciable extent, occurred".

However, the tribunal then noted that it was for the claimant to establish with reasonable particularity the nature and extent of the losses it claimed to have suffered, and the tribunal then went on to consider the evidence which the claimant had produced on this issue.

VI. WHETHER THE FIDIC AND ENAA FORMS CONSTITUTE TRADE USAGES

Case No. 8873 [1997] dealt with the issue whether the principles contained in the FIDIC or ENAA (Engineering Advancement Association of Japan) form of construction contract had become so widely accepted as to constitute veritable trade usages which might apply in the construction industry even to a case where the parties had not expressly agreed to adopt them. Unsurprisingly, the tribunal concluded that the principles in these forms of contract did not satisfy the requirements to become trade usages as:

(i) the solutions provided by these forms of contract were not found to have been applied in practice with a sufficient degree of uniformity, and

(ii) the party invoking this theory could not prove that the principles embodied in these forms were applied in the construction industry in the absence of an express of agreement of the parties.

tuelles de paiement. Il était prévisible dès le début, et effectivement prévu par le défendeur, que toute défaillance de sa part de payer à échéance provoquerait très probablement un retard dans les travaux et des dépenses accrues pour le demandeur résultant de la nécessité d'y affecter des ressources sur une plus longue période et avec une rentabilité incertaine. Il n'y a aucun doute que ce fut le cas dans une large mesure ».

Toutefois le tribunal précise qu'il appartient au demandeur d'établir, avec une précision raisonnable, la nature et l'étendue des pertes qu'il prétend avoir subies ; et le tribunal examine les éléments de preuve que produit le demandeur à cet effet.

VI. LES MODÈLES DE CONTRAT FIDIC ET ENAA CONSTITUENT-ILS DES USAGES DU COMMERCE ?

Dans l'affaire No 8873 de 1997, il s'agissait de déterminer si les principes contenus dans les modèles de contrat de construction FIDIC et ENAA (Engineering Advancement Association of Japan) sont aujourd'hui suffisamment largement admis pour constituer de véritables usages du commerce, susceptibles d'être appliqués dans le domaine de la construction, même en l'absence d'adhésion expresse des parties. Sans surprise, le tribunal juge que les principes contenus dans ces contrats-type n'ont pas le caractère d'usages du commerce étant donné :

(i) qu'il n'est pas établi que les solutions adoptées par ces modèles ont été appliquées, en pratique, avec suffisamment d'uniformité et,

(ii) que la partie se prévalant de leur caractère d'usages du commerce ne rapporte pas la preuve que les principes contenus dans ces modèles sont appliqués, dans le domaine de la construction, en l'absence d'un accord exprès des parties.

Notes

La rédaction de la Revue de Droit des Affaires Internationales remercie la Chambre de commerce internationale et la Cour internationale d'arbitrage de l'autorisation qui lui a été donnée de reproduire ce commentaire de Monsieur Seppala, paru dans le Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 9/N° 2 – ISSN 1017-28X. Publié par la Chambre de Commerce internationale. Copyright © 1998 – Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

1. Le sigle « FIDIC » correspond à la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, qui a son siège à Lausanne, Suisse.

2. L'auteur remercie François-Xavier Train, Avocat au barreau de Paris (Cabinet Leboulanger) et ATER à l'Université de Paris X Nanterre, pour la sélection des extraits de sentences FIDIC récentes objet du présent commentaire.

3. Aux termes des Conditions FIDIC, l'ingénieur est une personne désignée par le maître de l'ouvrage pour, entre autres choses, superviser le travail de l'entrepreneur et résoudre les différends existant entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, au moins à titre provisoire. L'ingénieur peut aussi être le concepteur des travaux.
4. Contrairement aux FIDIC Conditions for Works of Civil Engineering Construction, les FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (le « Orange Book »), publiées en 1995, ne visent pas un système d'arbitrage particulier dans leur Partie I, mais proposent l'arbitrage CCI comme une option, parmi d'autres, dans leur Partie II.
5. Cf. Vol. 9/No 1, mai 1998, du Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI.
6. Pour d'autres sentences CCI relatives aux Conditions FIDIC, voir notamment : (i) Recueils des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985 (Vol. I), 1986-1990 (Vol. II) et 1991-1996 (Vol. III), ICC Publishing S.A., Kluwer Law International ; (ii) *The International Construction Law Review* (« ICLR »), Vols. 1 à 3 (1983-1986) et Vol. 6 (1989), Lloyds of London Press, Ltd. ; et (iii) *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers.
7. Cf. le Supplément à la 4^e édition (1987) des Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction publié en 1996 par la FIDIC qui, entre autres choses, prévoit un Dispute Adjudication Board, comme une « alternative acceptable » à l'ingénieur dans sa fonction de résolution des litiges. Cf. aussi Ch. R. Seppala : « The FIDIC Provision for a Dispute Adjudication Board », *ICLR* (Londres), 1997, p. 443s., et en version bilingue anglais-français dans *RDAl* No 8, 1997, p. 967s.
8. Pour un commentaire de la Clause 67 des Conditions FIDIC (3^e éd.), cf. Ch. R. Seppala : « The Pre-Arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contract », *ICLR*, 1986, p. 315s ; en version bilingue anglais-français : *RDAl*, No 6, 1987, p. 579s. ; Wallace : « The Time Bar in FIDIC Clause 67 », *ICLR* 1985, p. 330.
9. 1965) 5 *Building Law Reports*, 83, 91.
10. Cf. Ch. R. Seppala : « The Pre-Arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contract », cité *supra*.
11. Cf. l'affaire No 3790 de 1983, 1 *ICLR*, 372 (1983-84) et l'affaire No 4707 de 1986, 3 *ICLR*, 470 (1985-86).
12. Cf. la Clause 67-1 de la 4^e édition des Conditions FIDIC.
13. Cette sentence fait partie de la première série de sentences FIDIC publiées dans le numéro de juin 1991 (Vol. 2/N° 1) du Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI.
14. Le modèle anglais de sous-contrat FCEC a souvent été utilisé avec des contrats principaux basés sur les Conditions FIDIC jusqu'en 1994, date à laquelle la FIDIC a publié son propre modèle de sous-contrat conçu pour être utilisé avec la 4^e édition des Conditions FIDIC. Cf. FIDIC's Conditions of Subcontract for Works of Civil Engineering Construction, première édition de 1994 ; et cf. Ch. R. Seppala : « The New FIDIC International Civil Engineering Subcontract », 12 *ICLR* 6 ; en version bilingue anglais-français : *RDAl*, No 6, 1995, p. 659s.
15. L'article 18 du Règlement intérieur de la Cour de la CCI applicable (1975) (article 13 du Règlement interne de 1988) énonce : « Lorsqu'une partie introduit une demande d'arbitrage relative à une relation juridique faisant déjà l'objet d'une procédure d'arbitrage entre les mêmes parties et pendante devant la Cour internationale d'arbitrage, celle-ci peut décider de joindre cette demande à la procédure en cours, sous réserve des dispositions de l'article 16 du Règlement d'Arbitrage de la CCI ». Dans les affaires No 5898 et No 5948, ni la « relation juridique » (c'est-à-dire le contrat litigieux), ni les « parties » n'étaient les mêmes. Dans le Règlement d'arbitrage de 1998, cette question fait l'objet de l'article 4-6.
16. Affaire No 5333 publiée dans 4 *ICLR*, 321, 327 (1987).
17. 72 *Building Law Reports* 15 (1994).
18. Dans l'affaire M.J. Gleeson Group, la clause 18, alinéa 2, (basée sur l'édition de 1987 du modèle de contrat FCEC) stipulait : « Si un litige naît en relation avec le contrat principal et dont l'entrepreneur estime qu'il touche ou concerne les travaux relatifs au sous-contrat, l'entrepreneur pourra, à condition qu'un arbitre(s) n'ait pas encore été convenu ou désigné en application de l'alinéa précédent, en adressant une notification écrite au sous-traitant, exiger que tout litige issu du présent sous-contrat sera résolu avec celui issu du contrat principal, à travers une procédure unique, conduite conformément à la clause 66 du contrat principal. Dans le cadre de cette procédure unique, le sous-traitant sera lié par toute décision de l'ingénieur ou sentence arbitrale, de la même façon que l'entrepreneur principal ».
19. Les clauses « pay when paid », « pay if paid » et autres du même esprit, ont donné lieu à peu de décisions judiciaires publiées ailleurs qu'aux États-Unis, où l'usage de ce type de clauses, très répandu, provoque de nombreux contentieux judiciaires. Dans la plupart des États (des États-Unis), le problème juridique posé par ces clauses est essentiellement (ainsi que le relève le tribunal dans l'affaire No 6611 de 1993) celui de leur qualification de condition suspensive de l'obligation de l'entrepreneur principal de payer le sous-traitant, ou de simple stipulation relative au moment de ce paiement. L'opinion majoritaire (dont nous pensons qu'elle reflète une tendance de nombreuses juridictions des États-Unis à protéger le sous-traitant, qui est généralement la partie faible) est qu'elles ne régulent que le moment du paiement, cf. *Thomas J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* 303 F. 2d 655 (6th Cir. 1962) et les affaires postérieures dans le même sens. Dans quelques États (minoritaires), la loi peut sanctionner ces clauses de nullité et d'inefficacité. Ainsi, dans l'État de New-York, la Court of Appeals (juridiction suprême de cet État) a récemment jugé qu'une clause érigeant le paiement de l'entrepreneur principal en condition suspensive de la créance de paiement du sous-traitant, était contraire à la New York's Mechanics Lien Law (*West-Fair Electrical Contractors and L.J. Coppola Inc. v. The Aetna Casualty & Surety Company and Gilblane Building Company* 87 N.Y. 2nd 148, 661 NE 2nd 967, 638 NYS 2nd 394 (1995)). Voir le commentaire de cette décision par Rubin et Cruz : « Contingent Payment Clauses » Violates New York's Mechanics Lien Law », *ICLR* 1997, 245.