

# FIDIC'S NEW STANDARD FORMS OF CONTRACT: RISKS, FORCE MAJEURE, AND TERMINATION\*

## LES NOUVEAUX MODÈLES DE CONTRATS FIDIC : RISQUES, FORCE MAJEURE ET RÉSILIATION

Christopher R. SEPPALA\*\*

This article discusses FIDIC's three new Books for major works in relation to: Contractor's risk and "Employer's Risks" (1); indemnities; limitation of liability; the new *Force Majeure* Clause; and grounds and procedure for termination of the contract by the Employer and the Contractor.

These three new Books are: the new Construction Contract (2), the Plant Contract (3) and the EPC Contract (4).

### I. CONTRACTOR'S RISK AND "EMPLOYER'S RISKS" (ALLOCATION OF RESPONSIBILITY FOR DAMAGE TO THE WORKS (SUB-CLAUSES 17.2 TO 17.4)

The basic allocation of risk between the Contractor and the Employer for damage to the Works before take-over is dealt with in Sub-Clauses 17.2 to 17.4 of the new Books. The principles are essentially unchanged from those in the old Red and Orange Books. These principles (it will be recalled) are, as follows:

\* In the next issue, Christopher R. Seppala will concentrate on the second part of the topics: Claim, Resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board.

\*\* Legal Adviser, FIDIC Task Group for updating the FIDIC International Conditions of Contract. Partner, White & Case LLP, Paris.

Cet article traite des trois nouvelles séries de modèles de contrat FIDIC pour des travaux importants (*major works*) relatifs au risque à la charge de l'Entrepreneur et aux Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage ; aux indemnités ; à la limitation de responsabilité ; à la nouvelle clause de *force majeure* ; et aux causes pouvant justifier la résiliation du contrat par le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur, et à la procédure qui lui est applicable.

Ces trois nouvelles séries de modèles sont : les conditions applicables aux contrats de construction ; les conditions applicables aux contrats de réalisation d'ensembles industriels et aux contrats de conception-construction ; les conditions applicables aux projets de contrats internationaux clé en main.

### I. RISQUE À LA CHARGE DE L'ENTREPRENEUR ET RISQUES À LA CHARGE DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE (L'ALLOCATION DE LA RESPONSABILITÉ POUR LES DOMMAGES AUX TRAVAUX) (SOUS-ARTICLES 17.2 À 17.4)

L'allocation de base des risques entre l'Entrepreneur et le Maître de l'Ouvrage pour les dommages aux Travaux avant la réception des travaux fait l'objet des sous-articles 17.2 à 17.4 de la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC. Les principes n'ont fondamentalement pas été changés par rapport aux principes figurant dans les anciens Livres Rouge et Orange. Ces principes, on le rappellera, sont les suivants :

1. L'Entrepreneur assume une totale responsabilité pour l'entretien des Travaux, des matériaux et du Matériel depuis la Date de Démarrage jusqu'à l'émission d'un Certificat de Réception pour les Travaux.
2. Si une quelconque perte ou un quelconque dommage survient aux Travaux ou au Matériel autrement qu'à cause des Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage (tels que définis), l'Entrepreneur doit rectifier cette perte ou ce dommage à ses propres frais.
3. Les Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage sont essentiellement des événements ou des circonstances sur lesquels aucune des parties n'a de contrôle (tels que guerre, hostilités ou des événements de ce type) ou des événements ou circonstances causés par le Maître de l'Ouvrage directement ou indirectement.

Dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC, la responsabilité de l'Entrepreneur avant la réception s'étend maintenant non seulement aux Travaux, aux matériaux et au Matériel, mais également aux :

1. «Biens» : un nouveau terme défini dans les modèles de contrat FIDIC qui inclurait les équipements de l'Entrepreneur, qu'ils soient ou non sur le chantier ; et
2. les «Documents de l'Entrepreneur» : également un nouveau terme – qui inclurait les *software* d'ordinateur et les documents de nature technique fournis par l'Entrepreneur.

Les risques à la charge de l'Entrepreneur dans le nouveau Contrat de Construction et le Contrat de Matériel qui sont définis aux sous-articles 17.3 sont similaires à ceux figurant dans les anciens Livres Rouge et Orange.

La liste des Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage dans le Contrat EPC est plus limitée. Elle inclut seulement les paragraphes (a) à (e). Ainsi, l'utilisation ou l'occupation des Travaux par le Maître de l'Ouvrage (paragraphe (f)), la conception et l'exécution des Travaux par le Personnel du Maître de l'Ouvrage (paragraphe (g)) et les opérations des forces de la nature «non Prévisibles» (paragraphe (h)) ne sont pas reconnues comme des Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage dans le contrat EPC, et cela en gardant la philosophie de l'allocation des risques retenus dans ce modèle de contrat FIDIC, en vertu de laquelle l'Entrepreneur est obligé de supporter plus de risques.

Comme c'était le cas dans les anciens Livres Rouge et Orange, si les Travaux subissent une perte ou un dommage *en raison d'un Risque à la Charge du Maître de l'Ouvrage*, l'Entrepreneur doit rectifier cette perte ou ce dommage dans la mesure où cela est exigé par le Maître de l'Ouvrage ou l'Ingénieur. Lorsque le Maître de l'Ouvrage ou l'Ingénieur exige une rectification et que l'Entrepreneur souffre des retards et/ou subit un coût additionnel, l'Entrepreneur peut avoir droit à une prolongation du temps et au coût de la rectification (sous-clause 17.4).

1. The Contractor is required to take full responsibility for the care of the Works, materials and Plant from the Commencement Date until the Taking-Over Certificate is issued for the Works.
2. If any loss or damage happens to the Works or materials and Plant, other than due to "Employer's Risks" (as defined), the Contractor must "rectify" this loss or damage at the Contractor's cost.
3. "Employer's Risks" are generally events or circumstances over which neither party will have any control (e.g. war, hostilities and the like) or events or circumstances caused by the Employer, directly or indirectly.

Under the new Books, the Contractor's responsibility before take-over now extends not merely to the Works, materials and Plant but, in addition, to:

1. "Goods": a new defined term in the new Books – which would include Contractor's Equipment, whether on or off the Site, and
2. "Contractor's Documents": also a new term – which include computer software and documents of a technical nature supplied by the Contractor.

The Employer's Risks in the new Construction Contract and Plant Contract, which are defined in Sub-Clause 17.3, are similar to those in the old Red and Orange Books.

The list of the Employer's Risks in the EPC Contract is more limited. It only includes paragraphs (a) through (e). Thus, use or occupation of the Works by the Employer (paragraph (f)), design of the Works by the Employer's Personnel (paragraph (g)) and "Unforeseeable" operations of the forces of nature (paragraph (h)), are not recognized as Employer's Risks in the EPC Contract, in keeping with the risk allocation philosophy of that Book, under which more risk is allocated to the Contractor.

As was the case under the old Red and Orange Books, if the Works suffer loss or damage due to an Employer's Risk, the Contractor must rectify this loss or damage to the extent required by the Employer or the Engineer. Where the Employer or the Engineer requires rectification and the Contractor suffers delay and/or incurs additional cost, the Contractor may be entitled to an extension of time and to the cost of rectification [Sub-Clause 17.4].

Employer's Risks Risques de l'Entrepreneur	Comment Commentaires
(a) "war, hostilities (whether war be declared or not), invasion..."  (a) «guerre, hostilités (que la guerre soit déclarée ou non), invasion...»	May happen anywhere in the world, e.g. if a war in Eastern Europe causes losses or damages to the Contractor's Equipment or to Plant for use on a Site in China, then that is an Employer's Risk and the Contractor is entitled to recovery for the same.  Peut avoir lieu dans une quelconque partie du monde, c'est-à-dire si une guerre en Europe de l'Est cause des pertes ou des dommages à l'équipement de l'Entrepreneur ou au Matériel devant être utilisé sur un chantier en Chine, alors il s'agit d'un Risque à la Charge du Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur a droit à être indemnisé pour ce risque.
(b) "rebellion, terrorism, revolution...", and (b) «rébellion, terrorisme, révolution...» et  (c) "riot, commotion or disorder...", and (c) «émeute, commotion ou désordre...», et  (d) "munitions of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity..." (d) «munitions de guerre, matériel explosif, radiations ionisantes ou contamination par radioactivité...»	These are now all expressly limited to the country of the Works.  [Note: that "munitions of war" and "explosive materials" are new Employer's Risks since the test editions.]  Ces risques sont maintenant expressément limités au pays où se déroulent les Travaux (on mentionnera que «des munitions de guerre» et «des matériaux explosifs» sont des risques <i>nouveaux</i> du Maître de l'Ouvrage depuis les éditions test).
(e) "pressure waves caused by aircraft..."  (e) «ondes de pression causées par des avions...»	No geographic limit. (Arguably, this could also have been limited to the country of the Works, but this was not done).  Pas de limite géographique (cela aurait aussi pu être limité au pays où se déroulent les Travaux, mais cela n'a pas été le cas).
(f) "use or occupation by the Employer...", and (g) "design... by the Employer's Personnel..."  (f) «utilisation ou occupation par le Maître de l'Ouvrage...» et (g) «conception... par le Personnel du Maître de l'Ouvrage...»	Basically, here talking of fault of the Employer. No geographic limit.  En fait, l'on parle de la faute du Maître de l'Ouvrage, pas de limite géographique.
h) "operation of the forces of nature which is Unforeseeable"  (h) «opération des forces de la nature qui n'est pas Prévisible...»	Again, no geographic limit.  A nouveau, pas de limite géographique.

Pour que l'Entrepreneur rectifie les Travaux qui ont été perdus ou endommagés en raison d'un Risque à la Charge du Maître de l'Ouvrage, l'Entrepreneur a-t-il le droit de récupérer les bénéfices en plus du coût de la rectification ? Dans le passé, la FIDIC avait adopté différentes positions sur cette question :

1. Dans le vieux Livre Rouge (sous-article 20.3), l'Entrepreneur avait droit dans *tous* les cas aux Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage à «un paiement additionnel au Montant du Marché en vertu de l'article 52», ce qui impliquait qu'il avait droit aux bénéfices.
2. Néanmoins, dans le Livre Orange (sous-article 17.4), l'Entrepreneur avait le droit dans *tous* les cas uniquement au coût, ce qui impliquait qu'il n'avait *pas* droit aux bénéfices.

La nouvelle série de modèles de contrat FIDIC adopte une position intermédiaire. En général, l'Entrepreneur n'a le droit de récupérer que ses coûts mais dans la situation décrite au paragraphe (f) [utilisation ou occupation par le Maître de l'Ouvrage] et au paragraphe (g) [conception par le Maître de l'Ouvrage], l'Entrepreneur a droit également à «un bénéfice raisonnable». Le principe est qu'il s'agit ici de situations où le Maître de l'Ouvrage, en fait, viole le contrat. De ce fait, l'Entrepreneur devrait avoir le droit de récupérer son bénéfice alors que, dans les autres cas, le Maître de l'Ouvrage n'est pas fautif et, de ce fait, il devrait y avoir un partage du risque avec l'Entrepreneur, ce dernier acceptant d'abandonner son droit au bénéfice.

Comme les paragraphes (f) et (g) ne figurent pas dans la liste des Risques à la Charge du Maître de l'Ouvrage du Contrat EPC, la question du droit au bénéfice ne se pose pas du tout dans ce modèle de contrat FIDIC.

## II. INDEMNITÉS (SOUS-ARTICLE 17.1)

Dans l'ancien Livre Rouge, l'Entrepreneur était responsable non seulement pour le soin des Travaux à partir de la Date de Démarrage jusqu'à la réception, mais il était également responsable, dans une certaine mesure, des choses qui survenaient en raison de ou à la suite de son exécution des Travaux, et tenu de remédier aux défauts y figurant. Ainsi, si l'Entrepreneur était soumis à des pertes ou à des réclamations pour :

- (a) la mort ou des préjudices corporels causés à toute personne ; ou
- (b) la perte ou un dommage matériel causé à tout bien (autre que les Travaux) ;

pouvant provenir ou être une conséquence de l'exécution des tâches de l'Entrepreneur, l'Entrepreneur devait indemniser le Maître de l'Ouvrage pour toute

Where the Contractor rectifies Works which have been lost or damaged as the result of an Employer's Risk, is the Contractor entitled to recover profit in addition to the cost of rectification? In the past, FIDIC has taken different positions on this:

1. Under the old Red Book [Sub-Clause 20.3], the Contractor was entitled in *all* cases of Employer's Risks to "an addition to the Contract Price in accordance with Clause 52", implying he is entitled to profit.
2. However, under the Orange Book [Sub-Clause 17.4], the Contractor was entitled in *all* cases only to cost, implying he is *not* entitled to profit.

The new Books take an intermediate position. In general, the Contractor is only entitled to recover his cost, but in the case of paragraph (f) [use or occupation by the Employer], and paragraph (g) [design by the Employer], the Contractor is entitled to "reasonable profit" as well. The theory here is that these are cases where the Employer is, in effect, in breach of contract and, therefore, the Contractor should be entitled to recover his profit, whereas in the other cases the Employer is not at fault and, therefore, there should be some sharing of risk by the Contractor, by his giving up an entitlement to profit.

As paragraphs (f) and (g) are not contained in the list of Employer's Risks in the EPC Contract, the issue of entitlement to profit does not arise at all in relation to that Book.

## II. INDEMNITIES [SUB-CLAUSE 17.1]

Under the old Red Book, not only was the Contractor responsible for the care of the Works, from the Commencement Date until takeover, but he was also to a certain extent responsible for things that arise out of or as a consequence of his execution of the Works or remedying of any defects therein. Thus, if the Employer were subject to losses or claims for:

- (a) death or injury to any person, or
- (b) loss or damage to any property (other than the Works), arising out of, or as a consequence of, the performance of the Contractor's duties, the Contractor was required to indemnify the Employer against such claims or losses

[Sub-Clause 22.1] subject to certain exceptions [Sub-Clause 22.2]. The Orange Book contains a somewhat similar indemnity [Sub-Clause 17.1].

Under the new Books, the Contractor continues to be responsible for losses or claims that arise out of, or as a consequence of, the Contractor's design (if any) and execution of the Works and remedying defects. However, while the Contractor must indemnify the Employer for losses or claims for bodily injury, disease or death of any person, regardless of whether or not the Contractor was negligent (unless positively caused by the Employer or his agents) recognizing the Contractor's overriding control over Site operations, the Contractor is only liable to indemnify the Employer for property damage where the Contractor has been negligent or committed a breach of contract [Sub-Clause 17.1(b)].

The policy adopted by FIDIC in the new Books is in line with the policy in the major U.K. and other standard forms (5).

### III. LIMITATION OF LIABILITY [SUB-CLAUSE 17.6]

There is no clause providing for limitation of the Contractor's liability in the old Red Book, perhaps because the Contractor would be engaged in little or no design under that Book and, therefore, his exposure to liability was considered more limited. On the other hand, perhaps partly because the design and manufacture of electrical and mechanical works was considered to expose the Contractor to greater risk of liability, the old Yellow Book went to great lengths to limit the Contractor's liability.

The old Yellow Book limited the Contractor's liability in three main respects:

1. by providing generally that neither party would be liable to the other for loss of profit or any other indirect or consequential damage [Sub-Clause 42.1];
2. by limiting the Contractor's liability to the sum stated in the contract or, if no sum were stated, the Contract Price [Sub-Clause 42.2]; and
3. by expressly excluding the Contractor's liability for defects and other things after the expiry of the Defects Liability Period, as defined, except in the case of Gross Misconduct, as defined [Sub-Clauses 30.12 and 42.3] (6).

perte ou pour toute réclamation (sous-article 22.1) sous réserve de certaines exceptions (sous-article 22.2). Le Livre Orange prévoit une indemnisation assez similaire (sous-article 17.1).

Dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC, l'Entrepreneur continue à être responsable des pertes ou des réclamations découlant, le cas échéant, ou étant une conséquence de la conception de l'Entrepreneur et de l'exécution des Travaux et du remède aux défauts. Néanmoins, alors que l'Entrepreneur doit indemniser le Maître de l'Ouvrage pour les pertes ou les réclamations pour des blessures corporelles, la maladie ou la mort de toute personne, que l'Entrepreneur ait été négligent ou non (sauf à ce que cela ait été causé expressément par le Maître de l'Ouvrage ou ses agents), reconnaissant ainsi le contrôle prépondérant de l'Entrepreneur sur les opérations du Chantier, l'Entrepreneur ne doit indemniser le Maître de l'Ouvrage pour des dommages aux biens que lorsque l'Entrepreneur est négligent ou a commis une violation du contrat (sous-article 17.1(b)).

La position adoptée par la FIDIC dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC est en accord avec celle des modèles de contrat standard les plus répandus en Angleterre et ailleurs.

### III. LIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ (SOUS-ARTICLE 17.6)

Il n'existe pas d'article prévoyant la limitation de responsabilité de l'Entrepreneur dans l'ancien Livre Rouge, peut-être parce que l'Entrepreneur fournissait peu ou pas de conception en vertu de ce modèle de contrat FIDIC et, de ce fait, il était considéré que le risque que sa responsabilité ne soit engagée était plus limité. Par ailleurs, peut-être en partie parce que l'on considérait que la conception et la production des travaux électriques et mécaniques exposaient l'Entrepreneur à un risque plus grand de responsabilité, l'ancien Livre Jaune limitait la responsabilité de l'Entrepreneur et contenait de nombreuses stipulations dans ce sens.

L'ancien Livre Jaune limitait la responsabilité de l'Entrepreneur de trois manières :

1. en prévoyant généralement qu'aucune des parties ne serait responsable envers l'autre pour la perte des bénéfices ou d'un autre dommage indirect ou conséquentiel (sous-article 42.1) ;
2. en limitant la responsabilité de l'Entrepreneur à la somme figurant dans le contrat ou, si aucune somme n'était indiquée, au Montant du Marché (sous-article 42.2) ; et
3. en excluant expressément la responsabilité de l'Entrepreneur pour les défauts et les autres choses après expiration du Délai de Garantie, tel que défini, sauf en cas de Faute Grave (*Gross Misconduct*) telle que définie (sous-articles 30.12 et 42.3).

Comme le Livre Jaune, le Livre Orange exclut la responsabilité de l'Entrepreneur pour la perte de l'usage, la perte du bénéfice et pour les dommages indirects ou conséquentiels, sous réserve de certaines exceptions. De plus, comme dans le Livre Jaune, le Livre Orange a placé une limite monétaire spécifique à la responsabilité totale de l'Entrepreneur à l'égard du Maître de l'Ouvrage. Il a été dit que cette responsabilité serait limitée au Montant du Marché, sous réserve des mêmes exclusions (sous-article 17.6).

Néanmoins, comme le Livre Rouge, et contrairement au Livre Jaune, le Livre Orange n'a pas exclu la responsabilité de l'Entrepreneur en cas de défauts et autres choses après expiration du Délai de Garantie (après la « Période Contractuelle » (« *Contract Period* ») dans le Livre Orange). Par conséquent, l'Entrepreneur resterait responsable des défauts jusqu'à l'expiration du délai de prescription.

#### **Quels éléments ont changé maintenant dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC pour les travaux importants ?**

Premièrement, il existe maintenant une disposition (sous-article 17.6) limitant la responsabilité de l'Entrepreneur dans *toute la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC*, y compris le nouveau Contrat de Construction. Comme dans le Livre Orange, la nouvelle Clause :

1. exclue la responsabilité de l'Entrepreneur (et du Maître de l'Ouvrage) pour, entre autres, la perte de l'usage des Travaux, la perte du bénéfice, la perte de tout contrat et pour les dommages indirects ou conséquentiels que l'autre partie peut avoir subis ; et
2. place une limite monétaire à la responsabilité totale de l'Entrepreneur sous réserve de certaines exceptions.

Le deuxième changement est que, contrairement au Livre Orange, la nouvelle Clause ne spécifie pas, ne propose pas ou ne recommande pas une quelconque limite monétaire à la responsabilité de l'Entrepreneur dans les Conditions Générales. Il n'a pas été considéré souhaitable de placer une limite dans les Conditions Générales étant donné que la limite qui serait appropriée variera de manière importante en fonction, entre autres, de la nature et de l'importance des Travaux à effectuer, du risque associé à ces Travaux et de l'étendue des obligations de l'Entrepreneur, à savoir s'il est chargé de la conception et de l'exécution des Travaux de manière clé en main ou non. De ce fait, les Conditions Générales prévoient maintenant, comme l'ancien Livre Jaune, que si rien n'est dit dans les Conditions Particularées sur le montant de cette limite, la limite sera effectivement celle du « Montant du Marché » ou, dans les nouveaux Contrats de Matériel et EPC, le « Montant Accepté du Contrat ».

Like the Yellow Book, the Orange Book excluded the Contractor's liability for loss of use, loss of profit and indirect or consequential damage, subject to certain exceptions (7). In addition, like the Yellow Book, the Orange Book placed a specific monetary limit on the Contractor's total liability to the Employer. The Contractor's total liability to the Employer was said to be limited to the Contract Price, subject to the same exceptions (8) [Sub-Clause 17.6].

However, like the Red Book and unlike the Yellow Book, the Orange Book did not exclude the Contractor's liability for defects and other things after the expiry of the Defects Liability Period (after the "Contract Period" in the Orange Book). Consequently, the Contractor would remain liable for defects until expiry of the relevant statute of limitations.

#### **What has Changed Now in the New Books for Major Works?**

First, there is now a provision [Sub-Clause 17.6] providing for limitation on the Contractor's liability in *all* the new books, including the new Construction Contract. Like the Orange Book clause, the new clause:

1. excludes the Contractor's (and Employer's) liability for, among other things, loss of use of the Works, loss of profit, loss of any contract and for indirect or consequential damage which may be suffered by the other party, and
2. places a monetary limit on the Contractor's total liability subject to certain exceptions.

The second change is that, unlike the Orange Book, the new clause does not specify, propose or recommend any particular monetary limit on the Contractor's liability in the General Conditions. We did not wish to put a limit in the General Conditions as the limit which might be appropriate would vary widely depending, among other things, on the nature and importance of the Works to be constructed, the risks involved and the extent of the Contractor's obligations e.g. whether he is designing the Works on a turnkey basis or not. Accordingly, the General Conditions now provide, like the old Yellow Book, that only if nothing is said in the Particular Conditions about the amount of this limit will the limit be effectively the "Contract Price" or, in the new Plant and EPC Contracts, the "Accepted Contract Amount".

The third change (from the Orange Book) is that liquidated damages for delay and liquidated damages for failing to pass tests after completion are no longer excluded from the liability cap or limit. On the other hand, the Contractor's general indemnification of the Employer [Sub-Clause 17.1] is now excluded, just as the Contractor's indemnification of the Employer for infringement of intellectual and industrial property rights [Sub-Clause 17.5] is excluded, as was the case in the Orange Book [Sub-Clause 17.6].

The only other qualification on the provision in the new Books limiting the Contractor's liability is that it will not apply:

*"in any case of fraud, deliberate default or reckless misconduct by the defaulting party".*

Finally, we should note that, like the earlier Books, except the old Yellow Book, none of the new Books excludes the Contractor's liability for defects after the Defect Notification Period. On the contrary, they provide that the Contractor's liability for defects shall continue [Sub-Clause 11.10].

Therefore, the Contractor will remain liable for defects for the period of the relevant statute of limitation unless he can negotiate a limit on his liability in the case of a given contract.

#### IV. THE NEW FORCE MAJEURE CLAUSE AND RELEASE FROM PERFORMANCE [CLAUSE 19]

A *force majeure* clause is an increasingly common feature of international contracts. Typically, under such a clause, where a party has been prevented from performing a contract by an event beyond its control, it will be excused for its delay in performing the contract, or, in an extreme case, it may be excused from having to perform the contract at all. In some cases, a party can recover the additional costs it had incurred as the result of the *force majeure* event as well.

In keeping with international practice, a *force majeure* clause, Clause 19, has now been introduced into all of the new Books for major works.

While the old Red Book contained no *force majeure* clause, as such, by virtue of a combination of Clause 44, dealing with extensions of time, and Clause 65, dealing with Special

Le troisième changement (par rapport au Livre Orange) est que les pénalités de retard et les pénalités forfaitaires pour ne pas avoir réussi à passer des tests après l'exécution ne sont plus exclues de la limite ou du plafond de responsabilité. Par ailleurs, l'indemnisation générale du Maître de l'Ouvrage par l'Entrepreneur (sous-article 17.1) est maintenant exclue, de même que l'indemnisation du Maître de l'Ouvrage par l'Entrepreneur pour des violations de droits de propriété intellectuelle et industrielle (sous-article 17.5) est exclue comme c'était le cas dans le Livre Orange (sous-article 17.6).

La seule autre qualification de la disposition dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC limitant la responsabilité de l'Entrepreneur est qu'elle ne s'appliquera pas :

*"dans tous les cas de fraude, défaut délibéré ou conduite mauvaise et imprudente par la partie défaillante".*

Finalement, il convient de noter que, comme les modèles de contrat FIDIC précédents (excepté l'ancien Livre Jaune), aucun des modèles de la nouvelle série n'exclut la responsabilité de l'Entrepreneur pour les défauts après la Période de Notification des Défauts. Au contraire, ils prévoient la responsabilité de l'Entrepreneur pour les défauts qui doivent continuer (sous-article 11.10).

De ce fait, l'Entrepreneur restera responsable pour les défauts durant le délai de prescription applicable sauf s'il peut négocier une limitation de sa responsabilité dans le cas d'un contrat donné.

#### IV. LA NOUVELLE CLAUSE DE FORCE MAJEURE ET LA LIBÉRATION DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER (ARTICLE 19)

Une clause de *force majeure* figure de plus en plus fréquemment dans les contrats internationaux. En vertu d'une telle clause, lorsque l'une des parties n'a pas pu exécuter le contrat en raison d'un événement sur lequel elle n'a pas de contrôle, elle sera excusée de son retard à exécuter le contrat ou, dans des cas extrêmes, elle sera excusée de ne pas exécuter le contrat du tout. Dans certains cas, une telle partie peut récupérer tous les coûts additionnels qu'elle a engagés en raison de l'événement de *force majeure*.

En accord avec la pratique internationale, une clause de *force majeure*, l'article 19, a maintenant été introduite dans tous les modèles de contrat de la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC pour les grands travaux.

Alors que l'ancien Livre Rouge ne contenait pas de clause de *force majeure* en tant que telle, en vertu d'une combinaison de l'article 44 qui traitait des prolongations du délai, et de l'article 65, qui traitait des

risques spéciaux (y compris la guerre), l'Entrepreneur bénéficiait, dans l'ancien Livre Rouge, d'une partie de l'aide au moins fournie par une clause typique de *force majeure*.

Aussi bien l'ancien Livre Jaune (article 44) que le Livre Orange (article 19) contiennent une clause de *force majeure*. Alors que la clause de *force majeure* dans le Livre Jaune nous paraît satisfaisante, la clause de *force majeure* dans le Livre Orange est, à notre avis, déficiente :

1. Dans le Livre Orange, pour constituer une *force majeure*, l'événement doit être «impossible ou illégal», ce qui est bien trop restrictif. Si un événement doit être, soit impossible, soit illégal, il existe très peu de circonstances dans lesquelles la Clause de *force majeure* dans le Livre Orange peut s'appliquer.

Ce n'est que si l'on interprète le mot «impossible» dans le Livre Orange largement, comme se référant à ce qui est *commercialement* impossible (à savoir, des situations où le coût pour faire le travail a augmenté par un multiple de 10 à 12 ou lorsque la main-d'œuvre ou les matériaux sont devenus extraordinairement rares) que cet article peut vraiment fournir une aide pratique. Mais étant donné que l'article 19 du Livre Orange ne fait pas référence à ce qui est *commercialement* impossible, mais seulement à ce qui est «impossible», cela pourrait impliquer quelque chose d'absolument impossible.

2. Un problème lié est que les sous-articles 19.3 et 19.4 du Livre Orange prévoient que, lorsqu'un événement arrive que l'Entrepreneur ou le Maître de l'Ouvrage considèrent comme constituant une *force majeure*, le Maître de l'Ouvrage ou l'Entrepreneur «doivent continuer à exécuter leurs obligations dans la mesure où cela est raisonnablement possible». Néanmoins, étant donné que l'exécution de leurs obligations devait (dans le Livre Orange) être «illégale ou impossible» afin de constituer la *force majeure*, la manière dont il était attendu que le Maître de l'Ouvrage ou l'Entrepreneur continuent à exécuter leurs obligations, «dans la mesure où cela est raisonnablement possible» n'était pas claire quand, bien évidemment, on ne pouvait pas attendre d'eux qu'ils fassent quelque chose d'illégal ou d'impossible.

Les sous-articles 19.3 et 19.4 du Livre Orange semblent uniquement compréhensibles dans des situations d'il légalité *partielle* ou d'impossibilité *partielle*, c'est-à-dire lorsque l'une des parties peut exécuter quelques-unes mais pas toutes ses obligations.

Afin de surmonter ces difficultés, une solution a été recherchée dans la clause de *force majeure* dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC (article 19). La nouvelle Clause peut être analysée dans ses différentes parties comme suit :

- i. une définition de «*force majeure*» assez large (sous-article 19.1) ;

Risks (including war), the Contractor had, under the old Red Book, some of the relief (at least) provided by a typical *force majeure* clause.

Both the old Yellow Book [Clause 44] and the Orange Book [Clause 19] contain a *force majeure* clause. While the *force majeure* clause in the Yellow Book seems satisfactory, in my view, the *force majeure* clause in the Orange Book is deficient:

1. Under the Orange Book, to constitute “*force majeure*”, the event **must** be “impossible or illegal”, which is much too restrictive. If an event must be either impossible or illegal, there are very few circumstances in which the *force majeure* clause in the Orange Book can apply.

It is only if you interpret the word “impossible” in the Orange Book broadly to refer to what is *commercially* impossible (e.g. cases where the cost of doing the work has increased by a multiple of 10 or 12 or where labour or materials have become extraordinarily scarce) that this clause can really provide practical relief. But the problem with this approach is that Clause 19 of the Orange Book does not refer to what is *commercially* impossible but only to “impossible”, which may imply something absolutely impossible.

2. A related problem is that Sub-Clauses 19.3 and 19.4 of the Orange Book provide that where an event occurs which either the Contractor or the Employer considers to constitute *force majeure*, the Employer or the Contractor “shall endeavour to continue to perform [their] obligations as far as reasonably practical”. However, as performance of their obligations had (under the Orange Book) to be “illegal or impossible” to constitute *force majeure*, it was not clear how the Employer and the Contractor could be expected to continue to perform their obligations “as far as reasonably practical” as, obviously, they could not be expected to do something illegal or impossible.

Sub-Clauses 19.3 and 19.4 of the Orange Book only appear to be understandable in this respect in cases of **partial** illegality or impossibility, that is, where a party can perform some, but not all, of his obligations.

In the *force majeure* clause in the new Books [Clause 19], we have sought to overcome these difficulties. The new clause may be broken down into the following parts:

- i. a relatively broad definition of “*Force Majeure*” herein-after called “*Force Majeure*” [Sub-Clause 19.1],

- ii. *Force Majeure* must "prevent" a party from performing "any of" its obligations (thereby expressly acknowledging the possibility of *partial Force Majeure*) [Sub-Clause 19.2],
- iii. when this happens, the party affected must give notice within 14 days after the party became aware, or should have become aware, of the event or circumstance said to constitute *Force Majeure* (otherwise, the party may have no right to claim *Force Majeure*) [Sub-Clause 19.2],
- iv. where any *force majeure* clause in a Sub-Contract gives relief on broader grounds than those provided for under Clause 19 (9), these broader grounds will not afford the Contractor relief under Clause 19 [Sub-Clause 19.5],
- v. where the Contractor is prevented from performing any obligations by *Force Majeure*, it may claim an extension of time and, in the case of war and related risks [Sub-Clause 19.1(i) to (iv)], its additional costs arising "by reason of such *Force Majeure*" [Sub-Clause 19.4],
- vi. if execution of substantially all the Works in progress is prevented for a continuous period of 84 days, or for multiple periods which total more than 140 days, by *Force Majeure*, either party may, after notice to the other, terminate the contract, in which event, the Contractor will be paid for work done only [Sub-Clause 19.6], and
- vii. a party must give notice when it ceases to be affected by *Force Majeure* [Sub-Clause 19.3].

The *Force Majeure* clause further provides [Sub-Clause 19.7] that notwithstanding any other provision of the contract [including Sub-Clauses 19.1 to 19.6], if performance of the contract becomes illegal (e.g. as may happen should the site become a war zone) or impossible (e.g. as may happen where the site is totally destroyed by an earthquake or flood), or the parties are released from performance under the applicable law (e.g. under the Common Law doctrine of frustration or the Civil Law doctrine of *force majeure* as provided for in the applicable civil Code) (10), then upon notice by either party to the other party, the parties are discharged from further performance of the contract, implying that the contract comes to an end forthwith. It is unnecessary to wait 84 days. Where the contract is terminated on this basis, the Contractor is paid the same amount as he would be paid if the contract were terminated for *Force Majeure*.

- ii. la *force majeure* doit « empêcher » une partie d'exécuter « une quelconque de ses obligations » (de ce fait reconnaissant expressément la possibilité d'une *force majeure partielle*) (sous-article 19.2) ;
- iii. dans un tel cas, la partie affectée doit fournir une notification dans les 14 jours après qu'elle ait pris conscience ou après qu'elle aurait dû prendre conscience de l'événement ou de la circonstance, dite comme constituant la *force majeure* (sinon, la partie peut ne pas avoir le droit d'invoquer la *force majeure*) (sous-article 19.2) ;
- iv. lorsqu'une clause de *force majeure* dans un sous-contrat fournit une aide pour des raisons plus larges que celles prévues à l'article 19, ces raisons plus larges ne fourniront pas à l'Entrepreneur une aide en vertu de la Clause 19 (sous-article 19.5) ;
- v. lorsque la *force majeure* empêche l'Entrepreneur d'exécuter une quelconque de ses obligations, il peut demander une prolongation des délais qui lui sont impartis et, dans la situation de guerre ou de risques liés à la guerre (sous-article 19.1(i) à (iv)), ses coûts additionnels encourus « en raison d'une telle *force majeure* » (sous-article 19.4) ;
- vi. si la *force majeure* empêche substantiellement l'exécution de tous les Travaux en cours pour une période continue de 84 jours ou pour des périodes multiples dont le total est supérieur à 140 jours, chaque partie peut, après avoir fourni une notification à l'autre, mettre un terme au contrat et, dans un tel cas, l'Entrepreneur sera payé uniquement pour les travaux effectués (sous-article 19.6) ; et
- vii. une partie doit donner une notification lorsqu'elle cesse d'être affectée par la *force majeure* (sous-article 19.3).

La Clause de *force majeure* prévoit de plus (sous-article 19.7) que nonobstant toute autre disposition du contrat (y compris les sous-articles 19.1 à 19.6), si l'exécution du contrat devient illégale (comme cela serait le cas si le chantier devient zone de guerre) ou impossible (comme cela serait le cas si le chantier est totalement détruit par un tremblement de terre ou une inondation), ou que les parties sont libérées de l'exécution par le droit applicable (à savoir en vertu de la théorie de *common law*, de *frustration* ou de la théorie de droit civil de *force majeure* telle qu'elle apparaît dans le Code civil applicable), alors, lorsque l'une quelconque des parties adresse une notification à l'autre partie, les parties sont libérées de toute exécution future du contrat, ce qui implique que le contrat se termine immédiatement. Il n'est pas nécessaire d'attendre 84 jours. Puisque le contrat est résilié sur cette base, l'Entrepreneur est payé le même montant qu'il serait payé si le contrat était résilié pour *force majeure* (tel que défini au sous-article 19.1).

**V. CAUSES POUVANT JUSTIFIER  
ET PROCÉDURE APPLICABLE  
À LA RÉSILIATION DU CONTRAT  
PAR LE MAÎTRE DE L'OUVRAGE  
ET L'ENTREPRENEUR (ARTICLES 15 ET 16)**

Suivant le modèle établi par le Livre Orange, la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC pour les grands travaux contient un article 15 qui traite de «la Résiliation par le Maître de l'Ouvrage» (à laquelle il est fait référence dans le Livre Orange en tant que «Défaillance du Maître de l'Ouvrage») et un article 16 qui traite de «la Suspension et la Résiliation par l'Entrepreneur» (à laquelle il est fait référence dans le Livre Orange en tant que «Défaillance de l'Entrepreneur»). Ces articles fournissent essentiellement les raisons qui donneront droit au Maître de l'Ouvrage de résilier le contrat ou donneront droit à l'Entrepreneur de suspendre ou résilier le contrat.

**Résiliation par le Maître de l'Ouvrage (article 15)**

A la fois l'ancien Livre Rouge (article 63) et l'ancien Livre Jaune (article 45) contenaient des dispositions permettant au Maître de l'Ouvrage de résilier le contrat (ou, dans le cas du Livre Rouge, de résilier «l'emploi de l'Entrepreneur» (*“the employment of the Contractor”*) en cas de défaillances précisées de la part de l'Entrepreneur, à savoir d'actes de faillite, de refus d'honorer des obligations, ou lorsque l'Entrepreneur, sans excuse raisonnable, ne poursuit pas l'exécution des travaux (article 63 du Livre Rouge). Mais, dans le Livre Orange, une raison additionnelle de résiliation a été introduite. Le sous-article 2.4 du Livre Orange prévoyait que le Maître de l'Ouvrage pouvait mettre un terme au contrat à tout moment à la convenance du Maître de l'Ouvrage en donnant à l'Entrepreneur un préavis de 56 jours. Si le Maître de l'Ouvrage agissait ainsi, l'Entrepreneur serait payé pour le travail effectué en vertu du sous-article 19.6. L'Entrepreneur ne serait pas payé des bénéfices dont il serait privé sur le reste du contrat qu'il ne pourrait plus exécuter.

Afin de s'assurer que cette Clause ne conduise pas à des abus des Maîtres de l'Ouvrage qui auraient pu sinon résilier un contrat prématûrement uniquement afin de s'arranger pour que le travail soit effectué par quelqu'un d'autre à un coût inférieur, le sous-article 2.4 dans le Livre Orange prévoyait que, après la résiliation, les Travaux ne pouvaient pas être recommandés pour une période de six ans sans le consentement de l'Entrepreneur.

Comme les modèles de contrat FIDIC précédents, les modèles de contrat de la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC pour des grands travaux prévoient que le Maître de l'Ouvrage puisse «résilier le Contrat» pour des défaillances de l'Entrepreneur précisées dans le Contrat (sous-article 15.2). Contrairement à l'ancien Livre Rouge (sous-article 63.1) et au Livre Orange (sous-article 15.2), le Maître de l'Ouvrage ne résilie plus l'*“emploi de l'Entrepreneur”* mais résilie le contrat.

**V. GROUNDS AND PROCEDURE FOR TERMINATION  
OF THE CONTRACT BY THE EMPLOYER  
AND THE CONTRACTOR [CLAUSES 15 AND 16]**

Following the pattern established by the Orange Book, the new Books for major works contain a Clause 15 dealing with “Termination by the Employer” (referred to in the Orange Book as “Default of Employer”) and a Clause 16 dealing with “Suspension and Termination by Contractor” (referred to in the Orange Book as “Default by Contractor”). Essentially, these clauses set out the grounds which will entitle the Employer to terminate the contract or entitle the Contractor to suspend or terminate the contract.

**Termination by the Employer [Clause 15]**

Both the old Red Book [Clause 63] and the old Yellow Book [Clause 45] contain provisions allowing the Employer to terminate the contract (or, in the case of the Red Book, to terminate “the employment of the Contractor”) in the case of specified defaults by the Contractor, e.g. acts of bankruptcy, repudiation or where the Contractor without reasonable excuse fails to proceed with the works [Clause 63 of the Red Book]. But in the Orange Book, an additional ground for termination was introduced. Sub-Clause 2.4 of the Orange Book provided that the Employer could terminate the contract at any time for the Employer's convenience upon 56 days prior notice to the Contractor. If the Employer did so, the Contractor would be paid for work done under Sub-Clause 19.6. The Contractor would not be paid the profit of which he would be deprived on the balance of the contract which he could no longer complete.

In order to ensure that this clause was not abused by Employers, who might terminate a contract early merely in order to arrange for the work to be done by some one else at less cost, Sub-Clause 2.4 in the Orange Book provided that, after termination, the Works could not be recommenced for a period of six years without the Contractor's consent.

Like the earlier Books, the three new Books for major works provide that the Employer may “terminate the Contract” for specified defaults by the Contractor [Sub-Clause 15.2]. Unlike the old Red Book [Sub-Clause 63.1] and Orange Book [Sub-Clause 15.2], the Employer no longer terminates the “employment of the Contractor” but terminates the contract.

As you will recall, under the old Red Book, where the Contractor had committed an event of default, the Employer had to give 14 days notice before he could "terminate the Contractor's employment" [Sub-Clause 63.1]. While the same notice period generally applies under the new Books, it is also provided under the new Books that the Employer may terminate the contract "immediately" in a case where the Contractor becomes bankrupt or commits bribery [Sub-Clause 15.2]. No prior notice is required.

In addition, a "termination for convenience" clause has now been introduced into all the new Books for major works, except that now, more logically, it is to be found at the end of the contract, near the other termination provisions, in Sub-Clause 15.5, and not in Sub-Clause 2.4, as in the Orange Book.

This termination for convenience clause is basically the same as the Orange Book clause, except that instead of barring the Employer from engaging another contractor from doing the work for six years, it simply states that the Employer shall not terminate the contract:

*"in order to execute the Works himself or to arrange for the Works to be executed by another Contractor".*

As in the case of the Orange Book clause, in the case of a termination for convenience, the Contractor is only entitled to be paid for work done and is not entitled to his profit on the balance of the contract which he is being deprived of the right to complete.

### Suspension or Termination by the Contractor [Clause 16]

The fourth edition of the Red Book was the first FIDIC form to provide that where the Contractor was not being paid amounts to which he was entitled (*e.g.* certified amounts) in due time, he had the right to suspend work or reduce the rate of his work. A provision to this effect is contained in Sub-Clause 69.4 of the (old) Red Book and Sub-Clause 16.1 of the Orange Book.

This was an excellent addition as, without it, at least in many Common Law countries, it was unclear what the Contractor could do when he was not being paid amounts to which he was clearly entitled. He usually had only two alternatives:

On se souviendra que, dans l'ancien Livre Rouge, lorsque l'Entrepreneur avait commis un événement constituant une défaillance, le Maître de l'Ouvrage devait donner un préavis de 14 jours avant de pouvoir « résilier le contrat de l'Entrepreneur » (sous-article 63.1). Alors que le même délai de préavis s'applique généralement dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC, ceux-ci prévoient également que le Maître de l'Ouvrage puisse résilier le contrat « immédiatement » dans le cas où l'Entrepreneur fait faillite ou commet un acte de corruption (sous-article 15.2). Aucune notification préalable n'est exigée.

De plus, une Clause de « résiliation pour convenance » a maintenant été introduite dans tous les modèles de contrat de la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC pour les grands travaux, sauf que maintenant, logiquement, elle se trouve à la fin du contrat, près des autres dispositions relatives à la résiliation (au sous-article 15.5), et non au sous-article 2.4 comme dans le Livre Orange.

Cette Clause de résiliation pour convenance est la même que celle figurant dans Livre Orange sauf que, au lieu d'empêcher durant une période de six ans le Maître de l'Ouvrage d'engager un autre Entrepreneur pour effectuer les travaux, elle précise simplement que le Maître de l'Ouvrage ne peut pas résilier le contrat :

*« afin d'exécuter les Travaux lui-même ou d'arranger pour que les Travaux soient exécutés par un autre Entrepreneur ».*

Comme avec la Clause figurant dans le Livre Orange, dans un cas de résiliation pour convenance, l'Entrepreneur n'a le droit d'être payé que pour le travail effectué et n'a pas droit au bénéfice sur le reste du contrat dont il a été privé du droit d'exécuter.

### Suspension ou résiliation par l'Entrepreneur (article 16)

La quatrième édition du Livre Rouge était le premier modèle de contrat FIDIC à prévoir que, lorsque l'Entrepreneur n'était pas payé à temps des montants auxquels il avait droit (à savoir, les montants certifiés), il avait le droit de suspendre les travaux ou de réduire le rythme de son travail. Une disposition à cet effet est contenue dans le sous-article 69.4 de l'(ancien) Livre Rouge et dans le sous-article 16.1 du Livre Orange.

Ceci constituait un excellent ajout étant donné que, sans cet ajout, au moins dans de nombreux pays de common law, n'apparaissait pas clairement ce que l'Entrepreneur pouvait faire lorsqu'il n'était pas payé des montants auxquels il avait droit. Il n'avait généralement que deux alternatives :

1. continuer à travailler ; ou
2. si le non-paiement était suffisamment sérieux pour justifier une résiliation du contrat, alors résilier le contrat ;

et, dans les deux cas, d'invoquer la Clause de résolution des différends et, si nécessaire, de commencer un arbitrage. Dans les pays de *common law* au moins, si l'Entrepreneur n'était pas payé, il n'avait normalement pas le droit de ralentir ou de suspendre les travaux. S'il ralentissait ou suspendait les travaux, l'Entrepreneur violerait lui-même le contrat et, dans un tel cas, il pourrait être justifié que le Maître de l'Ouvrage résilie le contrat pour violation du contrat.

De ce fait, au moins dans les pays de *common law*, l'introduction de cette nouvelle disposition relative à la suspension a donné à l'Entrepreneur une réparation précieuse lorsqu'il n'était pas payé.

La nouvelle série de modèles de contrat FIDIC a encore amélioré cette situation. Le nouvel article – sous-article 16.1 – prévoit que l'Entrepreneur peut suspendre les travaux non seulement lorsque le Maître de l'Ouvrage omet, par exemple, de payer un certificat, mais également :

1. dans le cas du nouveau Contrat de Construction, lorsque l'Ingénieur ne fournit pas un certificat de paiement alors qu'il devrait le faire ; et
2. lorsque le Maître de l'Ouvrage ne fournit pas une preuve raisonnable que des arrangements financiers ont été faits et sont maintenus afin de permettre au Maître de l'Ouvrage de payer le Prix du Contrat en accord avec les calendriers de paiement du contrat (sous-articles 16.1, 14.6 et 2.4).

Il semble qu'il s'agisse là de deux additions particulièrement utiles dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC.

La nouvelle série de modèles de contrat FIDIC ajoute également ces deux points comme des raisons de résiliation du contrat par l'Entrepreneur. Ainsi, le sous-article 16.2 prévoit que l'Entrepreneur puisse résilier le contrat :

1. lorsque l'Entrepreneur ne reçoit pas des preuves raisonnables d'arrangements financiers du Maître de l'Ouvrage dans les 42 jours après avoir donné une notification de suspension pour cette raison ; et
2. dans le cas du nouveau Contrat de Construction, lorsque l'Ingénieur n'émet pas les certificats de paiement dans les 56 jours après avoir reçu une demande de paiement et des documents à l'appui de cette demande.

1. to continue working, or
2. if the non-payment was serious enough to justify termination of the contract, then, to terminate the contract,

and, in either case, invoke the disputes clause and, if necessary, begin arbitration. In Common Law countries, at least, if the Contractor was not being paid, he normally had no right to slow down or suspend work (11). If he slowed down or suspended work, the Contractor would himself be in breach of contract, in which case the Employer might be justified in terminating the contract for breach.

Accordingly, at least in the Common Law countries, the introduction of this suspension provision provided the Contractor with a valuable remedy when he was not being paid.

The new Books have improved on this situation still more. The new clause – Sub-Clause 16.1 – provides that the Contractor may suspend work not only where the Employer fails, for example, to pay a certificate (12) but also:

1. in the case of the new Construction Contract, where the Engineer fails to certify a payment certificate when he should do so, and
2. where the Employer fails to provide reasonable evidence that financial arrangements have been made and are being maintained to enable the Employer to pay the Contract Price in accordance with the contract payment schedule [Sub-Clauses 16.1, 14.6 and 2.4].

These are, I think, two very desirable additions in the new Books.

The new Books also add these two points as further grounds for termination of the contract by the Contractor. Thus, Sub-Clause 16.2 provides that the Contractor may terminate the contract:

1. where the Contractor does not receive reasonable evidence of the Employer's financial arrangements within 42 days after giving a notice to suspend on this account, and
2. in the case of the new Construction Contract, where the Engineer fails, within 56 days after receiving a payment application and supporting documents, to issue the relevant payment certificate.

FIDIC has been criticized in the past for not acknowledging, in its contracts, the situation where the Engineer himself fails to perform his duty and, therefore, for not providing the Contractor with a remedy in this situation.

In Clause 16, FIDIC has, to its credit, gone some way to redress this situation.

Under the old Red Book, where the Employer had committed an event of default the Contractor had always to give 14 days notice before he could terminate his "employment" [Sub-Clause 69.1]. While the same notice period continues generally to apply under the new Books, nevertheless the Contractor may now terminate the contract immediately in the case of an act of bankruptcy of the Employer (13) or a prolonged suspension ordered by the Employer [Sub-Clause 16.2]. There is no reason why the Contractor should have to wait for a notice period to expire before being able to terminate in these two circumstances.

Il a été reproché à la FIDIC dans le passé de ne pas reconnaître dans ses contrats la situation dans laquelle l'Ingénieur lui-même n'exécute pas ses devoirs et, de ce fait, de ne pas donner à l'Entrepreneur une réparation dans une telle situation.

Dans l'article 16, la FIDIC a, et c'est tout à son honneur, remédié à cette situation.

Dans l'ancien Livre Rouge, lorsque le Maître de l'Ouvrage avait commis un événement de défaillance, l'Employeur devait toujours donner un préavis de 14 jours avant de pouvoir mettre fin à ses obligations contractuelles (sous-article 69.1). Alors que le même préavis continue généralement à être applicable dans la nouvelle série de modèles de contrat FIDIC, néanmoins, l'Entrepreneur peut maintenant résilier le contrat immédiatement en cas d'acte de faillite du Maître de l'Ouvrage ou d'une suspension prolongée, ordonnée par le Maître de l'Ouvrage (sous-article 16.2). Il n'y a pas de raison pour que l'Entrepreneur doive attendre la fin d'un préavis avant de pouvoir résilier dans ces deux circonstances.

## Endnotes

1. The terms used with initial capitals in this article refer to defined terms in the new Books for major works.

2. Conditions of Contract for Construction (new Red Book).

3. Conditions of Contract for Plant and Design-Build (new Orange/Yellow Book).

4. Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (Silver Book).

5. See, *Hudson's Building and Engineering Contracts* (1995), Vol. II, p. 1437.

6. The Yellow Book had also provided that the remedies provided for in the contract (e.g. for breach of contract or negligence) were exclusive except in the case of Gross Misconduct, as defined, see Sub-Clause 42.4 of the Yellow Book.

7. See Sub-Clause 17.6. These exceptions to the exclusion of the Contractor's liability included:

(a) electricity, water, gas and other services purchased from the Employer [Sub-Clause 4.19],

(b) charges for machinery and equipment supplied by the Employer [Sub-Clause 4.20],

(c) the Contractor's indemnification of the Employer for infringement of industrial property rights [Sub-Clause 5.9],

(d) liquidated damages for delay [Sub-Clause 8.6], and

(e) liquidated damages for failure to pass tests after completion [Sub-Clause 11.4].

In addition, the Contractor's liability was said not to be excluded in the case of fraud, wilful misconduct or illegal or unlawful acts, nor in certain other cases (where the contract "impose(s) a greater liability" or in cases of acts "contrary to the most elementary rules of diligence...").

8. See footnote 10.

9. Where *force majeure* (as defined in Sub-Clause 19.1) affects a subcontractor of the Contractor, this would normally be interpreted as affecting the Contractor as well, see Duncan Wallace, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract* (1996), Sweet & Maxwell, London, Vol. 2, pp. 425-429.

10. *Force majeure* as it may be provided for in the civil code of a Civil Law country is to be clearly distinguished from *force majeure* as it may be provided for in a *force majeure* clause drafted by parties for inclusion in a given contract. *Force majeure* as provided for in the civil code of a Civil Law country will almost invariably be much narrower in scope than *force majeure* as defined in the *force majeure* clause of a given contract. Indeed, *force majeure* as provided for in, for example, the French Civil Code is far narrower in scope than the doctrine of frustration under English law, see Nicholas, *The French Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> edn (1992), Clarendon Press, Oxford, p. 202.

11. In Civil Law countries, by virtue of the doctrine known in French law as *l'exception d'inexécution* (or *exceptio non adimplenti contractus*), the situation would be different although, even in Civil Law countries, this doctrine would not necessarily apply in the case of an "administrative" contract, such as a contract with the State or other public body.

12. Under Sub-Clause 14.7 of the Construction Contract.

13. Subject, like all provisions of the contract, to the mandatory requirements, if any, of applicable law.