

LE NOUVEAU MODÈLE FIDIC DE CONTRAT INTERNATIONAL DE SOUS-TRAITANCE RELATIF AUX MARCHÉS DE TRAVAUX DE GÉNIE CIVIL

THE NEW FIDIC INTERNATIONAL CIVIL ENGINEERING SUBCONTRACT

Christopher R. SEPPALA*

I. INTRODUCTION

Environ 37 années après que la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (1) (FIDIC) ait publié pour la première fois en 1957 les Conditions de Contrat Applicables aux Marchés de Travaux de Génie Civil (le « Livre Rouge ») (2), la FIDIC vient de publier un Modèle de contrat de sous-traitance pour les projets internationaux dans lesquels le contrat principal a été préparé sur la base du Livre Rouge. L'objet du présent article est de présenter brièvement ce nouveau Modèle de contrat de sous-traitance (le « Contrat de Sous-Traitance » ou « les Conditions de Contrat de Sous-Traitance ») (3).

Dans la discussion qui suit, je rappellerai, dans un premier temps, au lecteur, certaines caractéristiques du Livre Rouge en fonction duquel les Conditions de Contrat de Sous-Traitance sont destinées à être utilisées, puis, je décrirai brièvement le processus de rédaction des Conditions de

I. INTRODUCTION

Some 37 years after the Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils ("FIDIC") Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (the "Red Book") first appeared in 1957, there is now available from FIDIC a form of subcontract for use on international projects where the main contract is based on the Red Book. The purpose of this article is to provide a brief introduction to this new form of subcontract (the "Subcontract" or "Conditions of Subcontract").

In the discussion below, I shall, first, remind readers of certain features of the Red Book with which the Conditions of Subcontract are meant to operate (Section II), then, briefly describe the drafting process in the preparation of the Conditions of Sub-

* Associé, White & Case, Paris ; Président du Groupe de Travail de la FIDIC sur la documentation relative aux Contrats de Sous-Traitance ; Membre du Comité des Contrats de Travaux de Génie Civil du FIDIC (1991-1993) ; et Conseil Juridique et Membre du Groupe de Travail du FIDIC pour la révision des Livres Rouge et Jaune (depuis juin 1994).

contract (Section III), then, discuss selected clauses of the Conditions (Section IV) and, finally, provide a brief conclusion (Section V).

II. THE RED BOOK: GENERAL REMARKS

The Red Book comprises the following documents: a form of tender, form of agreement, and conditions of contract. The conditions of contract are divided into two parts:

Part I – called "General Conditions", which comprises clauses that are meant to be generally applicable to any contract, and

Part II – called "Conditions of Particular Application", which comprises clauses that may or may not apply, depending upon the circumstances and locality of the applicable project.

The general intention is that, in any given contract, Part I will be used as it is, whereas Part II will be specially drafted to suit the needs of the applicable project.

As its official name implies, the Red Book is for use in connection with all kinds of civil engineering works such as roads and highways, dams, tunnels, harbors and airports. But its use is not limited to such works. It is also widely used for building works for the simple reason, it would appear, that there exists no generally accepted international form of contract for such works.

The Red Book is to be distinguished from FIDIC's standard form of conditions of contract for electrical and mechanical works, or "Yellow Book". While the Red Book is for civil engineering work, the Yellow Book is designed for the supply and erection of plant and machinery, such as the turbines and gates of a hydro-electric station (although the Red Book does include provision for "Plant").

As a general rule, the Red Book is used for projects which are let out for international competitive bidding in developing countries which do not have sophisticated procurement laws, or forms of construction contract, of their own. Typically, the Employer will be

Contrat de Sous-Traitance, avant d'examiner plus précisément certains de ses articles ; enfin, j'apporterai une brève conclusion sur le Contrat de Sous-Traitance (4).

II. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE LIVRE ROUGE

Le Livre Rouge comprend les documents suivants : un Modèle de soumission d'offre, un Modèle de convention, et les conditions de contrat. Les conditions de contrat sont divisées en deux parties :

- une première partie intitulée « Conditions Générales », qui comprend les articles ayant vocation à s'appliquer de manière générale à tout contrat, et
- une deuxième partie intitulée « Conditions Particulières » qui comprend les articles qui auraient éventuellement vocation à s'appliquer selon les circonstances et la localisation du projet concerné.

L'intention des rédacteurs est de permettre à l'usager d'utiliser dans tout contrat la première partie telle qu'elle a été conçue, tandis que la seconde partie du contrat sera spécifiquement rédigée en fonction des particularités du projet concerné.

Ainsi que l'indique son titre officiel, le Livre Rouge est destiné à être utilisé pour tous les types de marchés de travaux de génie civil tels que la construction de routes et d'autoroutes, de barrages, de tunnels, de ports et d'aéroports. Cependant, son utilisation n'est pas limitée à ces marchés. Il est aussi fréquemment utilisé dans le cadre de travaux de construction pour la simple raison qu'il n'existe pas de Modèle de contrat international généralement accepté pour ce type de travaux.

Le Livre Rouge doit être distingué du Modèle FIDIC de conditions de contrat de constructions électriques et mécaniques, ou « Livre Jaune ». Alors que le Livre Rouge est destiné aux travaux de génie civil, le Livre Jaune a été conçu pour la vente et la construction d'usines et d'équipements tels que les turbines et les vannes d'une installation hydro-électrique (bien que le Livre Rouge contienne également des dispositions relatives au « Matériel ») (5).

De manière générale, le Livre Rouge est utilisé pour des projets de construction faisant l'objet d'appels d'offres internationaux dans des pays en voie de développement qui n'ont pas de législation élaborée en matière de marchés publics et/ou de contrats types de construction. Ainsi, le

maître de l'ouvrage sera le plus souvent l'État ou une entité qu'il contrôle, tandis que l'entrepreneur et, fréquemment, l'ingénieur, seront originaires d'un pays développé. Alors que la première édition du Livre Rouge publiée en 1957 était inspirée d'un Modèle anglais (les Conditions de Contrat de l'« English Institution of Civil Engineers » ou « ICE »), l'on s'est efforcé dans les éditions suivantes de rendre le Livre Rouge plus « international ». A présent, en dépit de la résistance de certains pays de droit civil (par exemple, l'Afrique francophone), le Livre Rouge est largement utilisé dans les pays en voie de développement à travers le monde. Sous réserve de modifications mineures, son usage a été spécifiquement approuvé dans les projets financés par la Banque Mondiale.

L'emploi de conditions contractuelles telles que celles du Livre Rouge se justifie par le fait que ces conditions types ont déjà été largement testées et éprouvées, et qu'elles sont communément acceptées de telle sorte qu'elles favorisent en fin de compte l'exécution des travaux, à la fois en terme d'efficacité et de coût. Dans le secteur des travaux internationaux de génie civil, le Livre Rouge est généralement accepté car on considère qu'il établit un juste équilibre dans les relations entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Il offre une norme ou un Modèle international par rapport auquel sont, en fait, comparés d'autres Modèles de contrat de construction. Ainsi, même lorsqu'il n'est pas utilisé pour être intégré à un contrat spécifique, il sert souvent de référence dans le cadre des négociations contractuelles.

Depuis la publication de la première édition du Livre Rouge, de nombreux entrepreneurs, ingénieurs et maîtres d'ouvrages ont eu l'occasion de travailler avec ses éditions successives, ce qui a eu pour conséquence que ses articles et leur numérotation spécifique sont devenus très connus dans l'industrie de la construction internationale. En outre, le Livre Rouge a été l'objet de nombreux commentaires juridiques, de décisions de justice, ainsi que de sentences arbitrales internationales (6) publiées. Il existe même un commentaire officiel publié par la FIDIC à propos du Livre Rouge (7).

Cela ne signifie pas que le Livre Rouge soit exempt de critique. Selon l'auteur, il demeure excessivement « anglais » (« victorien » semble être plus approprié) (8) dans sa forme et dans son contenu pour un contrat qui se veut « international ». Il fait peu, voire aucune, concession aux pratiques contractuelles en vigueur dans les pays de droit civil qui sont pourtant différentes de celles des pays de « common

the state or a state-owned entity while the Contractor and, often, the Engineer, will be from a developed country. While the first edition of the Red Book published in 1957 was derived from an English model (the English Institution of Civil Engineers, or I.C.E., Conditions of Contract), in subsequent editions an effort was made to make the document more "international". Now, despite resistance in some Civil Law countries (e.g., francophone Africa), it is widely used in developing countries around the world. Subject to minor modification, it is specifically approved for use on World Bank-funded projects.

The basic justification for resort to contract conditions like those of the Red Book is that well tested and tried standard conditions, which are widely accepted, will promote more efficient and cost effective construction. In the international construction industry, the Red Book is generally accepted, as it is seen as establishing a fair balance in the relationship between the Employer and the Contractor. It provides an international norm or standard, in fact, by which other forms of construction contract are judged. Thus, even when it is not being used for incorporation into a particular contract, it often serves as a point of reference in contract negotiations.

Since the first edition was published, many contractors, engineers and owners have had experience of working with successive editions of the Red Book with the result that its clauses and their particular numbering have become well known in the international construction industry. Furthermore, the Red Book has been the subject of numerous legal commentaries, reported court cases and published international arbitral awards. FIDIC has itself published an official commentary on the Red Book.

This is not to say that the Red Book is above reproach. In the author's view, it is still excessively English ("Victorian" might be more accurate) in form and content for a contract that purports to be "international". It makes few, if any, concessions to contracting practices in Civil Law countries, which are different from those in Common Law countries. More-

over, some of its procedures are too complex (*e.g.*, the disputes procedure in Clause 67) and its sentences too long, given that it is intended for use in developing countries, by persons whose native language may not be English. Finally, some may not wish to have their contracts administered by an "independent" (albeit hired and paid by the employer) engineer.

Nevertheless, it is easier to criticize the document than to propose positive improvements to it. The drafting of a form of contract for international use in a field as complex as civil engineering is no small undertaking. When it is appreciated that this has been done to date principally by a few civil engineers working without remuneration, and with little help from lawyers, the achievement is all the more remarkable. Furthermore, the author believes FIDIC is conscious of the above-mentioned criticisms or limitations and will be addressing them in its future work.

The official and authentic text of the Red Book is the English language version. This being so, the format and legal terminology of the Red Book is also that of a Common Law form of contract. Nevertheless, translations of the Red Book into the Arabic, Chinese, French, Japanese and Spanish languages are also available from FIDIC.

III. THE FIDIC CONDITIONS OF SUBCONTRACT: THE DRAFTING PROCEDURE

While the Red Book has been increasingly widely used during the last 20 years, no form of subcontract had been published by FIDIC to go with it. Understandably, therefore, FIDIC has received more and more requests for the issuance of such a form.

Having identified a real need for such a form of subcontract, how was FIDIC to address it?

The Red Book itself did not provide much guidance as it says relatively little about how the Contractor should go about subcontracting work. The only provisions on the subject are the following:

- (a) under Sub-Clause 4.1, the Contractor may not subcontract the whole of the Works and must ordina-

law». Par ailleurs, certaines de ses procédures sont trop complexes (la procédure de règlement des différends prévue par l'Article 67) et ses phrases sont trop longues, alors qu'il a été initialement conçu pour être employé dans des pays en voie de développement par des personnes dont la langue maternelle n'est pas forcément l'anglais. Enfin, certaines parties peuvent ne pas souhaiter que leur contrat soit administré par un ingénieur «indépendant» (bien qu'il soit employé et rémunéré par le maître de l'ouvrage).

Néanmoins, il est plus facile de critiquer ce document que d'en proposer des améliorations. L'élaboration d'un Modèle de contrat destiné à être utilisé dans un contexte international, dans un domaine aussi complexe que les travaux de génie civil, n'est pas une entreprise facile. La réalisation de ce Modèle est d'autant plus remarquable qu'elle a été accomplie essentiellement par quelques ingénieurs-conseils non rémunérés et ce, quasiment, sans l'aide de conseils juridiques. De plus, selon l'auteur, la FIDIC a pleinement conscience des critiques et des limites évoquées ci-dessus et essaiera d'y remédier à l'avenir.

Le texte officiel et authentique du Livre Rouge est la version en langue anglaise. Cela étant, la présentation et la terminologie juridique du Livre Rouge sont calquées sur la technique contractuelle de «common law». Néanmoins, une traduction du Livre Rouge en langue française, ainsi qu'en langues arabe, chinoise, espagnole et japonaise, est également disponible auprès de la FIDIC.

III. LES CONDITIONS DU CONTRAT FIDIC DE SOUS-TRAITANCE : LA RÉDACTION

Bien que le Livre Rouge ait été de plus en plus utilisé au cours des vingt dernières années, aucun Modèle de contrat de sous-traitance n'avait été publié par la FIDIC. Dans ces conditions, on comprend pourquoi la FIDIC a été de plus en plus sollicitée pour l'élaboration d'un tel Modèle.

Ayant identifié un réel besoin pour un Modèle de contrat de sous-traitance, comment la FIDIC allait-elle y répondre ?

Le Livre Rouge en lui-même fournit peu d'indications sur la manière dont l'entrepreneur doit aborder le problème de la sous-traitance (9). Les seules dispositions relatives à cette question sont les suivantes :

- (a) aux termes de l'Article 4.1, l'entrepreneur ne peut pas sous-traiter la totalité des travaux et doit normalement obte-

nir l'approbation préalable de l'ingénieur avant de sous-traiter une partie des travaux (à défaut, le contrat d'entreprise risque d'être résilié pour manquement de l'entrepreneur à ses obligations contractuelles, conformément aux termes de l'Article 63.1 (e)) ;

(b) aux termes de l'Article 4.2, l'entrepreneur doit, à l'expiration du Délai de Garantie (10), transférer au maître de l'ouvrage toutes les obligations qui incombent aux sous-traitants et qui subsistent à cette date ;

(c) l'Article 59 relatif aux sous-traitants désignés qui sont, en pratique, importants surtout en Angleterre et dans certaines anciennes colonies britanniques, telles que Singapour et l'Afrique du Sud ; et

(d) aux termes de l'Article 63.4, dans l'hypothèse où l'entrepreneur est révoqué pour défaut d'exécution de ses obligations, l'ingénieur a la faculté de demander à l'entrepreneur de transférer au maître de l'ouvrage tous les contrats de sous-traitance (parmi les autres contrats de fourniture de marchandises, de matériaux ou de services) qu'il aurait pu avoir conclus aux fins de l'exécution du contrat d'entreprise principal (alors même que l'actuelle édition du Livre Rouge ne prévoit curieusement pas expressément que les contrats de sous-traitance soient transférables au maître de l'ouvrage dans une telle situation).

Bien que le Livre Rouge ne donne aucune indication à ce sujet, les Conditions de Contrat de Sous-Traitance devraient être « transparentes » (« back to back ») par rapport aux dispositions du Livre Rouge, l'objectif étant que les nouvelles conditions et les dispositions du Livre Rouge soient utilisées conjointement. En d'autres termes, les nouvelles conditions devraient, autant que possible, respecter les principes suivants, à savoir que :

(a) l'entrepreneur aura, eu égard aux travaux réalisés dans le cadre du contrat de sous-traitance, les mêmes droits et obligations (à l'exception du prix) que ceux du maître de l'ouvrage, et

(b) le sous-traitant aura, eu égard aux travaux réalisés dans le cadre du contrat de sous-traitance, les mêmes droits (à l'exception du prix) et obligations que ceux de l'entrepreneur, conformément au Livre Rouge.

Il était également apparu souhaitable d'avoir un Modèle qui (sous réserve de modifications mineures), serait approprié même dans l'hypothèse où le sous-traitant aurait été désigné par le maître de l'ouvrage, dans la mesure où le Livre

rily obtain prior consent of the Engineer to subcontract part of the Works (or risk having its employment terminated for default under Sub-Clause 63.1 (e));

(b) under Sub-Clause 4.2, the Contractor must, after the expiration of the Defects Liability Period, assign to the Employer any continuing obligations of Sub-contractors;

(c) Clause 59 relating to nominated Subcontractors, which are of practical importance principally in England and certain former English colonies, e.g., Singapore and South Africa; and

(d) under Sub-Clause 63.4, in case the Contractor is terminated for default, the Engineer may instruct the Contractor to assign to the Employer any subcontracts (among other agreements for the supply of goods, materials or services) it may have entered into for purposes of the main contract (although, under the present edition of the Red Book, subcontracts are curiously not expressly required to be assignable to the Employer in such a situation).

While the terms of the Red Book themselves did not provide much guidance, as the objective was that the new conditions function in tandem with the Red Book, it followed that the Conditions of Subcontract should be "back-to-back" with the provisions of the Red Book. In other words, the policy of the new Conditions should be, wherever practicable:

(a) for the Contractor to have, in relation to the Subcontract Works, the rights and obligations (except as to price) of the Employer, and

(b) for the Subcontractor to have, in relation to the Subcontract Works, the rights (except as to price) and obligations of the Contractor, under the Red Book.

It was also felt desirable to have a form that (subject to minor modification) would be appropriate even where the Subcontractor had been nominated by the Employer, inasmuch as the Red Book contains, as

mentioned earlier, a clause (Clause 59) especially addressed to nominated Subcontractors.

With these objectives in mind, it was decided that the "Form of Sub-Contract (September 1991)", issued by The English Federation of Civil Engineering Contractors (the "FCEC form"), should serve as the original model for the drafting of the FIDIC subcontract. Use of this model seemed desirable for two reasons:

- firstly, the FCEC form had been drafted for use in conjunction with the standard I.C.E. Conditions of Contract (the "I.C.E. Conditions"), a standard form that has much in common with the Red Book. Indeed, as indicated previously, the early editions of the Red Book were modelled closely on the I.C.E. Conditions. Therefore, as the Conditions of Subcontract are intended for use in conjunction with the Red Book, it was natural to take the FCEC form as a model, especially as, in the absence of a FIDIC form of subcontract until now, the FCEC form, with adaptations, has frequently been used in conjunction with the Red Book on international projects;

- secondly, although issued by an organization of contractors – The English Federation of Civil Engineering Contractors – the FCEC form was felt to be relatively fair as well to subcontractors. Indeed, although not stated in the FCEC form itself, it has been approved by two English organizations of subcontractors.

Having said that, it would be wrong to assume that the Conditions of Subcontract are merely a revision of the FCEC form. By comparison with the FCEC form, they present considerable differences, both in substance and form.

As to substance, being essentially a domestic form, numerous changes were necessary to the FCEC form in order to develop a form suitable for international works. For example, unlike the FCEC form, the Conditions of Subcontract contain provisions for Perfor-

Rouge content, ainsi que cela est mentionné ci-dessus, un article (l'Article 59) concernant spécifiquement les sous-traitants désignés.

Dans cet esprit, il a été décidé que le « Modèle de Contrat de Sous-Traitance (Septembre 1991) » (« Form of Sub-Contract (September 1991) ») publié par la Fédération Anglaise d'Entrepreneurs de Travaux de Génie Civil (« English Federation of Civil Engineering Contractors ») (le « Modèle FCEC ») (11) serait utilisé comme Modèle de base pour l'élaboration du contrat-type de sous-traitance de la FIDIC, et ceci pour deux raisons :

- tout d'abord, le Modèle FCEC a été préparé afin d'être utilisé conjointement avec le Modèle de Conditions Contractuelles ICE (les « Conditions ICE »), lequel présente de nombreuses similitudes avec le Livre Rouge. En effet, ainsi que cela est mentionné ci-dessus, les Conditions ICE ont fortement inspiré la rédaction des premières éditions du Livre Rouge. En conséquence, il était normal de se fonder sur le Modèle FCEC, dans la mesure où les Conditions de Contrat de Sous-Traitance sont destinées à être utilisées conjointement avec le Livre Rouge, et ce d'autant plus, qu'en l'absence d'un Modèle FIDIC de contrat de sous-traitance, le Modèle FCEC a été fréquemment utilisé avec quelques adaptations conjointement avec le Livre Rouge dans les projets internationaux ;
- ensuite, bien qu'il ait été publié par une organisation d'entrepreneurs – The English Federation of Civil Engineering Contractors – le Modèle FCEC était considéré comme étant également assez équitable à l'égard des sous-traitants. A cet égard, bien que cela ne soit pas mentionné dans le Modèle FCEC lui-même, il est à noter que ce Modèle de contrat a reçu l'aval de deux organisations anglaises de sous-traitants (12).

Cela étant dit, il serait inexact de croire que les Conditions de Contrat de Sous-Traitance constituent une simple révision du Modèle FCEC. Elles présentent des différences notables, tant sur le fond que sur la forme, par rapport au Modèle FCEC.

S'agissant des conditions de fond, il était nécessaire d'apporter de nombreuses modifications au Modèle FCEC, qui est essentiellement destiné à un usage local, afin d'établir un Modèle adapté aux travaux de construction à caractère international. Ainsi, à la différence du Modèle FCEC, les Conditions de Contrat de Sous-Traitance

contiennent des dispositions relatives à la Garantie d'Exécution (Article 2.2) (13), au Programme du Sous-Traitant (Article 2.3), à la Langue ou aux Langues (Article 3.1), au Droit Applicable (Article 3.2) (14), à la Variation des Coûts et de la Législation (Article 21), aux Devises et aux Taux de Change (Article 22).

En ce qui concerne la forme, on peut noter deux différences majeures dans la présentation et la structure du nouveau Modèle.

Tout d'abord, à la différence de la présentation du Modèle FCEC, les Conditions de Contrat de Sous-Traitance ne revêtent pas la forme d'un contrat de sous-traitance auquel seraient jointes des annexes, mais apparaissent plutôt comme des «conditions» générales et particulières du contrat de sous-traitance. La rédaction des «conditions» du contrat de sous-traitance est conforme à la pratique de la FIDIC et à la structure du Livre Rouge.

En conséquence, par analogie avec le Livre Rouge, la Première Partie («Conditions Générales») des Conditions de Contrat de Sous-Traitance est destinée à être applicable de manière générale, tandis que la Deuxième Partie («Conditions Particulières») doit être spécifiquement rédigée de manière à s'adapter aux particularités de chaque contrat, par exemple, en complétant la Première Partie, «Conditions Générales», et en indiquant tout changement ou suppression apporté à cette dernière.

Par ailleurs, à la différence du Modèle FCEC, chaque article des Conditions de Contrat de Sous-traitance a un intitulé conforme à la pratique de la FIDIC. Cela permet notamment de rendre les Conditions de Contrat de Sous-Traitance plus facilement accessibles, dans la mesure où ces intitulés facilitent la lecture de ce document relativement complexe, qui comprend presque 70 articles. Au moment de choisir les intitulés de ces articles, les rédacteurs se sont efforcés d'adopter le style et le vocabulaire des intitulés utilisés dans le Livre Rouge.

Enfin, étant donné la nécessité de la «transparence» des Conditions de Contrat de Sous-Traitance par rapport aux dispositions du Livre Rouge, il était nécessaire que le langage et la terminologie du Modèle FCEC correspondent le plus possible à ceux du Livre Rouge. En effet, la nécessité de lier étroitement ce document au Livre Rouge (le contrat principal) empêchait de prendre en compte de nombreuses propositions et autres commentaires relatifs à l'élaboration

mance Security (Sub-Clause 2.2), Subcontractor's Programme (Sub-Clause 2.3), Language/s (Sub-Clause 3.1), Governing Law (Sub-Clause 3.2), Changes in Cost and Legislation (Clause 21) and Currency and Rates of Exchange (Clause 22).

As to form, two major differences relate to the presentation and structure of the new document.

First, unlike the format of the FCEC form, the form of the Conditions of Subcontract is not that of a subcontract with attached schedules, but of "conditions", general and particular, of subcontract. The drafting of "conditions" of subcontract is in accordance with FIDIC practice and with the structure of the Red Book.

Therefore, as in the case of the Red Book, Part I (the "General Conditions") of the Conditions of Subcontract are meant to be generally applicable while Part II (the "Conditions of Particular Application") should be specially drafted to suit each individual contract, e.g., by providing information to complete, and indicating any changes or deletions in, Part I, the General Conditions.

Second, unlike the FCEC form, in the Conditions of Subcontract each sub-clause has been given a heading, consistent with FIDIC practice. This also makes the Conditions of Subcontract more readily accessible, in that the headings facilitate the reading of this relatively complex document, consisting of almost 70 sub-clauses. In selecting the headings, an attempt was made to adopt the style and wording of the corresponding headings in the Red Book.

Finally, given the need for the Conditions of Subcontract to be "back-to-back" with the Red Book, it was necessary that the language and terminology of the FCEC form be adapted so as to correspond as closely as possible to the language and terminology of the Red Book. Indeed, the need to tie in "back-to-back" with the Red Book (the main contract) precluded consideration of numerous proposals and comments for this form of subcontract which, while

good in the abstract, were inconsistent with the language or style of the Red Book

The principal draftsmen of the Subcontract were the present author and Maurizio Ragazzi, both lawyers in private practice in Paris. The drafting was carried out under the general direction of the FIDIC Contracts Committee comprising K.B. (Tony) Norris, consulting engineer, the U.K., Michael Mortimer-Hawkins of SwedPower, Sweden and John Bowcock of Sir Alexander Gibb & Partners Ltd., U.K.

Among those consulted in the preparation of the Conditions were the World Bank, the European International Contractors, the European Confederation of Construction Specialists (an organization of subcontractors), the International Bar Association and three independent construction experts external to FIDIC (an engineer, a lawyer and an insurance broker).

IV. THE FIDIC CONDITIONS OF SUBCONTRACT: DISCUSSION OF SELECTED CLAUSES

As was said earlier, the underlying principle of the Conditions of Subcontract is that, whenever applicable, the terms and conditions of the Red Book (the main contract) flow down to the Conditions of Subcontract. But how does this work in practice?

To consider this issue, we will review certain clauses of the Conditions of Subcontract. The provisions we will examine are Clause 4 (Relationship of the Subcontract to the main Contract), Sub-Clause 7.2 (Extension of Subcontractor's Time for Completion), Clauses 11.2 and 16 (Payment) and Clause 19 (Settlement of Disputes).

1. Clause 4 (Relationship of the Subcontract to the Main Contract)

Few provisions are more regularly the source of disputes in subcontracts than those by which the provisions of the main contract are said to be incor-

de ce Modèle de contrat de sous-traitance qui, bien que pertinents, n'étaient pas conformes au langage ou au style du Livre Rouge.

Les principaux rédacteurs du Contrat de Sous-Traitance sont l'auteur du présent article et Maurizio Ragazzi, tous deux avocats à Paris. La rédaction fut réalisée sous la direction du Comité des Contrats de la FIDIC (« FIDIC Contracts Committee ») comprenant K.B. (Tony) Norris, ingénieur-conseil, Royaume-Uni, Michael Mortimer-Hawkins de SwedPower, Suède et John Bowcock, de la société Sir Alexander Gibb & Partners Ltd., Royaume-Uni.

Parmi les personnes qui ont été consultées dans le cadre de la préparation des Conditions figurent la Banque Mondiale, l'organisation European International Contractors, la Confédération Européenne des Spécialistes de la Construction (« European Confederation of Construction Specialists ») (une organisation de sous-traitants), le « International Bar Association », et trois experts indépendants dans le domaine de la construction, extérieurs à la FIDIC (un ingénieur-conseil, un avocat et un assureur) (15).

IV. LES CONDITIONS DU CONTRAT FIDIC DE SOUS-TRAITANCE : COMMENTAIRES SUR CERTAINES CLAUSES CHOISIES

Ainsi que cela est mentionné ci-dessus, le principe sous-jacent des Conditions de Contrat de Sous-Traitance est que les termes et conditions du Livre Rouge (le contrat principal) sont applicables aux Conditions de Contrat de Sous-Traitance, chaque fois que cela est approprié. Mais qu'est-ce que cela signifie en pratique ?

Pour répondre à cette question, nous examinerons ci-après certaines articles des Conditions de Contrat de Sous-Traitance, dont l'Article 4 (Relations entre le Contrat de Sous-Traitance et le Contrat Principal), l'Article 7.2 (Prolongation du Délai d'Exécution du Sous-Traitant), les Articles 11.2 et 16 (Paiement) et l'Article 19 (Règlement des Différends).

1. Article 4 (Relations entre le Contrat de Sous-Traitance et le Contrat Principal)

Il existe peu de dispositions qui soient autant source de contentieux dans les contrats de sous-traitance que celles qui prévoient que les stipulations du contrat principal sont

intégrées audit contrat de sous-traitance. Bien qu'elles soient simples dans leur concept, la rédaction de telles stipulations n'est pas facile. En effet, si les stipulations du contrat principal qui doivent être intégrées ne sont pas suffisamment identifiées, ou si le but de cette intégration n'est pas évident, ou encore si l'objet des stipulations du contrat principal devant être intégrées au contrat de sous-traitance n'est pas suffisamment clair, il sera difficile, voire impossible, de déterminer quelles stipulations du contrat principal font effectivement partie intégrante du contrat de sous-traitance et lesquelles n'en font pas partie, ce qui constituera une source de contentieux 16).

Cette question fait l'objet de l'Article 4 du Contrat de Sous-Traitance. L'Article 4.1 stipule que l'entrepreneur mettra le contrat principal à la disposition du sous-traitant en vue de son inspection, à l'exception des informations relatives aux prix, et si le sous-traitant le demande, l'entrepreneur devra fournir au sous-traitant une copie conforme dudit contrat principal (à l'exception des informations relatives au prix), aux frais du sous-traitant. En tout état de cause, l'entrepreneur doit fournir au sous-traitant une copie de l'annexe à la soumission du contrat principal (« Appendix to Tender ») (Livre Rouge), ainsi qu'une copie de la Deuxième Partie des conditions de contrat principal. L'article 4.1 prévoit, en outre, que le sous-traitant sera considéré avoir pleinement eu connaissance du contrat principal (à l'exception des informations relatives aux prix pratiqués par l'entrepreneur).

L'Article 4.2 prévoit que le sous-traitant aura, de manière générale, toutes les obligations et responsabilités de l'entrepreneur, conformément aux termes du contrat principal, eu égard aux Travaux de Sous-Traitance :

« Sous réserve de toute disposition contraire du Contrat de Sous-Traitance, le Sous-Traitant concevra (conformément aux termes et conditions du Contrat de Sous-Traitance), exécutera et réalisera les Travaux de Sous-Traitance et réparera tous les vices de construction éventuels, de manière à ce qu'aucun acte ou omission de sa part ne constitue, n'entraîne ou ne contribue à une violation par l'Entrepreneur de l'une quelconque de ses obligations au titre du Contrat Principal. Le Sous-Traitant, sous réserve de ce qui précède, assumerá et exécutera aux termes des présentes toutes les obligations de l'Entrepreneur aux termes du Contrat Principal eu égard aux Travaux de Sous-Traitance ».

porated by reference, in some manner, into the subcontract. While simple in concept, such provisions are not easy to draft. Yet, if the parts of the main contract to be incorporated are not sufficiently identified or if the purpose of the incorporation is not evident or if the intended operation of the parts of the main contract to be incorporated with that of the subcontract is not sufficiently clear, it will be difficult or impossible to determine which provisions of the main contract are part of the subcontract and which are not, leading to disputes.

This matter is addressed in Clause 4 of the Subcontract. Sub-Clause 4.1 provides that the Contractor shall make the main contract, other than details of the Contractor's prices, available to the Subcontractor for inspection and, if requested by the Subcontractor, provide the Subcontractor with a true copy thereof (less price information), at the cost of the Subcontractor. In any event, the Contractor must provide the Subcontractor with a copy of the appendix to tender to the main contract (Red Book) together with Part II of the conditions of the main contract. Sub-Clause 4.1 further provides that the Subcontractor shall be deemed to have full knowledge of the main contract (less details of the Contractor's prices).

Sub-Clause 4.2 then provides that the Subcontractor shall generally have all the obligations and liabilities of the Contractor under the main contract in relation to the Subcontract Works:

“Save where the provisions of the Subcontract otherwise require, the Subcontractor shall so design (to the extent provided for by the Subcontract), execute and complete the Subcontract Works and remedy any defects therein that no act or omission of his in relation thereto shall constitute, cause or contribute to any breach by the Contractor of any of his obligations under the Main Contract. The Subcontractor shall, save as aforesaid, assume and perform hereunder all the obligations and liabilities of the Contractor under the Main Contract in relation to the Subcontract Works”.

Sub-Clause 4.3 then provides that no privity shall exist between the Subcontractor and the Employer. This provision will, of course, be subject to the provisions of mandatory law (in the usual case, the law of the place where the Works are being executed). Thus under the laws of some countries (e.g., France and certain countries that derive their law from French law) the Subcontractor may have, by virtue of mandatory law, irrespective of what the subcontract may provide, a right of direct payment from, or direct legal action against, the Employer.

Sub-Clause 4.4 then deals with breaches by the Subcontractor of the Subcontract which cause damage to the Contractor under the main contract. Sub-Clause 4.4 provides:

"If the Subcontractor commits any breaches of the Subcontract, he shall indemnify the Contractor against any damages for which the Contractor becomes liable under the Main Contract, as a result of such breaches. In such event the Contractor may, without prejudice to any other method of recovery, deduct such damages from recoveries otherwise becoming due to the Subcontractor".

Frequently, subcontracts will not contain liquidated damage provisions since the financial consequences of a Subcontractor's delay are often unpredictable and may depend on whether the Subcontractor's work is on the "critical path" of the Contractor's actual progress. For this reason, no liquidated damages clause is contained in Part I of the Subcontract. However, Sub-Clause 4.4 may serve in lieu of a liquidated damage provision as it provides that if the Subcontractor breaches the Subcontract (e.g., by being late for a reason which does not entitle the Subcontractor to an extension of time) then the damages, if any, resulting from the Subcontractor's breaches (including liquidated damages the Contractor may have to pay under the main contract), will be recoverable by the Contractor from the Subcontractor.

However, in the event that it is desired to include a liquidated damages clause in the Subcontract itself, an example liquidated damages clause is contained in Part II, together with proposed language for amending Sub-Clause 4.4 accordingly.

L'Article 4.3 prévoit qu'aucune relation contractuelle directe n'existera entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage. Cette stipulation sera bien entendu soumise aux dispositions impératives du droit applicable (le plus souvent, il s'agira du droit du lieu où les travaux sont exécutés). Ainsi, selon la législation de certains États (par exemple, la France et certains pays dont le droit est issu du droit français), le sous-traitant peut, conformément aux dispositions légales applicables et quelles que soient les stipulations du contrat de sous-traitance, avoir à l'encontre du maître de l'ouvrage un droit de paiement direct ou un droit d'action directe 17).

L'Article 4.4 concerne les violations du contrat de sous-traitance par le sous-traitant, qui causent un préjudice à l'entrepreneur au titre du contrat principal. L'Article 4.4 stipule :

« Si le Sous-Traitant commet une violation quelconque du Contrat de Sous-Traitance, il indemnisera l'Entrepreneur contre tous dommages pour lesquels l'Entrepreneur deviendrait responsable au titre du Contrat Principal, du fait desdites violations. Dans une telle hypothèse, l'Entrepreneur peut, sans préjudice de tout autre moyen d'action, déduire de tels dommages des sommes qui pourraient être dues au Sous-Traitant ».

Souvent, les contrats de sous-traitance ne contiennent pas de clauses de pénalités de retard, dans la mesure où les conséquences financières d'un retard du sous-traitant sont souvent imprévisibles et peuvent dépendre du fait de savoir si les travaux devant être réalisés par le sous-traitant sont sur « le chemin critique » (« critical path ») de la progression effective des travaux incomptant à l'entrepreneur. Pour cette raison, aucune clause de pénalités de retard n'est prévue dans la Première Partie du contrat de sous-traitance. Cependant, l'Article 4.4 peut servir en lieu et place d'une telle stipulation, dans la mesure où il prévoit que si le sous-traitant viole le contrat de sous-traitance (par exemple, en étant en retard pour une raison qui ne lui donnerait pas droit à une prolongation du délai d'exécution), les dommages-intérêts qui pourront alors en résulter (y compris les pénalités de retard dont l'entrepreneur serait éventuellement redevable selon les termes du contrat principal) seront remboursés à l'entrepreneur par le sous-traitant.

Cependant, dans l'hypothèse où l'on souhaiterait insérer une clause de pénalités de retard dans le contrat de sous-traitance lui-même, on se reportera à la Deuxième Partie qui contient un Modèle d'une telle clause ainsi que des stipulations types visant à modifier l'Article 4.4 en conséquence.

2. Article 7.2 (Prolongation du Délai d'Exécution du Sous-Traitant)

Conformément à l'Article 44 du Livre Rouge, lorsque l'entrepreneur a été retardé, il peut avoir droit, dans certaines circonstances, à une prolongation de la durée d'exécution de ses obligations à condition de respecter certaines obligations en matière de notification.

Par analogie à cet article du Livre Rouge, l'Article 7.2 du contrat de sous-traitance prévoit que le sous-traitant peut également, dans certaines circonstances, avoir droit à une prolongation de la durée d'exécution de ses obligations. Le sous-traitant y a droit lorsqu'il a été retardé par l'un quelconque des trois événements suivants :

- « (a) toute circonstance ou événement qui permettrait à l'Entrepreneur d'avoir droit d'obtenir du Maître de l'Ouvrage une prolongation du délai d'exécution pour l'achèvement des Travaux Principaux en vertu du Contrat Principal ;*
- (b) toute instruction donnée conformément à l'Article 8.2 et n'entrant pas dans le champ d'application du paragraphe (a) du présent article ; ou*
- (c) toute violation du Contrat de Sous-Traitance par l'Entrepreneur ou dont l'Entrepreneur est responsable ».*

Le premier des cas sus-visés est simple : il s'agit du cas où le sous-traitant a été retardé par un événement sur « le chemin critique » de la progression des travaux de l'entrepreneur et pour lequel l'entrepreneur a le droit d'obtenir une prolongation du délai d'exécution au titre du contrat principal. Le sous-traitant a le droit d'obtenir une prolongation du délai d'exécution si l'entrepreneur y a également droit (18). La prolongation du délai d'exécution au titre du contrat de sous-traitance ne peut pas dépasser la prolongation à laquelle l'entrepreneur a droit en vertu du contrat principal (cf. Article 7.2).

Le sous-traitant doit être informé de toutes les prolongations susceptibles de le concerner en vertu du contrat principal, dans la mesure où l'Article 7.3 prévoit que l'entrepreneur doit notifier au sous-traitant toutes les prolongations de délai qu'il a obtenues à ce titre et qui affectent le contrat de sous-traitance.

Le second cas concerne l'hypothèse où l'entrepreneur donne une instruction (ou confirme une instruction de l'ingé-

2. Sub-Clause 7.2 (Extension of Subcontractor's Time for Completion)

Under Clause 44 of the Red Book, where the Contractor has been delayed it may in certain circumstances, upon compliance with stipulated notice provisions, be entitled to an extension of its time for completion.

In parallel with this clause of the Red Book, Sub-Clause 7.2 of the Subcontract provides that the Subcontractor may also, in certain circumstances, be entitled to an extension of time. The Subcontractor is entitled thereto where it has been delayed by any of three specified events or circumstances:

“(a) by any circumstances in regard to which the Contractor is entitled to receive from the Employer an extension of his time for completion of the Main Works under the Main Contract,

(b) by any instruction pursuant to Sub-Clause 8.2 to which paragraph (a) of this Sub-Clause does not apply, or

(c) by any breach of the Subcontract by the Contractor or for which the Contractor is responsible”.

The first case is straightforward: it deals with where the Subcontractor has been delayed by an event on the critical path of the Contractor's progress for which the Contractor is entitled to an extension of time under the main contract. The Subcontractor is entitled to an extension of time if the Contractor is entitled thereto. The extension under the Subcontract cannot (according to Sub-Clause 7.2) exceed the extension of time to which the Contractor is entitled under the main contract.

The Subcontractor is to be advised of relevant extensions under the main contract as Sub-Clause 7.3 provides that the Contractor must notify the Subcontractor of all extensions of time obtained thereunder which affect the Subcontract.

The second case deals with where the Contractor gives an instruction (or confirms an instruction of the

Engineer under the main contract) in circumstances which do not entitle the Contractor to an extension under the main contract.

The third case, breach of the Subcontract by the Contractor, requires no explanation.

Sub-Clause 7.2 contains detailed notice requirements designed to ensure that the Subcontractor will give adequate notice to the Contractor of requested extensions in time to enable the Contractor to give proper notice to the Engineer under the main contract (the Red Book).

3. Clauses 11.2 and 16 (Payment)

The manner of payment of the Subcontract price is perhaps the critical issue in a subcontract for the Subcontractor. Under any main contract incorporating the Red Book, the Contractor must necessarily assume certain payment risks, including that:

(i) the Engineer will be late in certifying the Contractor's monthly statements or will not certify them in full, or at all, because it does not accept them, and

(ii) the Employer will be late in paying certified amounts, or will refuse to pay them in full, or at all, because it disagrees with the Engineer's certification, or becomes unable to pay them because of its financial difficulty, insolvency, bankruptcy, or bad faith.

When subcontracting work, the Contractor will normally endeavor to pass on some portion of these risks (up to the value of subcontracted work) to its Subcontractors by virtue of so-called "pay when paid", "payment on payment" or "if and when" clauses, the precise legal consequences of which are often difficult to determine. Thus, the Subcontractor may be made to bear some at least of the risk of delay or failure in certification or payment.

In addition to the payment risks borne initially by the Contractor, the Subcontractor must also bear the

risque au titre du contrat principal) dans des circonstances qui ne donnent pas droit à l'entrepreneur à une prolongation du délai en vertu du contrat principal.

Le troisième cas concerne la violation du contrat de sous-traitance par l'entrepreneur et ne requiert aucune explication particulière.

L'Article 7.2 contient des dispositions détaillées relatives aux obligations de notification visant à s'assurer que le sous-traitant notifiera à l'entrepreneur ses demandes de prolongation en temps voulu, afin de permettre à l'entrepreneur de donner à son tour une notification adéquate à l'ingénieur en vertu du Contrat Principal (le Livre Rouge).

3. Articles 11.2 et 16 (Paiements)

Les modalités de paiement du prix du contrat de sous-traitance constituent pour le sous-traitant probablement le point crucial du contrat de sous-traitance. Dans tout contrat principal intégrant le Livre Rouge, l'entrepreneur doit nécessairement assumer certains risques de paiement et notamment le risque que :

(i) l'ingénieur certifie avec retard les décomptes mensuels de l'entrepreneur ou ne les certifie pas en totalité, voire pas du tout, parce qu'il ne les accepte pas ; et

(ii) le maître de l'ouvrage paie avec retard le montant certifié ou refuse de le payer en entier, voire pas du tout, parce qu'il est en désaccord avec le certificat de l'ingénieur ou qu'il devient incapable de payer ce montant à cause de difficultés financières, d'insolvabilité, de faillite ou encore par mauvaise foi.

Lorsqu'il sous-traite des travaux, l'entrepreneur devra, en principe, s'efforcer de transférer une partie de ces risques (à hauteur de la valeur des travaux sous-traités) à ses sous-traitants par le biais de dispositions contractuelles communément appelées clauses «paid when paid» («payé quand payé»), «payment on payment» («paiement sur paiement»), ou encore «if and when» («si et quand») ; les conséquences légales de ces dispositions sont souvent difficiles à cerner (tout au moins dans les pays de «common law») (19). Ainsi, le sous-traitant peut être amené à assumer, en partie au moins, le risque de retard ou de défaut de certification ou de paiement.

En outre, en plus des risques de paiement initialement supportés par l'entrepreneur, le sous-traitant doit également

assumer les risques de retard de paiement ou de non-paiement par l'entrepreneur lui-même (même lorsque ce dernier est payé par le maître d'ouvrage), lorsque par exemple, un différend les oppose, ou en cas de difficultés financières, d'insolvabilité ou de faillite de l'entrepreneur, voire en cas de mauvaise foi de ce dernier.

Étant donné l'usage particulièrement développé à travers le monde des clauses « paid when paid » et l'opinion largement répandue selon laquelle on abuse des sous-traitants et qu'ils méritent en conséquence une certaine protection, la question était précisément de savoir comment un nouveau Modèle de contrat de sous-traitance internationale pouvait-il répondre à ce problème du paiement des sous-traitants ?

Les Articles 11 et 16 des Conditions de Contrat de Sous-Traitance tentent de répondre à cette question, principalement en intégrant les principes du Modèle FCEC.

Les Conditions de Contrat de Sous-Traitance font la distinction entre :

- (a) la manière dont le sous-traitant doit être payé pour la valeur des Travaux initiaux prévus dans le contrat de sous-traitance, les ordres donnés par l'entrepreneur afférents à des modifications, et les autres montants dus régulièrement (c'est-à-dire en dehors des réclamations) au sous-traitant au titre du contrat de sous-traitance, et
- (b) la manière dont le sous-traitant doit être indemnisé eu égard aux réclamations faites dans le cadre du contrat de sous-traitance et qui correspondent aux réclamations que l'entrepreneur peut faire dans le cadre du contrat principal, par exemple, au titre de l'Article 12 du Livre Rouge afférent aux obstacles ou conditions physiques imprévisibles.

Dans un premier temps, j'aborderai la question des paiements pour les Travaux initiaux tels que prévus dans le contrat de sous-traitance et les autres montants régulièrement dus en vertu du contrat de sous-traitance.

a) Les Travaux du Contrat de Sous-traitance (à l'exclusion des réclamations pour paiement complémentaire) (Article 16)

Conformément à l'Article 60 du Livre Rouge, l'entrepreneur est payé pendant la progression des travaux en fonction des décomptes mensuels que l'entrepreneur soumet à l'ingénieur en vue de leur certification. De la même manière, l'Article 16 des Conditions de Contrat de Sous-Traitance prévoit que le sous-traitant soumettra des

risks of late payment and of non-payment by the Contractor itself (even if paid by the Employer) in the event, for example, of a dispute between the Sub-contractor and the Contractor or if the Contractor suffers financial difficulty, insolvency, bankruptcy, or is in bad faith.

Given the widespread industry practice world-wide of "pay when paid" clauses, and the no less prevalent view that subcontractors are an abused class entitled to protection, how should a new international form of subcontract address the issue of payments to subcontractors?

Clauses 11 and 16 of the Conditions of Subcontract attempt to answer this question, basically by incorporating the policy already embodied in the FCEC form.

The Conditions of Subcontract distinguish between:

- (a) how the Subcontractor is to be paid for the value of the original Works included in the Subcontract, variation orders instructed by the Contractor and other amounts regularly payable (that is, excluding claims) to the Subcontractor under the Subcontract, and
- (b) how the Subcontractor is to be paid for claims under the Subcontract which correspond to claims that the Contractor may advance under the main contract, e.g., under Clause 12 of the Red Book dealing with unforeseeable physical conditions or obstructions.

I shall deal first with the situation of payment for the original Subcontract Works and other amounts regularly payable under the Subcontract.

a) Subcontract Works (excluding claims for additional payment) (Clause 16)

Under Clause 60 of the Red Book, the Contractor is paid during the progress of the Works based on monthly statements which the Contractor submits to the Engineer for certification. Likewise, Clause 16 of the Conditions of Subcontract provides that the Subcontractor shall submit monthly statements to the

Contractor in such manner and time as to enable the Contractor to incorporate these in its monthly statements to the Engineer under Clause 60 of the Red Book.

In the normal situation, the Contractor will incorporate the Subcontractor's monthly statement in the Contractor's own statement under the main contract and the amounts requested by the Contractor (which will include the amounts requested by the Subcontractor) will be certified by the Engineer under the main contract and paid by the Employer. Upon receipt of payments from the Employer, the Contractor will then pay to the Subcontractor the amounts due to it.

However, Sub-Clause 16.3 of the Subcontract (like Clause 15 (3) (b) of the FCEC form) provides that the Contractor is entitled to withhold or defer payment of any part of the sums due to the Subcontractor on five different grounds. Of these, three are of great practical significance, namely, paragraphs (c), (d), and (e) of Sub-Clause 16.3:

"(c) the amounts included in any Statement [author's note: a monthly statement of the Subcontractor] are not certified in full by the Engineer, providing such failure to certify is not due to the act or default of the Contractor,

(d) the Contractor has included the amounts set out in the Statement in his own statement in accordance with the Main Contract and the Engineer has certified but the Employer has failed to make payment in full to the Contractor, providing such failure is not due to the act or default of the Contractor, or

(e) a dispute arises or has arisen between the Subcontractor and the Contractor and/or the Contractor and the Employer involving any question of measurement or quantities or any other matter included in any such Statement". (Emphasis added.)

Where only a portion of a Subcontractor's monthly statement is questioned, the Contractor may not refuse to pay the balance. Sub-Clause 16.3 expressly provides that any withholding:

décomptes mensuels à l'entrepreneur de la manière et en temps voulus afin de lui permettre d'intégrer les décomptes du sous-traitant dans ses propres décomptes mensuels soumis à l'ingénieur conformément à l'Article 60 du Livre Rouge.

En principe, l'entrepreneur intègre les décomptes mensuels du sous-traitant dans ses propres décomptes tels que prévus au Contrat Principal. Les montants réclamés par l'entrepreneur (qui incluent ceux dus au sous-traitant) sont certifiés par l'ingénieur conformément aux termes et conditions du contrat principal, et payés par le maître de l'ouvrage. Dès réception de ces paiements par l'entrepreneur, ce dernier réglera à son tour le sous-traitant à hauteur des montants qu'il lui doit.

Cependant, l'Article 16.3 du contrat de sous-traitance (comme l'Article 15 (3) (b) du Modèle FCEC) prévoit que l'entrepreneur a le droit de retenir ou de retarder le paiement de tout ou partie des montants dus au sous-traitant dans cinq hypothèses. Parmi celles-ci, trois sont d'une importance pratique notable, à savoir, les paragraphes (c), (d) et (e) de l'Article 16.3 :

“(c) Les montants inclus dans un Décompte quelconque [note de l'auteur : un décompte mensuel du sous-traitant] ne sont pas certifiés en totalité par l'Ingénieur, sous réserve que ce défaut de certification n'est pas dû au fait ou à une omission de l'Entrepreneur,

(d) l'Entrepreneur a inclus les montants mentionnés dans le Décompte dans son propre décompte, conformément aux termes du Contrat Principal, et l'Ingénieur a certifié ces montants mais le Maître de l'Ouvrage n'a pas payé la totalité desdites sommes à l'Entrepreneur, sous réserve que ce défaut de paiement ne soit pas dû au fait ou à une omission de l'Entrepreneur, ou

(e) un litige naît ou est né entre le Sous-Traitant et l'Entrepreneur et/ou l'Entrepreneur et le Maître de l'Ouvrage eu égard à un problème lié au mètre des travaux, aux quantités ou à tout autre point figurant dans ce Décompte (20)». (Souligné par nous.)

Lorsqu'une partie seulement du décompte mensuel du sous-traitant est remise en question, l'entrepreneur ne peut pas refuser d'en payer le solde. L'Article 16.3 prévoit expressément que toute retenue :

« ... est limitée à concurrence des montants inclus dans tout Décompte qui, suivant le cas, ne sont pas certifiés, ne sont pas payés par le Maître de l'Ouvrage ou font l'objet d'un différend ».

Fréquemment, l'entrepreneur retiendra les paiements dus au sous-traitant sans en expliquer les raisons à ce dernier. Ainsi, le sous-traitant ne connaîtra pas la raison du retard du paiement et donc s'il a droit ou non audit paiement. L'Article 16.3 a trait à cette question et prévoit que, lorsque l'entrepreneur retient ou diffère tout paiement, il doit notifier au sous-traitant par écrit les motifs de sa décision, cette notification devant intervenir au plus tard à la date où le paiement aurait dû avoir lieu (21).

En vertu du Livre Rouge, il est expressément prévu que le maître de l'ouvrage sera tenu de payer des intérêts fixés à un taux annuel défini lorsqu'il paie tardivement les montants certifiés (22). De la même manière, l'Article 16.3 du contrat de sous-traitance prévoit que, lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas payé tout montant certifié par l'ingénieur ou lorsque l'entrepreneur n'a pas payé tout montant dû et exigible au sous-traitant, l'entrepreneur est alors tenu de verser des intérêts sur le montant dont il demeure redevable au taux dû par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur en vertu du contrat principal.

L'Article 16.3 prévoit que le sous-traitant doit réclamer ces intérêts par écrit afin de les faire courir. Cependant, même si le sous-traitant ne fait pas une telle demande par écrit, l'article susvisé prévoit que le sous-traitant aura droit au paiement de tout intérêt qui aura été effectivement reçu par l'entrepreneur du maître de l'ouvrage et afférent aux sommes dues au sous-traitant.

Ainsi, jusqu'à cette étape, on peut dire qu'en ce qui concerne le prix initial du contrat de sous-traitance, les ordres de modifications autorisées et les autres montants ordinairement dus au sous-traitant en vertu du contrat de sous-traitance, le sous-traitant n'est payé que « if and when » (« si et quand ») l'entrepreneur l'est. A cet égard, le sous-traitant supporte le risque des retards de paiement afférents aux travaux de sous-traitance.

Cependant, les paiements sont seulement sur une base « if and when » (« si et quand ») de manière provisoire. Lorsque les travaux du contrat principal ont été achevés et que le Certificat de Fin du Délai de Garantie a été délivré (ce qui peut n'avoir lieu qu'un certain temps après l'achèvement

“...shall be limited to the extent that the amounts in any Statement are not certified, not paid by the Employer or are the subject of a dispute, as the case may be”.

Often the Contractor will withhold payments to the Subcontractor without explaining to the Subcontractor why such payments are withheld. The Subcontractor will thus not know the cause of the delay in payment and, hence, whether he should be entitled to payment. Sub-Clause 16.3 deals with this by providing that, where the Contractor withholds or defers any payment, the Contractor must notify the Subcontractor in writing of his reasons for doing so not later than the date such payment would otherwise have been payable.

Under the Red Book, the Employer is expressly liable to interest at a stipulated rate per annum where the Employer is late in paying certified amounts. Similarly, Sub-Clause 16.3 of the Subcontract provides that, where the Employer has failed to pay any amount the Engineer has certified or the Contractor has failed to pay any amount that is properly due and payable to the Subcontractor, the Contractor will be liable to interest on the overdue amount at the rate payable by the Employer to the Contractor under the main contract.

Sub-Clause 16.3 provides that the Subcontractor must claim for this interest in writing for it to accrue. However, even if the Subcontractor fails to do so, the Sub-Clause provides that the Subcontractor will be entitled to be paid any interest actually received by the Contractor from the Employer attributable to monies due to the Subcontractor.

Thus, so far, it may be said that, as regards the original Subcontract Price, authorized variation orders and other amounts regularly payable to the Subcontractor under the Subcontract, the Subcontractor is to be paid only “if and when” the Contractor is paid. To this extent, the Subcontractor bears the risk of payment delays in respect of the Subcontract works.

However, payments are only on an “if and when” basis temporarily. After the main contract works have been completed and the Defects Liability Certificate thereunder has been issued (which may be sometime after the Subcontract Works are completed),

sions of time], the Contractor shall have no liability to the Subcontractor in respect of any obstruction, condition or circumstance that may be encountered during the execution of the Sub-contract Works".

Thus, so far as concerns claims for additional payment, unless the Contractor has accepted them or has been at fault in some manner, the Subcontractor bears the risk of the Employer's failure to pay on account, for example, of its financial difficulty, insolvency, bankruptcy or bad faith.

The Contractor has a duty to keep the Subcontractor regularly informed of his steps to pursue claims under the main contract, which involve the Subcontractor, and to get them settled. Sub-Clause 11.2 provides as follows:

"The Contractor shall notify the Subcontractor regularly of his steps to secure such contractual benefits and of the Contractor's receipt thereof".

Naturally, the Contractor remains liable to the Subcontractor for the Contractor's own defaults, including failure to take reasonable steps to pursue the Subcontractor's claims under the main contract.

The payment scheme described above, which distinguishes generally between the payment of the original Works as varied, on the one hand, and the payment of claims, on the other, generally follows that embodied in the FCEC form.

4. Clause 19 (Settlement of Disputes)

Sub-Clause 19.1 deals with disputes between the Contractor and the Subcontractor, whereas Sub-Clause 19.2 deals with disputes between the Employer and the Contractor under the main contract which "touch or concern" the Subcontract Works.

Sub-Clause 19.1 assumes that the Contractor and Subcontractor will be from different countries or will

relatif aux prolongations de délai] l'Entrepreneur n'aura aucune obligation vis-à-vis du Sous-Traitant eu égard à tout obstacle, condition ou circonstance adverse qui pourrait être rencontré durant l'exécution des Travaux du Contrat de Sous-traitance».

Ainsi, concernant les réclamations pour des paiements complémentaires, le sous-traitant supporte le risque du défaut de paiement par le maître de l'ouvrage, par exemple, en cas de difficultés financières du maître de l'ouvrage, de son insolvabilité, de sa faillite ou encore s'il fait preuve de mauvaise foi, à moins que l'entrepreneur n'ait accepté d'assumer ces risques ou n'ait commis une faute de quelque manière que ce soit.

L'entrepreneur a le devoir de maintenir le sous-traitant régulièrement informé des mesures qu'il prend afin de faire valoir, dans le cadre du contrat principal, toutes les réclamations qui concernent le sous-traitant et d'en obtenir le règlement. L'Article 11.2 prévoit que :

"L'Entrepreneur tiendra le Sous-Traitant régulièrement informé des mesures qu'il prend afin de protéger de tels droits contractuels, ainsi que de l'obtention desdits droits par l'Entrepreneur».

Bien évidemment, l'entrepreneur demeure responsable vis-à-vis du sous-traitant pour ses propres défauts d'exécution, et notamment s'il ne prend pas toutes les mesures raisonnables afin de faire valoir les réclamations du sous-traitant en vertu du contrat principal (26).

Les modalités de paiement décrites ci-dessus qui font, généralement, une distinction entre le paiement des travaux initialement prévus, tels que modifiés par la suite, d'une part, et le paiement des réclamations, d'autre part, suivent de manière générale les modalités prévues dans le Modèle FCEC (27).

4. Article 19 (Règlement des Différends)

L'Article 19.1 traite des litiges entre l'entrepreneur et le sous-traitant, tandis que l'Article 19.2 traite des litiges entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur en vertu du contrat principal lorsque ces litiges « touch or concern » (« touchent ou concernent ») les travaux au titre du contrat de sous-traitance.

L'Article 19.1 présume que l'entrepreneur et le sous-traitant seront de pays différents, ou, à défaut, souhaiteront prévoir

que leurs éventuels différends seront soumis à un arbitrage international. Ce ne sera pas nécessairement le cas. Par exemple, ils pourront être originaires du même pays, et par conséquent, préférer soumettre leurs différends à leurs tribunaux nationaux, même si l'entrepreneur a, le cas échéant, accepté de soumettre à l'arbitrage international les litiges au titre du contrat principal ainsi que cela est prévu à l'Article 67 du Livre Rouge. Lorsqu'ils auront choisi de se soumettre à leurs propres juridictions ou tribunaux nationaux, l'Article 19 devra être modifié en conséquence dans la Deuxième Partie du Contrat.

L'Article 19.1 prévoit essentiellement que, dans l'hypothèse où un différend naîtrait entre l'entrepreneur et le sous-traitant, alors, l'un pourra notifier à l'autre le différend en question, chacune des deux parties disposant alors d'un délai de 56 jours à compter de cette notification afin de tenter de régler à l'amiable ce différend (28). Si ce différend n'est pas réglé à l'amiable au cours de cette période, il est alors prévu qu'il sera réglé de manière définitive au moyen d'un arbitrage conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les mêmes règles étant par ailleurs prévues par le Livre Rouge. L'arbitrage peut être introduit avant ou après l'achèvement des travaux prévus dans le contrat de sous-traitance.

Il est bien connu que le Livre Rouge (Article 67) prévoit une procédure de règlement des différends longue et complexe (29). Dans cette procédure, le différend doit être soumis dans un premier temps à l'ingénieur qui a 84 jours pour notifier sa décision. Puis, chacune des parties a 70 jours pour contester cette décision. Un délai supplémentaire de 56 jours doit être accordé aux parties afin de parvenir à un règlement amiable, avant que chacune d'entre elles puisse soumettre le litige à l'arbitrage.

Ainsi, les parties aux Conditions de Contrat de Sous-Traitance peuvent décider d'un commun accord de prévoir un délai supérieur à 56 jours avant de commencer un arbitrage afin de donner plus de temps à la procédure prévue à l'Article 67 et lui permettre d'être menée à terme (ce qui, si la décision de l'ingénieur est favorable à l'entrepreneur et n'est pas contestée par le maître de l'ouvrage, aurait pour effet de permettre au sous-traitant de ne pas avoir à recourir à un arbitrage). Par exemple (et ainsi que cela est précisé dans la Deuxième Partie des Conditions de Contrat de Sous-Traitance), un délai de 210 jours à compter de la date à laquelle l'une ou l'autre des parties notifie à l'autre l'exis-

otherwise wish to provide for the international arbitration of their disputes. This will not necessarily be so. They may, for example, both be from the same country and therefore prefer to have recourse to their own national courts or tribunals, even though the Contractor may have agreed to the international arbitration of disputes under the main contract, as provided for by Clause 67 of the Red Book. Where they prefer to have recourse to their own national courts or tribunals, Clause 19 will need to be appropriately modified in Part II.

Sub-Clause 19.1 provides, essentially, that if any dispute arises between the Contractor and the Sub-contractor then either may give a notice of the dispute to the other in which case the two parties shall for the next 56 days attempt to settle such dispute amicably. If such dispute is not settled amicably within such period, then it is provided that it shall be finally settled by arbitration under the rules of arbitration of the International Chamber of Commerce, the same rules as are provided for by the Red Book. Arbitration may be commenced before or after completion of the Subcontract Works.

As is well known, the Red Book (Clause 67) provides for a lengthy and complex procedure for the settlement of disputes. Under this procedure, a dispute must first be referred to the decision of the Engineer, who has 84 days to give notice of his decision. Then each party has 70 days thereafter to challenge the decision. A further 56 days must be allowed for amicable settlement before either party may take the matter to arbitration.

Accordingly, to allow time for the procedure in Clause 67 to be completed (which, if the Engineer's decision is favorable to the Contractor, and not objected to by the Employer, would relieve the Sub-contractor from going to arbitration), the parties to the Conditions of Subcontract may wish to agree to a longer period than 56 days before either may commence arbitration. For example (and as explained in Part II of the Conditions of Subcontract) a period of 210 days from the date that a party gives a notice of

a dispute under Sub-Clause 19.1 would be the sum of the various time periods in Clause 67 (namely, 84 days for the Engineer's decision, plus 70 days for the notice of intention to commence arbitration, plus 56 days for reaching an amicable settlement) before arbitration may be commenced thereunder.

Sub-Clause 19.2 provides that, if a dispute arises between the Employer and the Contractor in connection with the main contract and the Contractor is of the opinion that such dispute "touches or concerns the Subcontract Works" and an arbitration of such dispute under the main contract commences, then the Contractor may require the Subcontractor to provide information and attend meetings in connection with the arbitration. As the Subcontractor's rights against the Contractor may, to some extent at least, depend upon the outcome of that arbitration (*e.g.*, in the case of the Subcontractor's claims for additional payment under Clause 11 of the Subcontract), the Subcontractor will ordinarily have an incentive to provide the Contractor with all due assistance.

Although both the Red Book and the Conditions of Subcontract provide for the final settlement of disputes by ICC arbitration and although it may be highly desirable for disputes under both contracts to be finally settled in certain instances (*e.g.*, where they involve common questions of law and fact) in a single ICC proceeding, paradoxically there is no means under the ICC Rules themselves for ensuring that this will occur. There is no provision under the ICC system for the joinder by the ICC International Court of Arbitration of claims arising in separate proceedings except in the very rare instance where they arise out of the same contract ("legal relationship") and between the same parties. Disputes under the Red Book and Conditions of Subcontract would arise neither out of the same contract nor between the same parties.

In the absence of an appropriate provision for joinder in the ICC rules, there is, of course, nothing to prevent an Employer, a Contractor and Subcontractor,

tence d'un différend conformément à l'Article 19.1, représenterait la somme des différents délais prévus à l'Article 67 (à savoir, 84 jours pour la décision de l'ingénieur, plus 70 jours pour la notification par l'une des parties de son intention d'introduire un arbitrage, plus 56 jours afin de parvenir à un accord amiable) avant qu'un arbitrage puisse être introduit conformément audit Article.

L'Article 19.2 prévoit que, si un différend naît entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur eu égard au contrat principal et que l'entrepreneur considère qu'un tel différend « a trait à ou concerne les Travaux du Contrat de Sous-Traitance » (30) et qu'un arbitrage a été commencé afin de régler ce différend au titre du contrat principal, l'entrepreneur peut alors exiger du sous-traitant qu'il fournisse des informations et participe aux réunions afférentes à l'arbitrage. Dans la mesure où les droits du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur peuvent, au moins dans certaines conditions, dépendre du résultat de cet arbitrage (par exemple, dans le cas de réclamations du sous-traitant pour un paiement complémentaire conformément à l'Article 11 du contrat de sous-traitance), le sous-traitant aura le plus souvent intérêt à fournir à l'entrepreneur toute l'assistance requise.

Bien que le Livre Rouge et les Conditions de Contrat de Sous-Traitance prévoient tous deux que les différends seront réglés définitivement par un arbitrage CCI, et bien qu'il puisse être particulièrement souhaitable que les différends au titre des deux contrats soient définitivement réglés dans une seule et même procédure devant la CCI dans certaines circonstances (par exemple, lorsque ces litiges concernent des points de droit et de fait communs), il n'existe paradoxalement aucun moyen, selon les règles de la CCI elles-mêmes, pour s'assurer que cela puisse être le cas. Il n'existe pas de stipulation dans le système CCI permettant à la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI de joindre des réclamations faisant l'objet de procédures différentes, sauf dans de très rares exceptions où ces réclamations naissent d'un même contrat ("legal relationship" ou "relation juridique") et entre les mêmes parties (31). Les différends survenant au titre du Livre Rouge et des Conditions de Contrat de Sous-Traitance ne naîtraient pas du même contrat et n'interviendraient pas entre les mêmes parties.

En l'absence d'une disposition appropriée prévoyant la jonction des procédures dans les règles de la CCI, il n'y a, bien évidemment, rien qui empêche un maître de l'ouvrage,

un entrepreneur et un sous-traitant, au moment de la négociation du contrat, de se mettre d'accord pour prévoir un arbitrage multipartite afin de régler les différends qui les opposeraient tous les trois. Cependant, la possibilité d'un arbitrage multipartite n'est pas envisagée par l'édition actuelle du Livre Rouge, parce que, semble-t-il, lorsque cette édition a été préparée en 1987, il n'existe pas alors de Modèle FIDIC de contrat de sous-traitance. Aucune clause d'arbitrage multipartite n'est prévue dans les Conditions de Contrat de Sous-Traitance, dans la mesure où l'édition actuelle n'envisage pas d'arbitrage multipartite et ne prévoit même pas la possibilité pour le maître de l'ouvrage de consentir à un tel arbitrage. (Toutefois, les parties ont la faculté de prévoir un arbitrage multipartite des litiges au titre du Livre Rouge et des Conditions de Contrat de Sous-Traitance si elles en décidaient ainsi dans la Deuxième Partie de ces documents).

Cependant, bien que des tentatives de rédaction d'une telle clause d'arbitrage multipartite sont souvent faites, elles sont rarement couronnées de succès, d'après l'expérience de l'auteur, car les difficultés inhérentes à une telle rédaction sont souvent sous-estimées. Afin de préparer les parties à la rédaction d'une telle clause, dans l'hypothèse où elles décideraient d'en rédiger une, la Deuxième Partie du nouveau contrat de sous-traitance inclut une liste de certains des principaux points ou questions qui doivent être considérés (32) :

- (1) Le consentement du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur et du sous-traitant à un arbitrage multipartite est nécessaire.
- (2) La procédure d'arbitrage multipartite doit être adaptée à la procédure prévue par le Livre Rouge qui exige que le différend soit soumis à l'ingénieur, conformément à l'Article 67, à titre de condition préalable à tout arbitrage.
- (3) Des critères, à exprimer sous forme de mots, doivent être établis afin de permettre de déterminer quand un différend au titre du contrat de sous-traitance est considéré comme étant suffisamment similaire à un différend au titre du Livre Rouge pour, en conséquence, être soumis à un arbitrage en vertu du Livre Rouge (dans l'hypothèse où le différend doit être réglé conformément aux dispositions relatives au règlement des différends au titre du contrat principal). Par exemple, sera-t-il suffisant de prévoir qu'un litige concernant le Livre Rouge ou né dans le cadre de ce dernier « a trait à ou concerne les Travaux du Contrat de

at the contract negotiation stage, from agreeing on a provision for the multi-party arbitration of disputes among the three of them. However, the possibility of multi-party arbitration is not envisaged by the current edition of the Red Book presumably because, when this edition was prepared in 1987, no FIDIC form of subcontract then existed. As this edition does not envisage multi-party arbitration nor provide even for the possibility of the Employer's consent thereto, no multi-party arbitration clause is provided for in the Conditions of Subcontract. (But parties are not prevented from providing for the multi-party arbitration of disputes under the Red Book and the Conditions of Subcontract, should they choose to do so in Part II of those documents).

However, while the drafting of such a multi-party arbitration clause is often attempted, in the author's experience, such attempt is rarely successful due to underestimation of the difficulties involved. In order that parties may be better prepared should they wish to draft a multi-party arbitration clause, Part II of the new Subcontract includes a list of some of the principal issues or matters that will need to be considered:

- (1) The consent of the Employer, the Contractor and the Subcontractor to multi-party arbitration will be required.
- (2) The multi-party arbitration procedure must tie in with the procedure under the Red Book requiring the reference of a dispute to the Engineer under Clause 67 as a condition precedent to arbitration.
- (3) A test in the form of words must be developed for determining when a dispute under the Subcontract is to be deemed sufficiently similar to a dispute under the Red Book to be referable to arbitration under the Red Book (assuming the dispute is to be resolved under the dispute resolution provisions of the main contract). For example, will it be sufficient to state that a dispute in connection with or arising out of the Red Book "touches or concerns the

Subcontract Works" or presents "common issues of law and fact" with a dispute under the Subcontract?

(4) As a practical matter, someone – perhaps the Contractor – will probably have to be given the power to decide when the test is satisfied, that is, when the disputes under the two contracts are to be deemed sufficiently similar to justify being heard in one arbitration under the Red Book. If someone is not designated to have this power, the issue would normally fall to be decided by the competent courts, resulting often, as a practical matter, in much delay.

(5) A determination will have to be made as to the action (e.g., a notice to the other parties) which must be taken to permit the hearing of the two disputes in a single arbitral proceeding.

(6) A determination will have to be made as to when action must be taken to permit the joint hearing of the two disputes. Before arbitrators are appointed in any Red Book proceeding? Earlier than that?

(7) A decision must be made as to the maximum number of parties that would be acceptable in any multi-party arbitration proceeding:

(a) horizontally, all subcontractors of the Contractor in relation to the project; and

(b) vertically, subcontractors, sub-subcontractors, and so on down the line?

To the extent any multi-party arbitration will include parties in addition to the Employer, the Contractor and the Subcontractor, the participation of those parties must also be consented to by all the parties involved in the proceeding.

(8) The procedure for appointing the arbitral tribunal so as to ensure equal treatment of all parties.

(9) As yet, no international arbitration rules (e.g., ICC or UNCITRAL) address satisfactorily multi-party arbitration problems.

As an alternative to a multi-party arbitration, the parties may wish to provide for separate Red Book and

Sous-Traitance» ou présente des «points similaires, en droit et en fait» avec un différend au titre du Contrat de Sous-Traitance ?

(4) En pratique, une personne – peut-être l'entrepreneur – devra probablement se voir accorder le pouvoir de décider quand les critères seront réunis, c'est-à-dire quand les différends au titre des deux contrats pourront être considérés comme étant suffisamment identiques pour faire légitimement l'objet d'un seul et même arbitrage en vertu du Livre Rouge. Si une personne n'est pas désignée pour avoir ce pouvoir, cette question sera alors normalement tranchée par les juridictions compétentes, ce qui en pratique entraînera souvent des retards.

(5) Il sera nécessaire de déterminer quels types de mesures devront être prises (par exemple une notification aux autres parties) afin de permettre la jonction des procédures relatives aux deux différends dans le cadre d'une seule et même procédure d'arbitrage.

(6) Il sera nécessaire de déterminer quand devront être prises ces mesures, de manière à permettre la jonction des procédures relatives aux deux différends. Avant que les arbitres soient nommés au titre d'une procédure du Livre Rouge ? Plus tôt que cela ?

(7) Une décision doit être prise en ce qui concerne le nombre maximum de parties qui sera acceptable dans le cadre d'une procédure d'arbitrage multipartite :

(a) horizontalement, tous les sous-traitants de l'entrepreneur concernés par ce projet ; et

(b) verticalement, les sous-traitants, les sous-sous-traitants et ainsi de suite ?

Dans la mesure où tout arbitrage multipartite comprendra d'autres parties en plus du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur et du sous-traitant, la participation de ces parties doit être approuvée par toutes les parties engagées dans la procédure.

(8) La procédure pour constituer le tribunal arbitral de manière à assurer une égalité de traitement entre toutes les parties (33).

(9) Le fait qu'à l'heure actuelle il n'existe aucun règlement d'arbitrage international (par exemple, CCI ou UNCITRAL) qui réponde de manière satisfaisante aux problèmes liés à l'arbitrage multipartite.

Les parties peuvent souhaiter prévoir des arbitrages séparés au titre du Livre Rouge et du contrat de sous-traitance

comme alternative à l'arbitrage multipartite, tout en prévoyant que tous les arbitres ou un arbitre seulement soi(en)t commun(s) aux deux procédures d'arbitrage.

Ce qui précède montre quelques unes des difficultés à résoudre lorsqu'on entend mettre en place une procédure de règlement des différends multipartite au titre du Livre Rouge et du contrat de sous-traitance au moyen de l'arbitrage international. Un effort bien plus important doit être fait par le monde de l'arbitrage international (34) et de l'industrie de la construction internationale afin que des solutions soient apportées à ces problèmes (35).

V. CONCLUSION

Les Conditions de Contrat de Sous-Traitance représentent la première tentative de la FIDIC de rédiger un Modèle de contrat de sous-traitance destiné à être utilisé de manière « transparente » par rapport aux dispositions du Livre Rouge. Dans la mesure où les Conditions de Contrat de Sous-Traitance doivent être étroitement liées et subordonnées au Livre Rouge, il y a eu peu de place pour innover. En conséquence, la FIDIC a eu largement recours aux dispositions et procédures qui sont actuellement utilisées dans le Modèle FCEC ou dans le Livre Rouge et qui ont déjà fait leurs preuves.

Si les Conditions de Contrat de Sous-Traitance prévoient un Modèle de contrat de sous-traitance adapté à l'édition actuelle du Livre Rouge, elles auront atteint leur but. Lors de la prochaine révision du Livre Rouge, il sera nécessaire de considérer de manière plus approfondie et détaillée les dispositions relatives à la sous-traitance dans le Livre Rouge. Cela, en plus de l'utilisation pratique du contrat de sous-traitance, devrait contribuer à améliorer le contrat de sous-traitance à l'avenir.

Notes

Le présent article ne reflète que l'opinion de l'auteur et ne prétend pas refléter l'opinion de son cabinet ou de toute autre organisation à laquelle il est affilié. © Copyright reserved 1994.

Cet article a été publié avec l'autorisation de l'« International Construction Law Review », Londres, dans lequel il est paru pour la première fois. Une version précédente de cet article a été présentée à l'International Construction Projects Committee of the Inter-Pacific Bar Association lors de sa quatrième conférence annuelle qui s'est tenue à Singapour du 3 au 6 mai 1994.

L'auteur est reconnaissant envers Maurizio Ragazzi, un ancien collaborateur du Cabinet White & Case (actuellement à la Banque Mondiale) et Membre du Groupe de Travail sur la documentation afférente au Contrat FIDIC de Sous-Traitance, pour son assistance lors de la préparation de la version précédente du présent article.

Subcontract arbitrations but arrange for some or all of the arbitrators to be common to both proceedings.

The foregoing indicates some of the complexities involved in providing for the resolution of multi-party disputes under the Red Book and the Subcontract by international arbitration. Much more work needs to be done by the international arbitration community and the international construction industry before satisfactory standardized solutions are available.

V. CONCLUSION

The Conditions of Subcontract represent the first attempt by FIDIC to draft a form of subcontract to function "back-to-back" with the Red Book. As the Conditions of Subcontract must tie in with, and be subordinate to, the Red Book, there has been little room for innovation. Consequently, FIDIC has largely had recourse to provisions or procedures that are in current use in the FCEC form or the Red Book, which have hitherto proved workable.

If the Conditions of Subcontract provide a serviceable form of subcontract for the current edition of the Red Book, they will have accomplished their purpose. When the Red Book is next revised, consideration should be given to the desirability of more extensive treatment of subcontracting in the Red Book. This, coupled with experience of the use of the Subcontract in practice, should contribute to improving the Subcontract in future.

LE NOUVEAU MODÈLE FIDIC DE CONTRAT INTERNATIONAL DE SOUS-TRAITANCE

1. En langue anglaise, International Federation of Consulting Engineers.

2. Le titre complet de l'édition actuelle du Livre Rouge à laquelle le Contrat de Sous-Traitance doit se référer est «*Conditions de Contrat Applicables aux Marchés de Travaux de Génie Civil*», quatrième édition, 1987, réédité en 1988 avec des modifications de rédaction, réédité en 1992 avec d'autres modifications (en langue anglaise «*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition, 1987, reprinted 1988 with editorial amendments, reprinted 1992 with further amendments*»).

3. Le Contrat de Sous-Traitance, comme les autres publications de la FIDIC, est disponible auprès de la FIDIC, P.O. Box 86, CH-1000, Lausanne, 12 – Chailly, Suisse (tel : (41-21) 653-50-03 ; Fax : (41-21) 653-54-32).

4. A moins que cela ne soit indiqué autrement, les termes utilisés avec des majuscules dans le présent article correspondent à des termes définis, soit dans le Livre Rouge, soit dans le Contrat de Sous-Traitance, soit dans les deux (dans leurs versions anglaises respectives qui sont les versions originales de ces documents).

5. Cf. Livre Rouge, Article 1.1 (f) (iv).

6. Deux commentaires sur le Livre Rouge ont été publiés sous la forme de recueil ; l'un a été écrit par un ingénieur, et l'autre par un «solicitor» (conseil juridique) anglais : cf. Nael G. Banni (un ingénieur-conseil), *The FIDIC Form of Contract*, BSP Professional Books, Oxford 1991, et EC Corbett (un «solicitor») *FIDIC 4th: A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, Londres 1991.

7. *Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition*, publié par la FIDIC en 1989.

8. Les phrases longues et le style quelque peu sophistiqué sont issus (comme le système de certification par un ingénieur indépendant), au travers des Conditions ICE, des conditions de contrat utilisées dans les projets de travaux de génie civil au 19^e siècle, en Angleterre, durant la révolution industrielle.

9. Pour un exemple de Modèle de contrat principal qui prévoit une réglementation plus détaillée des relations entre l'entrepreneur principal et ses sous-traitants, voir AIA Document 201 («General Conditions of the Contract for Construction», édition 1987) de l'American Institute of Architects, 1735 New York Avenue, N.W., Washington D.C., 20006 Etats-Unis d'Amérique, et plus particulièrement l'Article 5, paragraphe 9.3.1.2, l'Article 9.6, paragraphe 10.2.1, et l'Article 14 de ce document. En principe, les maîtres d'œuvre et les sous-traitants sont plutôt favorables à une réglementation plus importante des conditions de la sous-traitance par le contrat principal.

10. Voir le Livre Rouge, Article 49.1.

11. Ce Modèle est disponible auprès de The Federation of Civil Engineering Contractors, Cowdray House, 6 Portugal Street, London WC2A 2HH, Angleterre (tel : (44-171) 404-40-20 ; Fax (44-171) 242-02-56).

12. L'édition de 1984 du Modèle FCEC a été du moins approuvée par le Committee of Associations of Specialist Engineering Contractors ("CASEC") et la Federation of Associations of Specialists and Subcontractors ("FASS") ; voir le commentaire relatif à la décision NEI Thompson Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd. (1987) 39 BLR 65, 66.

13. Le Modèle FCEC contient une disposition différente prévoyant un «engagement» ("undertaking") par le sous-traitant (voir Article 15 (5) de ce Modèle).

14. A défaut de choix exprès du droit applicable et dans l'hypothèse où le contrat de sous-traitance est «transparent» par rapport au contrat principal du Livre Rouge, le contrat de sous-traitance est, en droit anglais, selon toutes probabilités, soumis à la même loi que la loi choisie pour le contrat principal ; cf. *JMJ Contractors Ltd. v. Marples Ridgway Ltd.* (1985) 31 BLF 100.

15. Parmi ceux qui ont particulièrement contribué à l'élaboration de ce Modèle figurent Mario Asin, un ingénieur-conseil de TAMS USA, Anthony Blackler, "solicitor" (conseil juridique) et associé du cabinet Rowe & Maw, Londres, agissant pour un sous-comité du Comité T (International Construction Projects) de l'"International Bar Association", et Edward Corbett, "solicitor" au cabinet Corbett & Co., Londres, l'un des experts indépendants dans le domaine de la construction.

16. Voir la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis *Guerini Stone Co. v. P.J. Carlin Construction Co.*, 240 US 264 (1916) concernant l'intégration de stipulations d'un contrat principal dans un contrat de sous-traitance. En l'espèce, le contrat de sous-traitance prévoyait que les travaux devaient être effectués d'une manière «conforme aux plans et spécifications» prévus dans le contrat principal et l'entrepreneur avait fait des modifications et suspendu les travaux prévus au contrat principal conformément aux dispositions dudit contrat. Du fait des retards causés par l'entrepreneur, le sous-traitant a résilié le contrat de sous-traitance et intenté une actions en dommages-intérêts à l'encontre de l'entrepreneur principal. La Cour Suprême a considéré que la référence aux «plans et spécifications» indiquait seulement que les travaux devaient être effectués et de quelle manière ils devaient l'être par le sous-traitant et que la décision de la cour de degré inférieur selon laquelle le sous-traitant était lié par le contrat principal (et non uniquement par les «plans et spécifications») et qu'il était ainsi obligé d'accepter les retards résultant du fait de l'entrepreneur, était erronée. Cf. également T Bart Gray, "Incorporation by Reference and Flow-Down Clauses", *The Construction Lawyer* (publication du "Forum of the Construction Industry", "American Bar Association") vol. 10, n° 3, août 1990, p.1.

17. Par exemple, en droit français, cf. la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 telle que modifiée (pour un commentaire en anglais sur cette loi, voir l'article de l'auteur intitulé "French Law on Subcontracting" [1991] en anglais ICLR 78). Les sous-traitants ont également un droit d'action directe à l'encontre de l'entrepreneur dans certains Codes Civils Arabes. Par exemple, l'Article 565 du Code Algérien, l'Article 662 du Code Egyptien, l'Article 882 du Code Iraqui, l'Article 682 du Code Koweïtien, l'Article 661 du Code Libyen et l'Article 628 du Code Syrien. Dans la plupart de ces Codes, le droit du sous-traitant est probablement d'ordre public et en conséquence, serait applicable en dépit d'une stipulation contractuelle contraire.

18. Il est à noter que, ainsi que c'est le cas dans le Modèle FCEC (Article 6 (2)), le droit du sous-traitant n'est pas soumis à l'obtention effective de la prolongation par l'entrepreneur. Voir les commentaires sur les Articles 11.2 et 16 (Paiement) ci-après afin de comparer les règles relatives au paiement.

19. De telles clauses ont été principalement commentées aux Etats-Unis, où elles ont été l'objet de centaines de décisions judiciaires publiées, tant au niveau de fédéral qu'étatique. En général, selon ces décisions, la question juridique essentielle soulevée par de telles clauses est de savoir si elles constituent ou non une condition préalable à l'obligation de l'entrepreneur de payer le sous-traitant ou si elles servent plutôt simplement à réglementer le moment où l'entrepreneur doit payer le sous-traitant. Selon l'opinion dominante (qui reflète, ainsi que je le suppose, une volonté affirmée dans ces jurisdictions de protéger les sous-traitants qui sont censés être la partie la plus faible), l'objet de telles clauses est seulement de réglementer le moment du paiement. Cf. *Thomas J. Dyer Co. v. Bishop International Engineering Co.* 303 F. 2d 655

RELATIF AUX MARCHÉS DE TRAVAUX DE GÉNIE CIVIL

(6th Cir. 1962) et les décisions qui l'ont suivi. Une doctrine minoritaire, toutefois, attache plus de poids au contenu précis de ces clauses et considère que de telles clauses constituent une condition préalable : cf. *Mascioni v. I.B. Miller*, 261 N.Y. 1, 184 N.E. 473 (1933) et les décisions qui l'ont suivi.

Une décision récente d'une juridiction du Commonwealth britannique qui se fonde sur la jurisprudence américaine fait une analyse intéressante des clauses «paid when paid». Cf. *Smith & Smith Glass Ltd. et Winstone Architectural Cladding Systems Limited*, High Court of New Zealand (Master Towlie), 4 octobre 1991 (publié dans le *Construction Industry Law Letter*, Novembre 1993, Londres, page 898).

Pour certaines juridictions de droit civil, une clause "paid when paid" peut être considérée nulle. Ainsi, une telle clause n'est pas valable en droit interne français, étant donné qu'elle est incompatible avec la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 telle que modifiée (cf. note 17 supra); cf. Michèle Klein, *L'Assurance-Crédit et les Autres Risques dans le Commerce International*, thèse, Paris, 1983, pp. 493-494.

20. Les autres fondements pour retenir un paiement sont lorsque les montants dus sont inférieurs au montant minimum de décomptes mensuels tel que prévu dans le contrat de sous-traitance ou le contrat principal.

21. L'obligation de notifier par écrit est prévue par l'Article 1.5.

22. Article 60.10.

23. Cf. Article 60.1 du Livre Rouge.

24. Il est peu probable que l'Article 16 exclut le droit de "set off" (compensation) de l'entrepreneur en "common law". Cf. *NEI Thompson Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.* (1987) 39 BLR 65 relatif à l'Article 15, l'article correspondant dans l'édition 1984 du Modèle FCEC.

25. Cette liste est purement indicative. Pour une liste complète des réclamations que l'entrepreneur (et donc, à travers l'entrepreneur, le sous-traitant) peut présenter, dans le cadre de la quatrième édition du Livre Rouge, cf. l'article de l'auteur intitulé "Contractors claims under the FIDIC Civil Engineering Contract, Fourth (1987) Edition", Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 8-1991, page 1051.

26. Cf. la dernière phrase de l'Article 11.2 du contrat de sous-traitance, «les mesures raisonnables» peuvent, en dernier ressort, inclure l'arbitrage international.

27. Comparer les articles 10 et 15 du Modèle FCEC.

28. En prévoyant un délai de 56 jours en vue de parvenir à un règlement amiable, l'Article 19.1 correspond à l'Article 67.2 du Livre Rouge.

29. Conf. l'article de l'auteur intitulé *The Pre-Arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC Civil Engineering Conditions of Contract [1986] ICLR 316* (pour un commentaire sur la procédure prévue dans la troisième édition du Livre Rouge) ; Id. *The Principal Changes in the Procedure for the Settlement of Disputes* (Article 67), [1989] ICLR 177 (pour un commentaire sur les changements effectués dans une telle procédure par la quatrième édition) ; et, Id. *Pre-Arbitral Decisions and their Impact on the Arbitration ; the Decisions Made by the Consulting Engineer* dans *International Council for Commercial Arbitration Congress Series* n° 5 (les procédures effectives dans des décisions liées à la construction), Kluwer, Pays-Bas 1991, p.377.

30. Cette expression provient du Modèle FCEC, Article 18 (8).

31. En plus de ces conditions, les Termes de Référence ne doivent pas avoir été signés. Cf. l'Article 13 des Règles Internes de la Cour Internationale d'Arbitrage.

32. Cette liste s'inspire largement d'un article écrit par Humphrey Lloyd, QC (actuellement His Honour Judge Humphrey Lloyd, QC) intitulé "A National Experience" contenu dans le Chapitre 2 intitulé "Multi-party arbitral clauses and conventions" d'un dossier intitulé "Multi-party Arbitration – Views from International Arbitration specialists" de l'Institut de Droit et Pratique des Affaires Internationales) publié par la Chambre de Commerce Internationale, Paris, 1991, pp. 61-79.

33. Cf. à cet égard, l'arrêt de la Cour de Cassation française, *Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Construction Company Ltd.* Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, et le commentaire (en anglais) de l'auteur sur cet arrêt, *French Supreme Court Nullifies ICC Practice for Appointment of Arbitrators in Multi-Party Arbitration Cases [1993] ICLR 222*. Le point (8) vient, en fait, en complément à la liste des points prévus dans la Deuxième Partie du Contrat de Sous-Traitance qui n'est pas exhaustive.

34. En dépit d'années de travail, un Groupe de Travail sur l'arbitrage multipartite constitué par la Commission de la CCI sur l'Arbitrage international a accompli dans son rapport final à peine plus qu'une simple description des problèmes et des complexités afférentes à l'arbitrage multipartite dans le cadre des règles CCI dont un bon nombre était déjà connu. Bien que les contraintes actuelles de l'arbitrage multipartite freinent sérieusement le développement de l'arbitrage international, il est regrettable que le Comité de Travail ait été incapable de présenter des solutions pratiques à ces problèmes, tels que des changements ou des améliorations aux règles d'arbitrage CCI ou des procédures CCI. Cf. le rapport final de la Commission de la CCI sur l'arbitrage international concernant les arbitrages multi-partites (Rapport du Comité de Travail approuvé par la Commission et soumis à la 77^e cession du Comité Exécutif, Paris, 14 juin 1994) CCI, Paris 1994.

35. Bien que nous n'ayons guère eu la possibilité de discuter dans cet article de l'Article 17 du contrat de sous-traitance («Résiliation du Contrat Principal»), il est à noter que la difficulté qui est apparue dans *E.A. Dyer Ltd. V. The Simon Build/Peter Lind Partnership* (1982) 23 BLR 23 à propos de la clause correspondante du Modèle FCEC (Article 16) ne devrait pas apparaître dans le cadre du contrat de sous-traitance. En l'espèce, à la suite de la résiliation par le maître de l'ouvrage de l'emploi de l'entrepreneur conformément à l'Article 63 des Conditions ICE (qui est bien similaire à l'Article 63 du Livre Rouge), l'entrepreneur soutenait que le contrat principal avait été résilié et qu'en conséquence, il était en droit au titre de l'Article 16 du Modèle FCEC (qui stipule «si le Contrat Principal est résilié pour quelque raison que ce soit») de mettre fin à l'emploi du sous-traitant sans être tenu responsable du bénéfice afférent aux travaux restant à réaliser ainsi que cela est prévu par l'Article 16. L'arbitre décida que cette interprétation était erronée (la Cour a rejeté la demande en appel de cette décision) dans la mesure où le contrat principal n'avait pas été résilié – seul l'emploi de l'entrepreneur avait été résilié – et qu'en conséquence l'Article 16 n'avait pas lieu de s'appliquer.

Dans la mesure où l'Article 17 du contrat de sous-traitance prévoit que l'entrepreneur peut mettre fin à l'emploi du sous-traitant, que l'emploi de l'entrepreneur au titre du contrat principal soit résilié ou que le contrat principal lui-même soit résilié, la difficulté qui est apparue dans le cas E.R. Dyer sus-visé eu égard à l'Article 16 du Modèle FCEC (dont l'Article 17 est issu) ne devrait pas apparaître dans le contrat de sous-traitance.