

LES RECLAMATIONS DES ENTREPRENEURS

La bonne connaissance des conditions FIDIC aide les exportateurs à les faire valoir avec succès



*Christopher R. Seppala,
conseiller juridique
au cabinet Archibald*

L'essor des opérations internationales de construction dans les pays producteurs de pétrole, qui a débuté vers 1973/1974, a été en grande partie responsable de l'utilisation de plus en plus fréquente, au cours de ces dernières années, du contrat international de génie civil de la FIDIC (les « conditions FIDIC »). Selon un auteur, « il régit près de 30 % des contrats de génie civil du Moyen-Orient et la plupart des projets financés par la Banque mondiale ». Quoique, en pratique, les maîtres d'ouvrage, qui se situent généralement dans les pays en voie de développement, en modifient fréquemment les termes, les conditions FIDIC restent probablement le contrat type le plus largement utilisé dans les opérations internationales de construction (1).

Malgré leur dénomination de « conditions internationales » et leur emploi dans le cadre de contrats internationaux, les conditions FIDIC sont fondées sur un contrat type élaboré en Grande-Bretagne pour les opérations de construction réalisées dans le cadre national de ce pays – les « conditions of contract » de l'English Institution of Civil Engineers (les « conditions ICE »). L'actuelle édition des conditions FIDIC, la troisième, datée de mars 1977, a pour origine les quatrième (1955) et cinquième (1973) éditions des conditions ICE. C'est ainsi que les conditions FIDIC reprennent, entre autres, la structure traditionnelle du système britannique de contrat de construction, conférant de larges pouvoirs administratifs et quasi judiciaires à l'ingénieur, qui est la personne responsable de la supervision de l'exécution des travaux. Ce rôle de l'ingénieur est semblable, mais non pas identique, à celui que joue le maître d'œuvre dans le contexte d'un marché de travaux publics en France.

PLUS DE TRENTE CLAUSES. Ce système exporté au XIX^e siècle de Grande-Bretagne vers les pays de l'Empire britannique (Canada, Australie, Afrique du Sud, etc.), a été adopté aux Etats-Unis. Il reste toutefois fondamentalement différent de pratique contractuelle en usage en Europe continentale, où le pouvoir de supervision de l'ingénieur est atténué au profit d'un accroissement de l'autorité du maître de l'ouvrage.

Tout comme les conditions ICE, les conditions FIDIC confèrent à l'entrepreneur le droit de formuler des « claims ». Le terme anglais « claim », qui semble ne pas avoir d'équivalent

exact en français, désigne une « demande de quelque chose qui est dû » (à celui qui a formulé le « claim »).

Plus de trente clauses prévoient que l'entrepreneur peut, dans des circonstances déterminées, avoir droit à des paiements additionnels ou à une extension du délai d'achèvement des travaux si les conditions d'exécution diffèrent de celles qui prévalaient ou avaient été prévues à la date de conclusion du contrat.

Les conditions FIDIC prévoient également de nombreuses circonstances dans lesquelles le maître de l'ouvrage peut présenter des « claims » contre l'entrepreneur. Toutefois, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage se trouvent dans des situations fondamentalement différentes. Ayant la maîtrise des paiements, le maître de l'ouvrage peut souvent satisfaire ses « claims » par compensation ou par réduction des sommes dues ou à devoir à l'entrepreneur.

L'entrepreneur n'a d'autre alternative que de se conformer aux procédures de présentation des « claims » prévues par le contrat. Il est donc indispensable, pour l'entrepreneur qui souhaite recouvrer intégralement son dû, non seulement de savoir parfaitement dans quelles circonstances les termes du contrat

lui permettent de présenter un « claim », mais aussi de suivre fidèlement les procédures de présentation des « claims » prévues par le contrat.

DEUX CATEGORIES DE « CLAIMS ». Il existe essentiellement deux grandes catégories de « claims » :

– l'entrepreneur peut, d'une part, avoir le droit de réclamer au maître de l'ouvrage, par le biais des « claims » formulés auprès de l'ingénieur, une indemnisation complémentaire ou une extension de délai en vertu d'une stipulation du contrat prévoyant expressément, dans des circonstances déterminées, une telle indemnisation ou une telle extension ;
– en l'absence de toute stipulation expresse, l'entrepreneur peut, d'autre part, avoir le droit de réclamer une indemnisation complémentaire sur la base d'un principe du droit national applicable au contrat concerné, par exemple en raison d'une violation du contrat pour laquelle les dispositions de ce dernier ne prévoient aucune réparation.

Nous nous intéresserons seulement à la première catégorie de « claims », c'est-à-dire à ceux prévus par les conditions FIDIC, car la nature et la possibilité de la seconde varient selon le droit applicable.

UNE LONGUE LISTE DE POSSIBILITES...

Outre les trois principaux domaines pour lesquels l'entrepreneur peut avoir droit à paiement additionnel ou à une extension du délai d'achèvement des travaux, il existe de nombreuses autres possibilités précisées par les articles 5 (2) (frais occasionnés par des ambiguïtés contractuelles), 6 (4) (frais occasionnés par des retards dans la délivrance des plans et instructions par l'ingénieur), 17 (frais occasionnés par des erreurs dans l'implantation des travaux), 18 (frais occasionnés par les forages et excavations exploratoires), 20 (1) (frais occasionnés par les « risques exclus »), 22 (2) (remboursement des sommes payées par l'entrepreneur au titre de dommages causés aux tiers), 27 (frais occasionnés par la découverte de fossiles), 30 (2) (frais occasionnés par la protection ou le renforcement des routes ou ponts), 30 (3) (remboursement des sommes payées en règlement des réclamations relatives à une circulation exceptionnelle), 31 (frais occasionnés par les facilités accordées à d'autres entrepre-

neurs), 36 (2) (coût des échantillons), 36 (4) (coût des tests), 38 (2) (coût de la mise à découpe des travaux), 40 (1) (coût des suspensions des travaux), 42 (1) (frais occasionnés par la carence dans la mise à disposition du chantier), 47 (3) (prime pour achèvement), 49 (3) (coût des réparations non imputables à l'entrepreneur), 50 (coûts des recherches de défauts non imputables à l'entrepreneur), 52 (3) (coûts des modifications supérieures à 10 %), 63 (2) (évaluation au moment de l'expulsion), 65 (1-2) (indemnisation pour des dommages causés en raison de risques spéciaux), 65 (4) (augmentation de coûts causée en raison des risques spéciaux), 65 (8) (paiement si le marché prend fin), 66 (paiement en cas d'impossibilité d'exécution), 69 (3) (paiement en cas de défaillance du maître de l'ouvrage), 70 (1) (augmentation ou diminution des coûts), 70 (2) (augmentation ou diminution de coûts en raison d'une modification de législation), et 71 (pertes en raison de restrictions concernant les devises).

EXPORTATION

PENDANT L'EXECUTION DES TRAVAUX. En règle générale, il sera de l'intérêt de l'entrepreneur, chaque fois que cela est possible, de présenter un « claim » pendant l'exécution des travaux sur le fondement de stipulations expresses du contrat. Un « claim » qui est fondé sur les conditions FIDIC et présenté selon les formes prévues par celles-ci peut être satisfait par voie de paiements provisoires. En revanche, un « claim » qui n'est pas fondé sur les conditions FIDIC mais sur des principes généraux de droit risque de ne pas donner lieu à un paiement provisoire parce que l'ingénieur pourrait être considéré comme n'ayant pas compétence pour se prononcer sur un tel « claim » et ordonner le paiement de sommes correspondantes. En effet, les auteurs des conditions FIDIC notent que « la tâche de l'ingénieur consiste à interpréter les clauses du marché telles qu'elles ont été rédigées, et non pas à établir les droits légitimes et légaux de chaque partie » (2), ce qui laisse à croire que l'ingénieur ne peut rendre une décision sur un « claim » fondé sur un principe de droit étatique et qu'une telle décision ne peut être rendue que dans le cadre d'un arbitrage international éventuel.

TROIS PRINCIPAUX DOMAINES. En pratique, la majorité des « claims » présentés sur la base des conditions FIDIC relèvent de trois principaux domaines :

- les conditions physiques ou obstacles artificiels imprévus (article 12) ;
- les modifications (articles 51 et 52) ;
- les délais (article 44 notamment).

COMMENT NOTIFIER ? En dehors des « claims » qu'il peut être tenu de notifier en vertu d'une disposition particulière du contrat, l'entrepreneur doit également, aux termes de l'article 52 (5), envoyer à l'ingénieur (ou au représentant de ce dernier habilité à cet effet), une fois par mois, un décompte « donnant des détails aussi complets que possible » de tous les « claims » relatifs à des paiements additionnels auxquels il estime avoir droit. A défaut d'une telle notification, l'entrepreneur risque de voir son « claim » déclaré irrecevable.

La notification rapide des « claims » sert plusieurs objectifs. Elle permet à l'ingénieur d'examiner les faits invoqués à l'appui d'un « claim » et son incidence financière à un moment où les éléments de preuves sont encore disponibles. Elle permet au maître de l'ouvrage d'être informé rapidement des ajustements éventuels du prix contractuel. Enfin, elle permet aux litiges potentiels d'être rapidement résolus.

Tout « claim » éventuel de l'entre-

preneur à l'égard du maître de l'ouvrage devrait être présenté à l'ingénieur avant la fin de la période d'entretien, qui se termine normalement un an après l'achèvement des travaux. Si un « claim » n'a pas été notifié par écrit à l'ingénieur avant la date de délivrance du certificat d'entretien (à la fin de la période d'entretien), il sera normalement irrecevable.

Il apparaît que les seuls « claims » qui peuvent être notifiés après la délivrance du certificat d'entretien sont ceux qui, en pratique, ne pourraient être soumis avant cette date, par exemple, les « claims » nés à l'occasion de la préparation du décompte final que l'entrepreneur doit soumettre à l'ingénieur à la suite de la délivrance du certificat d'entretien. De tels « claims » peuvent également être fondés sur les obligations de dédommagements du maître de l'ouvrage. Par exemple, si celui-ci a accepté de dédommager l'entrepreneur du paiement des impôts prélevés localement, le quantum de cette obligation ne sera déterminé normalement qu'après que la dette fiscale de l'entrepreneur aura été fixée définitivement par les autorités fiscales locales, ce qui peut ne se produire que plusieurs années après l'achèvement des travaux.

L'ARBITRAGE. Si l'entrepreneur est en désaccord avec la décision prise par l'ingénieur sur l'un de ses « claims », il peut, aux termes des conditions FIDIC, considérer cette situation comme un « litige ». Dans ce cas, la procédure établie par l'article 67 trouve à s'appliquer. Très brièvement résumée, cette procédure prévoit que l'entrepreneur doit à nouveau soumettre la question à l'ingénieur, et que si l'entrepreneur n'est pas satisfait de la décision de celui-ci (ou si l'ingénieur omet de rendre une décision dans les 90 jours), il peut soumettre la question à l'arbitrage, celui-ci se déroulant, d'après les conditions FIDIC, conformément au règlement de la Chambre de commerce internationale. Il convient de souligner que tout entre-

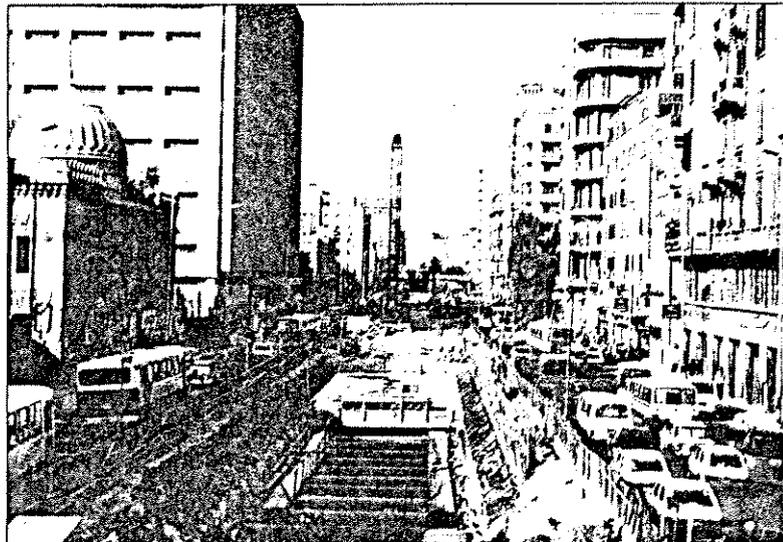
preneur se proposant d'invoquer l'article 67 serait bien avisé de ne le faire qu'après une étude très attentive de sa formulation exacte (en anglais) et un examen de toutes ses implications potentielles, juridiques et financières.

CONSERVER LES DOCUMENTS. Afin de faire valoir avec succès ses « claims », un entrepreneur devrait non seulement posséder une connaissance d'ensemble approfondie des conditions FIDIC, mais également être pleinement informé de la nature et de l'étendue des droits que celles-ci lui confèrent au titre des « claims ». L'entrepreneur doit aussi mettre en place, au sein de sa propre structure, des procédures appropriées assurant :

- que les situations pouvant donner lieu à des « claims » soient, lorsqu'elles surviennent, promptement identifiées ;
- que les notifications nécessaires soient envoyées à l'ingénieur dans la forme et les délais requis ;
- et que toutes les autres mesures prévues par le contrat soient prises en vue d'assurer la protection des droits de l'entrepreneur au titre des « claims ».

Cela nécessite non seulement un personnel ayant l'expérience du suivi des « claims », mais aussi la constitution d'archives où sont méticuleusement conservés la correspondance et les autres documents relatifs aux « claims », ainsi que tous les éléments financiers justifiant les sommes réclamées. On ne saurait trop insister sur l'importance qui s'attache à la conservation des documents contemporains du chantier (correspondance, rapports, minutes, plans, etc.), car un entrepreneur prudent doit toujours se préparer à un arbitrage éventuel relatif à ses « claims » et ses chances de succès dans une telle procédure dépendront, dans une large mesure, de sa capacité à produire, le moment venu, les données et les documents financiers justifiant ses « claims ».

CHRISTOPHER R. SEPPALA
conseiller juridique
Law Offices of S.G. Archibald



Le métro souterrain du Caire (Egypte), objet de nombreuses réclamations.

Photos : DR, Fougerolle

(1) Cet article est un abrégé d'une étude plus développée publiée par l'auteur au « Journal de droit des affaires internationales » (International Business Law Journal), n° 2, 1985 (FEDUCI, Paris). Ce journal est maintenant publié sous le nom : « Revue de droit des affaires internationales » (International Business Law Journal).

(2) Notes relatives aux documents des contrats de génie civil, p. 18 (FIDIC 1977).