

**Clauses de forclusion dans les contrats de construction :
Interprétation par les juridictions étatiques et conséquences pratiques
pour les *adjudicateurs***

Yann Schneller

9 décembre 2021

Dispute Resolution Board Foundation. *Moving projects forward* since 1996.



Introduction

Sommaire :

- Définition
- Validité
- Interprétation
- Conséquences pratiques pour les *adjudicateurs*

Définition

Tentative de définition :

Une clause de forclusion est une disposition contractuelle qui impose l'accomplissement de certaines formalités dans un certain délai afin de ne pas perdre le droit d'agir en justice.

Typiquement dans un contrat de construction :

- L'obligation de présenter une notification dans un certain délai afin de soumettre une réclamation.
- La notification doit généralement comporter certaines indications précises.

Définition

Attention à la rédaction de la clause :

- si la clause n'indique pas expressément qu'elle entraîne la perte du droit d'agir ;
- si elle ne prévoit pas de délai précis pour accomplir certaines formalités ;
- si elle prévoit des exceptions à la perte du droit d'agir ;

Elle pourrait ne pas être interprétée comme une clause de forclusion.

Définition

Exemple 1 : Sous-Clause 20.1 du Contrat FIDIC Rouge 1999

Si l'Entrepreneur considère qu'il a droit à une prolongation du Délai d'Achèvement et/ou à un paiement supplémentaire, selon l'une des Clauses de ces Conditions ou autrement en relation avec le Contrat, l'Entrepreneur doit aviser l'Ingénieur, en décrivant l'évènement ou la circonstance donnant lieu à la réclamation. L'avis doit être donné le plus tôt possible, et au plus tard 28 jours après que l'Entrepreneur ait pris ou aurait dû prendre connaissance de cet évènement ou de cette circonstance.

Si l'Entrepreneur n'avise pas de sa réclamation dans un délai de 28 jours, le Délai d'Achèvement ne sera pas prolongé, l'Entrepreneur n'aura pas droit à un paiement supplémentaire, et le Maître de l'Ouvrage sera libéré de toute responsabilité en relation avec la réclamation.

Clause de forclusion ?

Oui (voir par exemple, *Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar* [2014] EWHC 1028 (TCC))

Définition

Exemple 2 : Sous-Clause 2.5 du Contrat FIDIC Rouge 1999

Si le Maître de l’Ouvrage considère qu’il a droit à un paiement en vertu de toute clause desdites Conditions ou autrement en relation avec le Contrat, et/ou à une quelconque prolongation du Délai de Notification des Vices, le Maître de l’Ouvrage ou l’Ingénieur doit en aviser l’Entrepreneur et lui donner des détails. [...]

L’avis doit être donné dès que possible, après que le Maître de l’Ouvrage a eu connaissance de l’évènement ou des circonstances faisant objet de la réclamation. [...]

Le Maître de l’Ouvrage sera seulement autorisé à compenser ou à faire une déduction d’un montant certifié dans un Certificat de Paiement ou autrement à le réclamer à l’Entrepreneur conformément à cette Sous-Clause.

Clause de forclusion ?

Définition

NH International (Caribbean) Limited v National Insurance Property Development Company Limited (Trinidad and Tobago)

- Arbitre unique: **NON**
- London High Court: **NON**
- London Court of Appeal: **NON**
- Privy Council: **OUI** ([2015] UKPC 37)

Définition

Exemple 3 :

Sous-Clause 50.21 du Cahier des Clauses Administratives Générales :

Lorsque l'entrepreneur n'accepte pas la proposition de la personne responsable du marché ou le rejet implicite de sa demande, il doit, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de la notification de cette proposition ou de l'expiration du délai de deux mois prévu au 12 du présent article, le faire connaître par écrit à la personne responsable du marché en lui faisant parvenir, le cas échéant aux fins de transmission au maître de l'ouvrage un mémoire complémentaire développant les raisons de son refus.

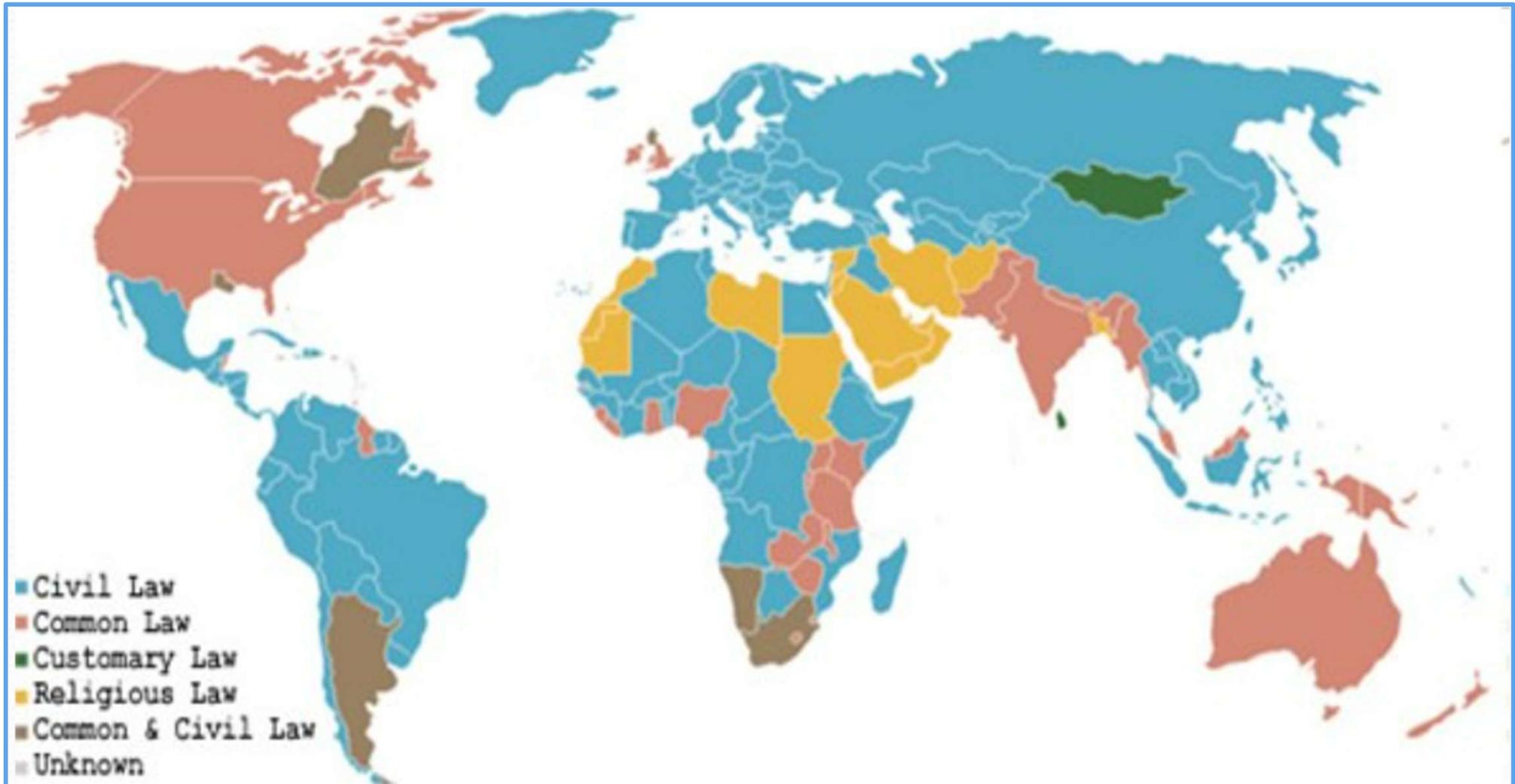
Clause de forclusion ?

Définition

Cour de cassation, 31 octobre 2001, n° 99-13.004 :

Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé que l'entrepreneur s'était abstenu de contester la décision de rejet, par le maître de l'ouvrage, du décompte du prix des travaux selon les travaux selon les règles prévues par l'article 50.21 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) contractuellement applicable, la cour d'appel a exactement retenu que la saisine du juge des référés ne pouvait se substituer à la procédure prévue par le CCAG et que, l'absence de notification écrite de la contestation par l'entrepreneur du rejet de sa demande par le maître de l'ouvrage étant, aux termes de cet article, sanctionnée par la forclusion, la SCGC était réputée avoir accepté le décompte établi par la société Sodedat 93, qui avait acquis un caractère définitif, et ne pouvait plus donner lieu à une réclamation judiciaire, les causes d'interruption de prescription énumérées dans l'article 2244 du Code civil ne s'appliquant pas aux forclusions contractuelles.

Validité



Validité

La plupart des systèmes juridiques reconnaissent la validité des clauses de forclusion :

- *Common law* : notamment Etats-Unis, Angleterre, Australie, Hong-Kong, Singapour.
- Pays de droit civil : notamment France et Allemagne.

La situation est plus ambiguë dans les pays du Golfe. La doctrine semble partagée concernant les Emirats Arabes Unis et l'Arabie Saoudite. Par ailleurs, plusieurs principes de droit islamique pourraient permettre d'échapper à l'application d'une clause de forclusion :

- Un droit ne peut pas s'éteindre en raison du passage du temps (principe qui se retrouve notamment à l'Art. 473 du Code Civil Emirati).
- Interdiction de s'accorder sur un délai différent du délai de prescription de quinze ans (article 487(1) du Code civil Emirati).
- Principes de bonne foi et d'équité.

Interprétation

En pratique, en raison de leurs conséquences très lourdes, les clauses de forclusion ne sont pas toujours appliquées strictement par les adjudicateurs, les arbitres ou les tribunaux étatiques :

- La jurisprudence des pays de *common law* est généralement présentée comme plus stricte que celle des pays de tradition civiliste ;
- Il existe de la jurisprudence notamment en Angleterre et à Hong-Kong qui fait une application particulièrement rigoureuse des clauses de forclusion ;
- Mais même ces juridictions peuvent faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application des clauses de forclusion.

Interprétation

Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC)

Les faits :

- Conception et construction d'une route et d'un tunnel sous la piste d'atterrissage de l'aéroport de Gibraltar ;
- Contrat FIDIC Jaune 1999 (clause 20.1 identique à celle mentionnée ci-dessus) ;
- Le constructeur a fait face à des conditions physiques imprévisibles ainsi qu'à des intempéries ;
- Le maître de l'ouvrage a résilié le contrat;
- L'une des questions était l'interprétation de la clause 20.1 et le point de départ du délai de 28 jours pour que l'entrepreneur notifie sa réclamation.
- La décision du TCC a été confirmée en appel.

Interprétation

Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC)



Interprétation

Sous-Clause 20.1 du Contrat FIDIC Jaune 1999 :

Si l'Entrepreneur considère qu'il a droit à une prolongation du Délai d'Achèvement et/ou à un paiement supplémentaire, selon l'une des Clauses de ces Conditions ou autrement en relation avec le Contrat, l'Entrepreneur doit aviser l'Ingénieur, **en décrivant l'évènement ou la circonstance donnant lieu à la réclamation**. L'avis doit être donné le plus tôt possible, et au plus tard **28 jours après que l'Entrepreneur ait pris ou aurait dû prendre connaissance de cet évènement ou de cette circonstance**.

Quel est le point de départ du délai de 28 jours ?



Interprétation

Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC)

Properly construed and in practice, the “*event or circumstance giving rise to the claim*” for extension must first occur and there must have been either awareness by the Contractor or the means of knowledge or awareness of that event or circumstance before the condition precedent bites. I see no reason why this clause should be construed strictly against the Contractor and can see reason why it should be construed reasonably broadly, given its serious effect on what could otherwise be good claims for instance for breach of contract by the Employer.

Interprétation

Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC)

The entitlement to extension thus arises if and to the extent that the completion “is or will be delayed by” the various events, such as variations or “Unforeseeable” conditions. This suggests that the extension of time can be claimed either when it is clear that there will be delay (a prospective delay) or when the delay has been at least started to be incurred (a retrospective delay). [...]

Notice does not have to be given for the purposes of Clause 20.1 until there actually is delay (November) although the Contractor can give notice with impunity when it reasonably believes that it will be delayed (say, October).

Interprétation

Obrascon Huarte Lain SA v AG for Gibraltar [2014] EWHC 1028 (TCC)

Commentaire du cabinet Fenwick Elliott dans une publication du 19 mai 2014:

[These comments tend to reflect the general approach of most DABs to the FIDIC sub-clause 20.1 and appear to be “contractor-friendly”.](#)

Interprétation

L'approche des tribunaux arbitraux est-elle différente ?

“A well known arbitrator, who must remain nameless, is on record as saying that he had never known a contractor’s claim fail for want of notice. This view might have to be revised in the light of decisions like this, which make it clear that the court will not hesitate to uphold condition precedent clauses when it is clear from the wording used by the parties that it was their intention to include such a provision in their contract....

If there is one lesson to be taken from the case, it is that the court will be prepared to uphold properly drafted conditions precedent clauses, so contractors faced with such clauses and who want to retain their rights to matters such as extra payment under the contract must be scrupulous to comply with the requirements of the same.”

Keating Chambers commentary on *WW Gear Construction Ltd v McGee Group Ltd* [2010] EWHC 1460, in [2010] 131 Construction Law Reports 63

Conséquences pratiques

Cas pratique 1

Livre Jaune FIDIC 1999. Le constructeur saisit le DAB et demande une prolongation de délai ainsi que l'indemnisation de coûts supplémentaires. Le maître de l'ouvrage demande le paiement des pénalités de retard. Le maître de l'ouvrage n'a pas notifié sa réclamation conformément à la Sous-Clause 2.5.

Pouvez-vous examiner la demande du maître de l'ouvrage ou faut-il la considérer comme irrecevable ?

Affaire CCI 16765 : dans des circonstances dans lesquelles la demande de pénalités de retard avait été soulevée pour la première fois devant le tribunal arbitral, celui-ci a considéré que la demande du maître de l'ouvrage était irrecevable.

Conséquences pratiques

Cas pratique 2 (1/2)

Livre Jaune FIDIC 1999. Le constructeur saisit le DAB et demande une prolongation de délai ainsi que l'indemnisation de surcoûts au motif que l'ingénieur n'avait pas approuvé le *process design*. Le maître de l'ouvrage soutient qu'aucune notification n'a été donnée sur le fondement de la Sous-Clause 20.1. Le constructeur fait état de plusieurs lettres qu'il présente comme notifications. Ces lettres font référence à des demandes de prolongation de délai, mais pas pour le *process design*.

Pouvez-vous examiner la réclamation de l'entrepreneur ou faut-il la considérer comme irrecevable ?

Conséquences pratiques

Cas pratique 2 (2/2)

Affaire CCI 16765 :

Le DAB a considéré que le point de départ du délai de 28 jours était très subjectif et dépendait du moment où le constructeur estimait être en droit de réclamer une prolongation de délai et une indemnité. Le DAB a également considéré que la Sous-Clause 20.1 était ambiguë, que le bénéfice du doute devait profiter au constructeur et qu'il serait contraire à l'équité de décider autrement.

Le tribunal arbitral, à la majorité, a pris une décision opposée pour trois raisons: (i) il a estimé que la Sous-Clause 20.1 n'était pas ambiguë, qu'elle avait au contraire été rédigée de manière à écarter toute ambiguïté et que le point de départ du délai était la date de l'évènement, (ii) le DAB n'avait pas distingué entre les différentes réclamations présentées par le constructeur, (iii) les lettres du Constructeur considérées comme des notifications par le DAB ne faisaient pas référence à une demande de prolongation de délai et d'indemnisation pour le *process design*.

Conséquences pratiques

Cas pratique 3 (1/2)

Livre Rouge FIDIC 1999. Le constructeur a soumis une notification dans les 28 jours, mais n'a adressé aucun élément justificatif au soutien de sa réclamation, contrairement au paragraphe 5 de la Sous-Clause 20.1, qui prévoit que :

Dans un délai de 42 jours après que l'Entrepreneur ait pris ou aurait dû avoir pris connaissance de l'évènement ou de la circonstance donnant lieu à la réclamation, ou pendant une période proposée par l'Entrepreneur et approuvée par l'Ingénieur, l'Entrepreneur doit envoyer à l'Ingénieur une réclamation pleinement détaillée qui comporte toutes les précisions sur lesquelles se base cette réclamation et la prolongation du délai et/ou tout paiement supplémentaire réclamé.

Pouvez-vous examiner la réclamation de l'entrepreneur ou faut-il la considérer comme irrecevable ?

Conséquences pratiques

Cas pratique 3 (2/2)

Affaire CCI 16155 : Le tribunal arbitral a décidé, à la majorité, qu'il n'y avait pas de disposition contractuelle interdisant l'examen de la réclamation lorsque le constructeur omet de fournir sa réclamation pleinement détaillée.

La solution serait-elle différente avec un livre Rouge FIDIC 2017 ?

C'est uniquement lorsque le constructeur ne soumet pas le fondement juridique de sa réclamation que le constructeur peut perdre son droit à réclamation (Sous-Clause 20.2.4).

Par ailleurs, l'ingénieur peut décider de considérer que la notification était tout de même valable (Sous-Clause 20.2.5).

Conséquences pratiques

Cas pratique 4

Livre Rouge FIDIC 2017. L'entrepreneur soumet une notification hors délai. L'ingénieur considère que la notification est valable et rend une décision. Le Maître de l'ouvrage vous dit que la notification était hors délai et que vous ne pouvez pas l'examiner.

La réclamation de l'entrepreneur est-elle recevable devant le DAB ?

DAAB Procedural Rule 5.1(k): the Parties empower the DAAB to « *open up, review and revise any certificate, decision, determination, instruction, opinion or valuation of [...] the Engineer that is relevant to the Dispute [...].* »

Conséquences pratiques

Cas pratique 5 (1/2)

Le contrat prévoit les clauses suivantes :

If the Sub-Contractor wishes to maintain its right to pursue a claim for additional payment or loss and expense [...], the Sub-Contractor shall as a condition precedent to any entitlement, within twenty-eight (28) Days after giving of notice under Clause 21.1, submit in writing to the Contractor: [...]

The contractual basis together with full and detailed particulars and the evaluation of the claim [...]

The Sub-Contractor shall have no right to any additional or extra payment, loss and expense, any claim for an extension of time or any claim for damages under any Clause of the Sub-Contract or at common law unless Clauses 21.1 and 21.2 have been strictly complied with.

La notification du constructeur indique un fondement juridique, mais la demande qui vous est présentée repose sur un fondement juridique différent.

Pouvez-vous examiner la réclamation de l'entrepreneur ?

Conséquences pratiques

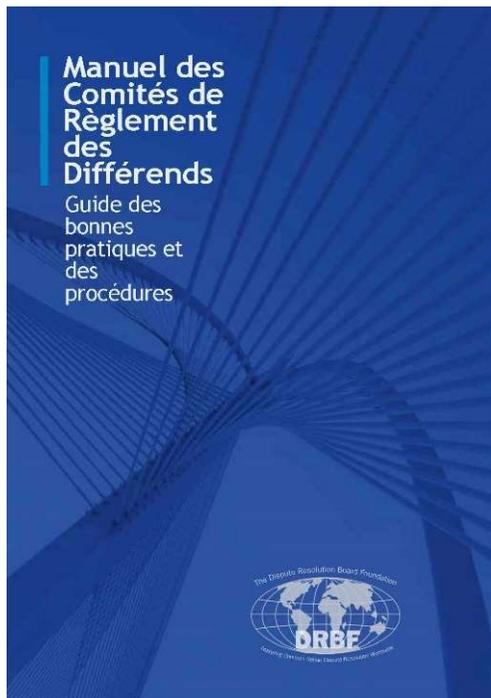
Cas pratique 5 (2/2)

Affaire Maeda Corporation and China State Construction Engineering (Hong Kong) Limited v Bauer Hong Kong Limited [2020] HKCA 830 (16 October 2020) :

- Arbitre unique: OUI
- Juridiction de première instance de Hong-Kong: NON
- Cour d'appel de Hong-Kong: NON

Ressources DRBF

Manuel des Comités de Règlement des Différends: Guide des bonnes pratiques et des procédures



- Une nouvelle édition du Manuel DRBF a été publiée en 2019
- Fournit de plus amples renseignements sur les pratiques et les procédures exemplaires du CRD, ainsi que sur les principes fondamentaux des CRDs réussis et sur leur rôle important dans la prévention et le règlement des différends sur les grands projets complexes

Le manuel peut être téléchargé ici:

<https://www.drb.org/home-french>

Clauses de forclusion dans les contrats de construction : Interprétation par les juridictions étatiques et conséquences pratiques pour les adjudicateurs

Yann Schneller

9 décembre 2021

Dispute Resolution Board Foundation. *Moving projects forward* since 1996.

