

**ASSOCIATION DES JURISTES FRANCO-BRITANNIQUES
ET L'ASSOCIATION JUSTICE CONSTRUCTION**

**LE PAIEMENT DES INTERVENANTS A L'ACTE DE
CONSTRUIRE: EN DROIT ANGLAIS ET DROIT
FRANÇAIS: GARANTIES ET RECOUVREMENT**

**Lundi, 20 mars 2006
8 heures 30 à 10 heures 30**

**Palais de Justice
4 Boulevard de Palais
Cafétéria du Palais
Self Harlay**

**ROBERT STEVENSON
ASSOCIÉ
BERRYMANS LACE MAWER, LONDRES**

Robert STEVENSON: ligne direct: 00 44 (0)207 865 3335. Email: robert.stevenson@blm-law.com

BERRYMANS LACE MAWER

Birmingham
21 Bennetts Hill
Birmingham
B2 5QP

Tel: 0121 643 8777
Fax: 0121 643 4909
2585

Dubai
Suite 701
Al Khaleej Centre
P.O. Box 28597
Dubai
United Arab Emirates
Tel: 009714 3599939
Fax: 009714 3599938

Leeds
St. Andrew House
119-121 The Headrow
Leeds
LS1 5JW

Tel: 0113 236 2002
Fax: 0113 244 2002

Liverpool
Castle Chambers
43 Castle Street
Liverpool
L2 9SU

Tel: 0151 236 2002
Fax: 0151 236

London EC2
Salisbury House
London Wall
London
EC2M 5QN
Tel: 020 7638 2811
Fax: 020 7920 0361

Manchester
King's House
42 King Street West
Manchester
M3 2NU
Tel: 0161 236 2002
Fax: 0161 832 7956

Southampton
Carlton House
Carlton Place
Southampton
SO15 2DZ
Tel: 01703 236 464
Fax: 01703 236 117

Introduction:

“*Le cash-flow est au coeur des besoins de l’entreprise*” a déclaré Lord Denning dans l’arrêt *Gilbert Ash Northern Limited c. Modern Engineering (Bristol) Limited*¹

Lord Denning, sans doute le magistrat le plus réputé de la seconde moitié du XXème siècle, exprimait ainsi une simple vérité s’appliquant durablement à l’industrie de la construction.

Des entreprises connues dans ce secteur d’activité continuent à être victimes d’insolvabilité en raison de difficultés de cash-flow.

En droit anglais, il n’existe pas de législation particulière cherchant à protéger le sous-traitant. Cependant, certains aspects de la jurisprudence et de la législation permettent d’assurer le paiement de différents intervenants à l’acte de construire, qu’il s’agisse du sous-traitant, de l’entreprise principale, du fournisseur, de l’architecte ou du maître d’œuvre.

1. Sûretés /Réserve de propriété

A l’instar d’intervenants dans d’autres secteurs d’activité, les sous-traitants incluent fréquemment dans leurs conditions générales une clause de réserve de propriété, aux termes de laquelle la propriété des biens à livrer n’est transférée que lorsque la totalité du prix a été reçue.

Quand bien même un sous-traitant serait en mesure d’imposer ses conditions générales (ce qui est peu probable en raison du faible pouvoir de négociation du sous-traitant face à l’entreprise principale) et notamment une telle clause afin d’assurer le paiement (à cause du risque de recouvrement des biens par le sous-traitant), cette clause ferait néanmoins l’objet d’un certain nombre de restrictions.

La section 93 de la Loi de 1989 sur les sociétés frappe de nullité toute sûreté grevant les actifs d’une société, à moins d’avoir été enregistrée. En pratique, les sûretés grevant les biens non incorporés dans les bâtiments ne sont pas enregistrées et sont donc nulles. Cependant, la Cour d’Appel a jugé que le contrat en vertu duquel le vendeur se réserve la propriété jusqu’au paiement de la totalité du prix, n’est pas soumis à enregistrement (*Clough Mills Limited c. Martin*²).

En revanche, toute tentative de grever d’une sûreté les constructions de l’acheteur (entreprise principale ou maître d’ouvrage) dans lesquels les biens sont incorporés est nulle à défaut d’enregistrement.

¹ 1974 AC689

² 1985 WLR111

Une clause de réserve de propriété n'est effective qu'en première instance mais n'a pas d'effet contre le maître d'ouvrage.

La section 25 of la Loi de 1979 sur la vente des biens dispose que lorsqu'une personne a acheté ou a convenu d'acheter des biens, en obtient la possession avec l'accord du vendeur et par suite les cède, aux termes d'une vente ou de tout autre acte de disposition, à un tiers qui les reçoit de bonne foi, sans notification des droits du vendeur d'origine dans les biens, ce tiers en devient propriétaire. Ainsi, quand le maître d'ouvrage effectue en faveur de l'entreprise principale un paiement intérimaire qui inclut le paiement des biens ou matériaux livrés sur un chantier sans avoir reçu notification des droits du vendeur d'origine (sous-traitant), il devient légitimement propriétaire des biens livrés par le sous-traitant (*Archivent Sales & Developments Limited c. Strathclyde Regional Council*³.)

De nombreux contrats de sous-traitance combinent la fourniture de biens et de services, bien souvent l'installation de ce qui a été fourni. De tels contrats ne constituent pas des contrats de vente de biens et échappent donc à l'application de la section 25 de la Loi de 1979 sur la vente des biens.

Cependant, une fois que des matériaux fournis sont incorporés à un ouvrage, le titre de propriété est transféré au maître d'ouvrage en vertu du principe *quic-quis planatur solo, cedit*⁴.

Une clause de réserve de propriété soigneusement rédigée peut par conséquent être utile, dans des circonstances limitées, à condition que les biens en question (a) soient suffisamment identifiés comme étant la propriété du vendeur (sous-traitant); (b) ne soient pas incorporés à l'ouvrage ou tellement mêlés à d'autres matériaux qu'ils ne puissent plus être distingués.

2. Droit de rétention (*lien*)

Le droit de rétention est le droit de conserver la possession d'un bien jusqu'au paiement de son prix. Ainsi un arbitre a le droit en *common law* d'exercer un droit de rétention sur la sentence arbitrale qu'il a rédigée et de ne la diffuser aux parties qu'après le paiement de ses honoraires. Un garagiste qui a réparé un véhicule est en droit de conserver ce véhicule jusqu'au paiement de sa facture. Cependant, si les biens en question ne sont plus sous le contrôle du vendeur (sous-traitant), ce qui est généralement le cas dès la livraison de l'ouvrage, un tel droit de rétention en *common law* ne peut plus être exercé.

Les sous-traitants, entreprises principales, architectes, maîtres d'œuvre et autres professionnels ont parfois des certificats et autres documents à émettre, lors de l'achèvement de leurs travaux, sur lesquels un droit de rétention peut être exercé jusqu'au paiement du prix. Les sous-traitants spécialisés produisent souvent des certificats d'auto-accréditation, par exemple concernant les systèmes de protection incendie ; des garanties directes sont souvent exigées du sous-traitant par le maître

³ 1984 27 BLR 98.

⁴ *Appleby v Myers* LR2CP 651 at page 659

d'ouvrage afin de créer une relation contractuelle directe. Le droit des architectes d'exercer un droit de rétention sur leurs plans jusqu'au paiement est reconnu en *common law*.⁵ Comme protection supplémentaire, les conditions générales des architectes rédigées par le RIBA⁶ suspendent le droit du client d'utiliser leurs plans déjà livrés jusqu'au paiement de leurs honoraires.

Le concept de droit de rétention n'est aucun cas aussi développé que dans d'autres pays de *common law* comme la Nouvelle Zélande, les Etats-Unis d'Amérique et certaines provinces du Canada. Dans les années pionnières de ces pays, les ouvriers et artisans (que nous appellerions aujourd'hui les sous-traitants) n'étaient souvent pas payés par des entrepreneurs non scrupuleux. Ces derniers recevaient généralement paiement des colons pour leur nouvelle maison puis décampaient sans régler les ouvriers ni artisans. A été alors créé ce type de sûreté dont les ouvriers non payés pouvaient grever le bien immobilier, qui était connue sous le nom de « sûreté des mécaniciens ».

3. Retenue

Le pourcentage de la retenue en vertu du contrat principal ou de sous-traitance s'élève généralement à 5% du montant du contrat et peut représenter le profit de l'entreprise principale ou du sous-traitant au titre du projet. La moitié de la retenue est généralement versée lors de l'achèvement substantiel ou réception des travaux et l'autre moitié lors de l'achèvement final après l'expiration du délai de garantie, tel que prévu par exemple par la section 60.3 de la FIDIC 4^{ème} édition (le livre rouge).

Les représentants des sous-traitants au Royaume-Uni poursuivent depuis un certain temps une campagne pour l'abolition des retenues et leur remplacement, si nécessaire, par des garanties financières. Ce système fait l'objet d'abus systématiques. En effet, la libération de la retenue dépend très souvent de la certification en vertu du contrat principal, et ce certificat est quelquefois délivré longtemps après l'achèvement des travaux du sous-traitant. Les entreprises principales n'informent pas toujours les sous-traitants lors de la délivrance d'un tel certificat: pire que tout, l'entreprise principale est quelquefois mise en liquidation avant que le sous-traitant ait pu recevoir tout ou partie du montant de la retenue.

En vertu de la législation applicable en Angleterre, le sous-traitant n'a aucun recours direct contre le maître d'ouvrage en cas de non paiement par l'entreprise principale. Un tel défaut de paiement intervient généralement peu de temps avant or lors de la liquidation de l'entreprise principale. Quand bien un tel paiement serait effectué, il aurait de grandes chances d'être considéré comme un paiement par préférence aux autres créanciers, et comme tel annulable en vertu de la Loi de 1985 sur l'insolvabilité. (*British Eagle International c. Compagnie Nationale Air France*⁷). Par conséquent, aucun maître d'ouvrage ne réglera un sous-traitant qui n'a pas été payé par l'entreprise principale, par peur qu'en cas de paiement direct et d'insolvabilité de l'entreprise principale, le syndic/administrateur n'exige le paiement de la même somme par le maître d'ouvrage.

⁵ Hughes v Lenney 1839 MW 183

⁶ Royal Institute of British Architects

⁷ 2 All England Reports 1975 Page 390.

La position des entreprises principales utilisant la forme la plus utilisée du contrat de construction au Royaume-Uni, le contrat-type JCT (le *Joint Contracts Tribunal* est l'institution représentant tous les intervenants de l'industrie de la construction, qui établit des contrats-type). Une des clauses du JCT stipule: "*the employer's interest in the retention is fiduciary as trustee for contractor (but without obligation to invest)*". (le maître d'ouvrage agit en tant que fiduciaire pour l'entreprise principale (sans obligation d'investir les fonds en fiducie). En tant que fiduciaire du fonds de retenue, le maître d'ouvrage est le propriétaire légal du fonds de retenue dans lequel l'entreprise principale a un *equitable interest* (est bénéficiaire). Lors de l'achèvement des travaux, l'entreprise principale peut en tant que bénéficiaire du *trust* (fiducie), demander à son profit la libération des sommes détenues en fiducie. Ce mécanisme n'a cependant d'intérêt que s'il existe un fonds séparé et identifiable dans lequel les fonds de retenue sont déposés. Si cette condition n'a pas été remplie par le maître d'ouvrage, avant l'insolvabilité du maître d'ouvrage, cette opportunité est perdue. Le droit de l'entreprise principale de demander la création d'un tel fonds séparé est expressément prévu par la clause 30.5.3 du JCT. Si le maître d'ouvrage refuse de faire suite à cette demande, l'entreprise principale peut obtenir une injonction en justice pour mettre en oeuvre ce mécanisme et ce droit peut être exercé, même lorsque le bénéfice du contrat a été transféré.⁸

Une clause similaire apparaît dans le contrat de sous-traitance type (NSC) publié par le JCT, aux termes duquel le maître d'ouvrage impose à l'entreprise principale le sous-traitant qu'il a nommé. Cependant, ce contrat-type n'est pas fréquemment utilisé. Le contrat de sous-traitance type plus largement utilisé dans l'édition 2002 du JCT ne contient pas une telle clause, reflétant en cela la pratique la plus répandue que c'est le maître d'ouvrage et non l'entreprise principale, qui détient le fonds de retenue.

4. Doctrine de la contrainte économique (*economic duress*)

Cette doctrine en droit anglais, qui permet d'invoquer l'annulation d'un contrat s'il a été conclu sous la contrainte économique, est relativement récente par rapport au droit américain puisqu'elle ne date que de 1976 et résulte de la jurisprudence (*Occidental Worldwide Investments Corp c. Skibs*⁹).

Avant cette date, la contrainte en matière de contrats ne pouvait être établie qu'en cas de coercition sur une personne, incluant des menaces de violence.

Dans un jugement rendu en matière de construction, *DSND Subsea Limited c. Petroleum Geo Services ASA*¹⁰ le juge Dyson J a donné une définition, selon lui non controversée, de la contrainte économique.

⁸ *Rayack Construction v Lambert and Meet Co Ltd* 1979 12 BLR 30 and *J F Finnigan v Ford Sellar Morris Developments* (2) 27 Construction Law Reports Page 41.

⁹ 1976 1 Lloyd's Law Reports page 293

¹⁰ ASA 2000 BLR 53

Il doit y avoir eu pression:

(a) dont l'effet pratique a été de créer une contrainte ou un manque de choix pratique pour la victime,

(b) qui est illégitime et

(c) qui est un facteur significatif ayant poussé le demandeur à conclure le contrat.

Pour trancher la question de savoir s'il y a eu une pression illégitime, un nombre de facteurs sont pris en compte, par exemple lorsqu'il y a eu manquement aux obligations contractuelles, réel ou potentiel, si la partie ayant exercé la pression a agi de bonne foi et s'il y a eu des protestations du demandeur à l'époque, de même, une fois que la pression a été acceptée, si la partie qui en est l'objet, continue et exprime son intention d'adhérer au contrat.

Dans la mesure où un contrat conclu sous la "contrainte économique" peut être annulé, les actes de la partie affectée immédiatement après les faits de contrainte économique sont très importants.

Dans le jugement *DSND c. PGS*, le juge a conclu que non seulement PGS avait des alternatives à l'acceptation des exigences de DSND, mais qu'en outre les négociations des parties étaient typiquement commerciales. De plus, le demandeur n'a pas immédiatement invoqué la notion de contrainte économique dès qu'il en a eu la possibilité.

En sens inverse, dans l'arrêt *Carillion Construction Limited c. Felix*¹¹, la contrainte économique a été établie. La société Carillion était l'entreprise principale chargée de la construction de bâtiments à usage de bureaux. La société Felix était chargée de la conception, fabrication et fourniture du revêtement. En vertu du contrat principal avec le maître d'ouvrage, la société Carillion a dû verser une pénalité de 75.000 GBP par semaine. La société Felix était en retard par rapport aux dates convenues mais a exigé que la société Carillion signe un accord concernant son décompte final (qui était contesté) avant qu'elle ne puisse compléter les travaux de revêtement.

Le juge a estimé que la menace de la société Felix de suspendre la livraison des travaux de revêtement constituait une menace de manquer à ses obligations contractuelles et qu'elle n'était pas sans ignorer que la société Carillion ne pourrait pas compléter les travaux avant la date prévue, à moins que la société Felix n'achève en premier lieu les travaux de revêtement. Le juge a aussi estimé que la société Felix devait savoir qu'il aurait été impossible pour Carillion de trouver un autre fournisseur en temps voulu pour lui permettre de livrer les travaux à la date prévue.

Il doit être souligné qu'il est très difficile de rapporter la preuve de la contrainte économique. La pression illégitime doit être distinguée de l'âpreté des pressions d'une négociation commerciale normale. Une telle demande d'annulation d'un accord sur le

¹¹ 2001 BLR 1

décompte final succédera rarement sur le fondement de la contrainte économique, notamment dans la mesure où des alternatives relativement rapides (*adjudication*: arbitrage intérimaire) sont maintenant disponibles.

Dans l'affaire *Carillion c. Felix*, des alternatives ont été considérées, incluant des procédures d'injonction et d'*adjudication*, mais la société Carillion a conclu que la seule option réaliste était d'accéder aux exigences de la société Felix. Il est intéressant de noter que selon le juge Dyson, la société Carillion a agi raisonnablement en décidant qu'elle ne pouvait pas se permettre d'attendre six semaines la décision de l'adjudicateur.

5. Garantie de paiement

Lorsque l'entreprise principale ou le sous-traitant ont suffisamment de poids dans la négociation, ils peuvent exiger du maître d'ouvrage de fournir une garantie de paiement.

On peut trouver un exemple d'une telle garantie dans l'Annexe G des Conditions Générales du Contrat de Construction de la FIDIC édition de 1999. Cette garantie contient la terminologie suivante qu'on peut retrouver dans de nombreux documents similaires:

« *Toute demande de paiement doit être accompagnée de [liste de documents]* »

Il est très peu probable qu'un maître d'ouvrage accepte d'émettre une garantie inconditionnelle, en vertu de laquelle le paiement serait dû immédiatement lorsque la demande de paiement est faite dans les formes prescrites, ce qui constituerait une garantie ' première demande. Une telle garantie doit être honorée par le garant, même en l'absence de manquement à ses obligations contractuelles en vertu du contrat de construction de base. Une injonction aux fins d'empêcher le paiement ne serait ordonnée par un tribunal anglais que lorsque la fraude du bénéficiaire de la garantie a été établie.

Par conséquent, la garantie de paiement ne peut être généralement mise en oeuvre que si le défaut de paiement par le maître d'ouvrage a été établi.

Ainsi, une garantie de paiement typique exigerait la production d'un certificat d'architectes/ingénieurs, d'une sentence arbitrale, d'une décision d'arbitrage intérimaire ou d'un jugement, assortis d'une déclaration que le paiement n'a pas été effectué par le maître d'ouvrage. Si la référence à la décision d'un *Adjudicator* est incluse, l'entreprise principale peut attendre un paiement relativement rapidement après le défaut de paiement, alors que le garant et le maître d'ouvrage sont protégés contre des demandes de paiement non fondées.

Une des caractéristiques de ce type de garanties est leur date d'expiration. Elles ont invariablement une date spécifique. Si la durée du contrat est prolongée au delà de cette date, l'entreprise principale peut perdre sa garantie de paiement. Une garantie qui est subordonnée à un évènement est la meilleure solution, car son expiration est liée à l'achèvement des travaux.

6. The Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (“la Loi de 1996”):

Cette loi, qui est entrée en vigueur le 1er mai 1998, a constitué un changement législatif radical, notamment parce qu’elle a institué des procédures contractuelles obligatoires dans le secteur de l’industrie de la construction, principe auquel on avait résisté jusqu’à présent.

A l’opposé des concepts et principes que j’ai décrits plus haut, qui sont applicables à tous types de contrats, cette législation est spécifique au secteur de la construction.

Il n’était un secret pour personne que les méthodes traditionnelles de résolution des litiges en matière de construction, soit par la voie de l’arbitrage soit par la voie judiciaire, n’étaient pas satisfaisantes: « *Les tribunaux n’ignoraient pas que ces affaires, qu’elles aillent en arbitrage ou devant un Official Referee (juge spécialisé en matière de construction), traînent en longueur, ce qui entraîne des difficultés de trésorerie ...ce genre de choses doit être évité dans la mesure du possible.* »¹²

Un rapport que le Gouvernement a chargé Sir Michael Latham de rédiger est à l’origine de la Loi de 1996. Celui-ci a fait un certain nombre de recommandations, certaines exigeant des changements législatifs, d’autres des changements dans la pratique. Tous les changements législatifs proposés par Sir Michael n’ont pas été en fait adoptés, mais les suivants l’ont été:

(1) Tous les contrats de construction doivent impérativement inclure une clause d’*adjudication*. Les parties ont l’option de soumettre tout litige relatif au contrat à un *Adjudicator* à tout moment. La décision de l’*Adjudicator* a force obligatoire pour les parties sauf sentence arbitrale ou décision judiciaire finale en sens contraire.

(2) Si nécessaire, la décision de l’*Adjudicator* doit être rendue exécutoire par une division spécialisée de la *High Court* aux termes d’une procédure sommaire.

(3) Les clauses « *pay when paid* » (chaque intervenant à l’acte de construire n’est tenu au paiement que lorsqu’il a reçu lui-même paiement de son co-contractant) doivent être frappées de nullité quand elles figurent dans les contrats de construction, (sauf cas d’insolvabilité du maître d’ouvrage).

(4) Il doit exister un droit à des paiements intérimaires, ainsi que le droit de suspendre tous travaux en cas de défaut de paiement.

(5) Il doit être interdit d’effectuer des déductions du montant des travaux à moins qu’une notification appropriée de la déduction ait été signifiée avant la date d’exigibilité des sommes à payer.

¹² Lawton LJ in *Ellis Mechanical Services v. Wates Construction Limited* 1976 2 BLR 57

Quand cette loi est entrée en vigueur, de nombreuses conjectures ont été faites sur la façon dont l'*adjudication* serait mise en œuvre. L'*Adjudicator* agirait-il comme un ingénieur en vertu du modèle de la FIDIC, à savoir comme un certificateur indépendant ? Inversement, une *adjudication* serait-elle plus une “détermination par expert” comme c’est le cas dans de nombreux contrats d’exploration de pétrole et de gaz ou s’agirait-il d’une forme d’arbitrage, certes tronquée ?

La Loi de 1996 dispose que la durée de l'*adjudication* ne doit pas excéder 28 jours à partir du moment où l'*Adjudicator* a été saisi du mémoire introductif et des documents joints par le demandeur. Ce délai peut être prolongé unilatéralement par le demandeur pour une durée de 14 jours et par les deux parties pour la durée souhaitée, en revanche l'*Adjudicator* à lui seul ne peut pas prolonger ce délai.

Ce délai est beaucoup plus court que celui prévu par les Conditions Générales des Contrats de Construction de la FIDIC de 1999, clause 20.4, en vertu de laquelle un *Dispute Review Board* a 84 jours pour rendre sa décision motivée.

Un tel système d'*adjudication*, qui a été à l’origine conçu pour résoudre les litiges survenant pendant la durée d’exécution du contrat, ne pouvait être efficace que si la décision de l'*Adjudicator* pouvait être rendue exécutoire aux termes d’une procédure sommaire. Il n’existait pas de législation spécifique sur ce point mais les tribunaux se sont avérés dès le début désireux de rendre de telles décisions exécutoires, à condition que deux conditions soient remplies:

- (a) que l'*Adjudicator* soit compétent pour rendre la décision qu’il a rendue; et
- (b) Que les règles de la “justice naturelle” (respect du principe du contradictoire) aient été respectées autant que possible dans les délais limités impartis.

Ce besoin de rendre les décisions des *Adjudicators* exécutoires par les tribunaux a conduit l'*adjudication* à se développer comme, ce qu’un commentateur a décrit, “l’arbitrage sur des patins à roulettes ” mais sans les bases prévues par la Loi de 1996 sur l’Arbitrage.

Ainsi, les *Adjudicators* ont tendance à mener les procédures d’une manière similaire à l’arbitrage sur « pièces seulement », sans audition, plaidoirie ni preuve orale. Dans un arrêt récent, (*Carillion Construction Limited c. Devonport Royal Dockyards Limited*¹³), la Cour d’Appel a clairement affirmé que l’exécution de ces décisions ne peut être refusée que dans les cas où l'*Adjudicator* a manifestement excédé sa compétence ou a de manière flagrante violé les règles de la « justice naturelle ». Si l’analyse des faits ou du droit par l'*Adjudicator* est erronée, la décision doit néanmoins être avoir force exécutoire, étant précisé que les parties peuvent la remettre en question, si elles décident de se pourvoir en arbitrage ou devant un tribunal.

La nullité des clauses “*pay when paid*” à l’exception des cas où le maître d’ouvrage est en liquidation, a également constitué une avancée majeure permettant d’assurer le

¹³ EWCA Civ/2005/1358

paiement des sous-traitants dans des cas où l'entreprise principale n'est pas réglée pour des raisons n'ayant aucun rapport avec les travaux du sous-traitant.

Le droit à des paiements intérimaires et le droit de suspendre les travaux en cas de défaut de paiement, maintenant prévus par le législateur, sont d'un grand secours aux sous-traitants qui n'ont pas utilisé les contrats-types de l'industrie de la construction, tel que le JCT. Cependant, la disposition législative la plus utile (autre que le droit de soumettre un litige à l'*adjudication*) a été celle mettant à la charge de la partie devant payer les travaux, l'obligation de signifier une notification détaillée, si elle a l'intention de déduire des sommes du montant qui serait normalement dû.¹⁴

Avant la Loi de 1996, les paiements en faveur des sous-traitants étaient souvent gelés sur le fondement de prétendus retards ou travaux défectueux, arguments qui se révélaient, après analyse, sans fondement.

Maintenant, si la partie assujettie à l'obligation de paiement des travaux n'effectue pas de notification aux fins de déduction, les sommes dues doivent être réglées. En cas de défaut de paiement, un *Adjudicator* peut être rapidement saisi pour rendre une décision. La plupart du temps, sa décision consistera à ordonner le paiement immédiat des sommes dues.

Cette exigence de notification peut être particulièrement utile pour les ingénieurs et architectes poursuivant le recouvrement de leurs honoraires. Les maîtres d'ouvrage se plaignent fréquemment de retards mais ils négligent souvent d'effectuer les notifications nécessaires avant la date d'exigibilité des honoraires. Il est moins probable qu'une entreprise principale bien organisée commette une telle omission.

Le nouveau régime institué par la Loi de 1996 a maintenant presque 8 ans (depuis son entrée en vigueur). Après un départ assez lent, le nombre des *adjudications* a progressé régulièrement pour atteindre un niveau de plus de 1.100 *adjudications* par an. La nature de ces litiges peut être répertoriée comme suit :

- | | | |
|--|---|-------------------|
| ▪ Paiements dus en vertu de modifications contractuelles | - | 36% |
| ▪ Evaluation des décomptes finaux | - | 27% |
| ▪ Non respect des clauses de paiement | - | 24% ¹⁵ |

Les statistiques des décomptes finaux révèlent qu'une proportion accrue de ces *adjudications* sont initiées après l'achèvement des travaux, contrairement au concept d'origine de l'*adjudication*, qui était de résoudre les litiges survenant lors de l'exécution du contrat.

Les principales critiques faites à l'encontre de l'*adjudication* sont les suivantes : en premier lieu, cette procédure est souvent utilisée pour mettre fin à des litiges pour lesquels elle n'avait pas été conçue et qui ne peuvent être correctement résolus dans les délais impartis. En second lieu, cette procédure permet au demandeur de préparer pendant plusieurs mois un mémoire introductif détaillé puis de lancer la procédure

¹⁴ See Part 2, section 111 of the Act

¹⁵ Source Glasgow Caledonian University Adjudicating Reporting Centre

d'*adjudication* alors que le défendeur ne dispose que d'un délai de sept à dix jours pour déposer son mémoire en réplique.

Une telle menace de « guet-apens » a été contrecarrée de deux manières :

- (a) la réticence des tribunaux, auxquels il a été demandé de rendre ces décisions exécutoires, à considérer de tels litiges comme s'étant suffisamment cristallisés pour être soumis à l'*adjudication*, de sorte qu'il n'y ait pas de « litige » de la compétence de l'*Adjudicator* au sens de la Loi de 1996;
- (b) la sophistication accrue des *Adjudicators*, qui refusent de trancher des réclamations constituant un « guet-apens », à moins qu'un délai suffisant ne soit imparti au défendeur pour déposer un mémoire en réplique de manière appropriée, ce qui constitue à nouveau une application des règles de la « justice naturelle » .

L'attrait de l'*adjudication* par rapport à une procédure judiciaire ou arbitrale est d'être relativement rapide et assez peu coûteuse.

Le coût de recouvrement des sommes dues par le lancement d'une procédure judiciaire ou arbitrale peut être élevé, avec l'effet dissuasif additionnel de devoir rembourser à la partie gagnante ses frais d'avocat et d'expert. Pour les litiges plus larges et plus complexes, qui sont coûteux à résoudre, les parties réalisent que l'arbitrage traditionnel ou le contentieux judiciaire, dont les coûts peuvent être récupérés en fin de procédure, peuvent constituer une option plus attrayante, particulièrement quand l'*Adjudicator* exige que les parties prolongent le délai initial et quand la durée de l'*adjudication* devant à l'origine être d'un mois, est finalement de quatre à six mois.

Inévitablement, dans la mesure où les parties, et en particulier les maîtres d'ouvrage et les entreprises principales, sont de plus en plus accoutumées à cette procédure et aux clauses de paiement, il est de plus en plus difficile d'obtenir le paiement par la voie de l'*adjudication*. Un parallèle peut être établi entre l'éternelle compétition entre les fabricants des gros canons et les fabricants de cuirassés, ou avec la situation où les autorités fiscales sont anxieuses de combler les lacunes, juste au moment où les experts fiscaux en trouvent de nouvelles. Les parties assujetties à l'obligation de paiement ont inséré des clauses "*pay when certified*" dans leurs contrats, ce qui signifie que l'entreprise principale ne paiera le sous-traitant les sommes qui lui sont dues que si elles ont été certifiées comme exigibles par son représentant. D'autres entreprises principales ont inséré des clauses qui assujettissent la partie ayant lancé la procédure d'*adjudication* à l'obligation de régler les honoraires de l'*Adjudicator* et les frais d'avocat et d'expertise de l'autre partie quels que soient les résultats de l'*adjudication*.¹⁶

Certaines de ces clauses abusives seront frappées d'annulation par suite d'une revue par le Gouvernement de l'application de la Loi de 1996, qui est actuellement en cours.

La mise en œuvre de la Loi de 1996 est généralement considérée comme ayant amélioré la situation des entreprises principales et sous-traitants au regard du paiement. La

¹⁶ *Bridgeway Construction Limited v. Tolent Construction Limited* April 11 2000 CILL 1662

connaissance d'un recours possible à l'*adjudication* est souvent suffisante pour assurer le paiement.

Le succès relatif en Grande-Bretagne de l'*adjudication* (elle peut être utilisée en vertu de la législation applicable en Angleterre, au Pays de Galles, en Ecosse, dans le Nord de l'Irlande, dans l'Île de Man mais pas dans les îles Anglo-Normandes) a été suivi à divers degrés dans d'autres pays de *common law*, tels que Singapour, la Nouvelle-Zélande et certains États d'Australie. Une procédure équivalente et assez proche, le *Dispute Adjudication Board*, est maintenant une caractéristique de la série des contrats-type de la FIDIC.

La Loi de 1996 fournit la principale assistance juridique aux divers intervenants à l'acte de construire qui cherchent à obtenir paiement en Grande-Bretagne.

Robert STEVENSON

Mars 2006

© Berrymans Lace Mawer

Les points de vue et analyses donnés dans ce compte-rendu d'intervention ne constituent pas un avis juridique et ne peuvent être invoqués lorsque des questions juridiques spécifiques sont posées. Un avis juridique spécifique doit alors être recherché.