
LES LITIGES DE CONSTRUCTION
EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

1. Les litiges de construction, quelque soit le pays, présentent des similitudes. Ils impliquent notamment un nombre important d'intervenants, tous indispensables pour mener à bien le projet de construction. C'est ainsi, que les litiges en droit de la construction impliquent des parties telles que le maître d'ouvrage, l'entreprise, l'architecte, l'ingénieur et les sous-traitants.
2. Mon propos est d'exposer en termes généraux la manière dont les litiges qui naissent entre ces différentes parties sont résolus en Angleterre et au Pays de Galles.
3. Les techniques de résolution des litiges en Angleterre et au Pays de Galles peuvent être divisées en 4 grandes catégories. Tout d'abord il y a les procédures judiciaires (*litigation*) qui sont introduites devant la *High Court* (lorsque l'intérêt du litige est important) avec possibilité d'appel sur des points de fait ou de droit.
4. Il existe ensuite un mécanisme privé de résolution des litiges, à savoir l'arbitrage. Il est contractuel par nature et résulte en général de l'accord des parties contenu habituellement dans les termes du contrat qui prévoit que les litiges seront résolus par l'arbitrage.
5. Par ailleurs, une innovation récente est constituée par *l'adjudication*. C'est essentiellement une juridiction d'origine législative apparue en 1996, bien qu'auparavant il existait un système de résolution des litiges quelque peu plus rapide que l'arbitrage et se présentant comme un préalable à l'arbitrage.

6. La quatrième technique de résolution des litiges est la médiation qui est devenue, ces dernières années, extrêmement populaire, particulièrement auprès des Tribunaux. Elle est par essence une négociation, organisée en vue d'un accord, par laquelle les parties, assistées par une tierce personne indépendante, tentent de compromettre après avoir brièvement exposé leur affaire auprès d'un médiateur et de la partie adverse.
7. La majorité des litiges de construction sont traités par le mécanisme contractuel, à savoir l'arbitrage.

Problèmes posés par la technique contractuelle de résolutions des litiges (telle que l'arbitrage)

8. Un des problèmes posé par la résolution contractuelle des litiges est qu'alors qu'une construction implique l'intervention de nombreux intervenants, il n'y a que deux parties à chaque contrat. De ce fait tout contrat contenant une clause d'arbitrage, ne permettra de trouver une solution qu'entre les parties au contrat.
9. Si l'on prend l'exemple d'un maître d'ouvrage dont l'immeuble présente des fissurations, les causes peuvent être très nombreuses. Ce peut-être une malfaçon de l'entreprise de construction. La question d'une surveillance insuffisante des travaux par l'architecte peut également se poser. Une troisième cause pourrait être une étude de sols défectueuse de la part de l'ingénieur. Le maître d'ouvrage a signé des contrats avec tous ces intervenants et si ces contrats contiennent des clauses d'arbitrage cela entrainera trois séries distinctes de frais.
10. Si le maître d'ouvrage n'est pas sûr de savoir qui porte la responsabilité des fissures, il peut décider d'engager une procédure contre les trois. Il

est certain cependant que celui qui est assigné sur la base d'un contrat comportant une clause d'arbitrage sollicitera l'interruption des poursuites et le renvoi de l'affaire à l'arbitrage pour la bonne raison que les parties sont convenues de résoudre ainsi leurs litiges.

11. Sous l'empire de l'ancienne loi d'arbitrage, antérieurement à 1996, la Cour avait le pouvoir discrétionnaire d'interrompre la procédure et ordonner le renvoi à l'arbitrage. Il s'agissait d'éviter la « multiplication des procédures ». Autrement dit, si l'interruption de l'instance aboutissait à l'ouverture de plusieurs procédures d'arbitrage, il s'agissait là d'une bonne raison de refuser l'arrêt de la procédure judiciaire.
12. Dans notre exemple de mur fissuré avec trois responsables possibles, à savoir l'entreprise, l'architecte ou l'ingénieur, il est probable que la Cour aurait refusé l'arrêt des poursuites à l'égard de l'un ou plusieurs des parties pour éviter la multiplication des procédures.
13. En 1996 le Parlement a voté une nouvelle loi sur l'Arbitrage (*Arbitration Act*). Pour diverses raisons, notamment politiques et économiques, ce pouvoir discrétionnaire de la Cour a été retiré. Ce que le Parlement a alors prévu était que si un contrat contenait une clause d'arbitrage, une des parties avait la possibilité de solliciter l'arrêt de l'instance, mais la Cour n'avait plus le pouvoir discrétionnaire de le refuser.
14. Il s'ensuit, dans notre exemple, que s'il existe des clauses d'arbitrage dans le contrat de construction, dans le mandat de l'architecte ou de l'ingénieur, le maître d'ouvrage doit engager trois procédures.
15. Ces trois séries de procédure vont entraîner trois séries de frais. Il existe aussi une grande probabilité que les parties se rejettent mutuellement la

responsabilité et que le maître d'œuvre perde contre chacun d'entre eux. Ceci serait bien improbable si les trois parties se retrouvaient dans la même procédure, le maître d'ouvrage laissant ainsi les uns et les autres en débattre entre eux.

16. C'est dans ce contexte que l'actuel régime de résolution des litiges en Angleterre et au Pays de Galles doit être examiné.

17. Nous examinerons tout d'abord la médiation dans la mesure où elle peut être appliquée à n'importe quel type de litige, qu'il puisse être résolu devant les Tribunaux ou par une procédure d'arbitrage.

Médiation

18. La médiation est devenue très à la mode en Angleterre et au Pays de Galles ces dernières années. C'est un mécanisme par lequel les parties débattent de leurs demandes sur une base confidentielle et « sans préjudice », avec l'assistance d'une tierce personne, le médiateur, dans le but de résoudre amiablement leurs litiges et avant même que ne soient exposés des frais de justice conséquents.

19. Certains contrats prévoient expressément le recours à la médiation avant l'arbitrage. Le succès actuel de la médiation est dû essentiellement aux récentes réformes intervenues en matière de procédure civile (*Court rules*) en Angleterre et au Pays de Galles. En effet en 1999, par l'effet d'une volonté politique, Lord Woolf a présidé une réforme importante des règles de procédure civile qui régissent la *High Court* en Angleterre et au Pays de Galles. Une des préoccupations qui a conduit à ces changements était le coût et la durée des procédures dans les procès civils. Une des réformes importantes a été l'obligation de respecter un « *Pre-Action protocol* ». Celui-ci impose aux parties de suivre une série

de règles obligeant le demandeur à exposer ses demandes de manière détaillée et au défendeur d'y répondre. Cette obligation est sanctionnée par des conséquences en matière de frais de justice. A ce stade, ou immédiatement après, les parties sont obligées d'envisager ou non le recours à la médiation. Dans le cadre d'affaires récentes, des parties qui s'étaient abstenues d'envisager une médiation avant la procédure judiciaire ont été sévèrement sanctionnées.

20. Dans notre exemple, et dans la plupart des cas, il y faudrait un accord pour que la médiation puisse se tenir. Il y aurait alors nécessité d'un accord supplémentaire si la médiation devait s'ouvrir pour y inclure les trois autres parties.

21. Le médiateur peut être un juriste, un expert ou médiateur professionnel. Les médiateurs reçoivent habituellement une formation adaptée.

22. L'approche des médiateurs, ainsi qu'il l'a été dit, est de promouvoir la discussion et la transaction. Bien que les organismes de médiation ont des règles spécifiques pour la conduite des médiations, (auxquelles il est fait expressément référence dans le contrat de construction), l'approche générale veut que les parties fassent un bref exposé, si possible de moins de 20 pages, avant l'audience de médiation. Le médiateur lira ces exposés et l'audience permettra aux représentants des parties de s'adresser à lui pendant environ ½ heure. A ce stade les problèmes essentiels seront clarifiés et en fonction de la position du médiateur, les parties continueront à échanger ou se retireront dans des pièces séparées, le médiateur faisant alors le va-et-vient entre eux.

23. Les parties sont invitées à se faire représenter par des mandataires ayant le pouvoir de transiger. Dans l'exercice de ses fonctions, le médiateur peut exprimer un point de vue sur la légitimité et le bien

fondé des demandes, bien que la tendance chez les médiateurs est de ne pas le faire. La raison en est qu'il n'ont pas une vue complète de tous les aspects du litige et aussi que leur objectif principal est de dégager les termes d'un arrangement plutôt que d'apprécier les mérites des demandes, bien que les deux soient liés.

24. Si les parties arrivent à un accord sur tout ou partie de leur contentieux, celui-ci peut être incorporé dans une convention et les questions non résolues peuvent être tranchées par un processus de résolution de litige plus formel : arbitrage ou procédure judiciaire. Il arrive qu'en présence d'un litige qui ne se résoud pas, le médiateur fasse alors une recommandation aux parties dans le délai de 14 jours de la médiation
25. Ainsi qu'il a été dit précédemment, la médiation est conduite sans préjudice des droits de chacun. Ce qui revient à dire que rien de ce qui a été dit au cours de la médiation ne pourra être utilisé par l'une ou l'autre des parties dans le cadre d'une procédure postérieure. En ce qui concerne les coûts, chacune des parties supporte ses propres frais sauf s'il en est décidé autrement dans l'accord.
26. En présumant que tous les problèmes n'ont pas été résolus, passons maintenant à l'arbitrage.

Arbitrage

27. Le cadre juridique de l'arbitrage n'a été modifié de manière significative par la loi de 1996. Ce texte pose des principes généraux auxquels l'arbitre et les parties doivent se conformer, savoir :
 - a) Obtenir une résolution équitable des litiges par une juridiction impartiale sans délai superflu et à moindre coût ;

b) Que les parties conviennent de la manière dont leur contentieux sera résolu, (sous réserve des dispositions d'ordre public) ;

c) Que la Cour ait des pouvoirs d'intervention limités.

28. Le premier de ces trois principes reflète la préoccupation grandissante que l'arbitrage est devenu de plus en plus long et cher. L'opinion générale des praticiens dans les années 1990 était que la procédure judiciaire était préférable à l'arbitrage. C'était moins cher, (ne serait-ce que parce qu'on n'avait pas besoin de payer le Juge) et le résultat avait de plus grandes chances d'être juste et équitable (particulièrement devant un Juge spécialisé). En outre, la procédure était relativement plus rapide (entraînant une économie supplémentaire).

29. La procédure judiciaire était particulièrement préférée en Angleterre pays de Galles parce qu'il est apparu un nombre croissant de juges spécialisés, appelés aujourd'hui *Judges of the Technology and Construction Court*, chargés de traiter les litiges de construction. Ce sont souvent d'anciens *barristers* qui ont exercé dans ces domaines, et qui ont, à ce titre, une expérience de ces matières techniques. Ils sont donc parfaitement capables de traiter des litiges de construction et d'ingénierie complexes. Ils ont aussi l'avantage d'être de bons juristes. La raison pour laquelle la procédure judiciaire prenait moins de temps était double. Tout d'abord comparaître devant un Juge décourageait les parties d'utiliser de mauvais arguments au motif qu'il serait plus difficile de convaincre un Juge plutôt qu'un Arbitre. Les parties désormais s'attachent aux questions les plus essentielles. Ensuite, la Cour a des pouvoirs importants pour contrôler les délais et sanctionner les parties pour leurs retards. A cet égard, la législation de 1950 en matière d'arbitrage a été réformée en 1990 pour permettre à un arbitre

de rejeter une demande si des retards trop importants auraient risqué d'amener l'arbitrage à ne pas être conduit équitablement.

30. En ce qui concerne le premier principe, la pratique sous l'empire de la loi 1996 est très peu différente de ce qui existait auparavant, du moins en ce qui concerne les litiges de construction les plus importants. Mon expérience personnelle est que les arbitrages sont toujours menés comme s'il s'agissait de procédures judiciaires privées. La raison en est que, bien que l'arbitre ait maintenant des pouvoirs étendus notamment celui de pénaliser une des parties au niveau des frais dépens si celle-ci succombe dans tout ou partie de ses demandes, ces pouvoirs peuvent tout aussi bien être exercés par les Juges. D'une certaine manière les deux systèmes sont semblables.

31. Le second principe selon lequel les parties doivent être libres d'agréer la manière dont les litiges doivent être résolus a été une raison majeure en faveur de la décision de ne pas donner à la Cour la discrétion de refuser l'arbitrage. En ce qui concerne le troisième principe, ceci à nouveau reflète le point de vue économique selon lequel si des parties choisissent de résoudre leurs litiges par le biais de l'arbitrage, la décision de l'arbitre doit être contraignante dans la mesure où il est compétent et ne commet pas d'erreur de droit.

La procédure judiciaire

32. La conséquence des nouvelles règles de procédures civiles intervenues en 1999 est qu'en matière de procédure judiciaire une part importante des frais doit être maintenant exposée avant que la procédure ne commence véritablement. Il a été clairement entendu que demander à l'une des parties de s'attacher à détailler ses demandes avant et exiger du défendeur des réponses, entraîne l'abandon, très tôt, de prétentions injustifiées. La difficulté est que dans la majorité des cas ces frais de

procédure anticipés atteignent souvent des dizaines de milliers de livres et augmentent simplement les demandes des parties, rendant ainsi une réclamation moins susceptible d'être transigée avant le procès.

33. Alors que l'on peut comprendre le besoin de mettre en place une procédure standard afin que les parties sachent ce qu'elles ont à faire avant l'introduction de l'instance, dans le procès de construction conduits par des avocats expérimentés, il y a toujours eu l'envoi d'une lettre d'usage (*letter before action*) adressée avant l'instance et posant en termes généraux la nature de la demande et invitant le défendeur à formuler des commentaires. Il ne serait pas pensable d'envisager de menacer d'une action en responsabilité pour faute professionnelle sans, par exemple, être en mesure de fournir le rapport d'un expert compétent.

34. Ainsi, comme c'est trop souvent le cas, chercher à refléter la pratique dans des réglementations spécifiques conduit à une augmentation des coûts.

Adjudication

35. L'année 1996 a été une année importante parce qu'elle a vu également l'avènement de l' *Housing Grants Construction and Regeneration Act 1996*. Une partie de cette loi a inauguré l'*adjudication* comme méthode de résolution des litiges de construction .

36. Cette procédure élaborée après consultation entre le Gouvernement et les professionnels permet à une partie à un contrat de construction de notifier une réclamation à tout moment et de la soumettre à un *adjudicator* afin d'obtenir une décision dans un délai de **28 jours**. Ladite période pouvant être prolongée de 14 jours sans l'accord des parties.

37. L'idée sous-jacente à cette procédure était qu'elle serait favorable à la trésorerie des entreprises sous-traitantes. C'était le cas lorsque des entreprises sous-traitantes rencontraient des difficultés à se faire payer par des entreprises générales qui élevaient alors des contestations. Si les questions n'étaient pas solutionnées rapidement, elles devaient attendre l'issue d'un arbitrage complet ou d'une procédure judiciaire pour trouver une issue. Ceci entraînait des retards de règlement, des règlements minorés dans le cas de transaction, ou même la liquidation judiciaire du sous-traitant.

38. L'adjudication n'a pas fonctionné aussi bien que le Gouvernement l'avait espéré. Tout d'abord tous les litiges de construction n'ont pas été englobés. Un lobbying important de l'industrie de l'énergie a entraîné que la loi exclut de son domaine d'application les contrats de construction de centrales nucléaires, d'usines de traitements des eaux et également d'assemblage, d'installation et de démolition d'usines sur ces mêmes sites. C'est une carence importante pour les grands contrats d'ingénierie.

39. Deuxièmement, alors que la loi introduisait des dispositions remarquables telles que celle qui impose à une partie de justifier d'une manière détaillée la raison pour laquelle il entendait retarder son règlement avant même que cette somme soit due (et si aucun détail n'était fourni cette somme devenait immédiatement exigible) l'*adjudication* est maintenant utilisée pour dresser les comptes finaux dans des procédures portant sur des dizaines de millions de livres. Elle a été également utilisée pour des affaires de responsabilité professionnelle.

40. Ainsi, dans notre exemple alors qu'il pourrait être approprié pour l'*adjudicator* de déterminer si les fissures dans le mur résultent d'une

exécution défectueuse, des questions plus complexes peuvent être soulevées si des réclamations fondées sur la responsabilité sont formulées contre l'architecte ou l'ingénieur. Comme l'adjudication est généralement prévue pour être menée par écrit, sans une comparution formelle devant *l'adjudicator*, ceci rend la recherche de responsabilités professionnelles très difficile.

41. Bien que les procédures d'*adjudication* s'imposent uniquement jusqu'à ce qu'un litige ait été réglé par une procédure judiciaire ou d'arbitrage, la réalité fait que, fréquemment, il résulte de l'*adjudication*, que les affaires se transigent. Au surplus et de manière parfaitement compréhensible, ce qui a été décidé par l'*adjudicator* influencera tous Juges ou Arbitres saisis ultérieurement.

42. Ce qui se passe vraiment c'est que les *adjudicators* sont maintenant tellement préoccupés par les conséquences des actions en recherche de responsabilité qu'ils peuvent être amenés à renoncer à leur mission si la partie demanderesse refuse d'accorder une augmentation de délai substantielle pour permettre aux parties dont la responsabilité est recherchée de préparer leur dossier.

43. Dans une procédure d'*adjudication* que je viens juste de terminer, l'*adjudicator* m'a autorisé de juillet à octobre à présenter des moyens de défense et une audience de cinq jours s'est ensuite tenue en novembre. Ceci est très semblable aux procédures d'arbitrage et ce n'est pas ce que le Parlement voulait. De la même manière les coûts sont substantiels et c'est une caractéristique de l'*adjudication*, à moins qu'il n'en soit convenu expressément chacune des parties paie ses propres frais légaux quel que soit l'issue du litige. Il est vrai que des entreprises audacieuses introduisent des clauses dans leurs contrats prévoyant que le sous-traitant paiera les frais de l'*adjudication*, qu'il perde ou qu'il gagne ! De

telles clauses sont actuellement invalidées mais seulement en première instance (*High Court*).

44. Dans une autre affaire, j'ai récemment recouvré 7.5 millions de livres dans une adjudication dont la durée n'a pas excédé 28 jours. Dans ce cas, aucune des parties ne s'est présentée devant l'*adjudicator* et tout c'est déroulé par écrit. Là aussi, il est difficile de croire que des demandes aussi substantielles aient été envisagées par le Parlement.

45. L'*adjudication* est cependant très en vogue actuellement et avant que le bon sens apporte des changements dans les règles, des litiges de plus en plus nombreux seront réglés par l'*adjudication*.

Conclusion

46. Qu'en est-il de nos trois défendeurs ? S'ils n'ont pas une procédure d'*adjudication* engagée contre eux, ils ont le choix entre voir leurs dossiers traités par la Cour ou par l'Arbitrage. Ce choix ne sera qu'une affaire de tactique et ce n'est pas (comme le pensaient les rédacteurs de l'*Arbitration Act 1987*) une question de respect de ce qui a été convenu. Une partie respectera simplement la clause d'arbitrage si elle pense que cela peut l'aider, de même le maître d'ouvrage assignera devant la *High Court* s'il pense que ce sera utile à sa réclamation, enfin, et de la même manière, le défendeur n'interrompera cette procédure et ira à l'arbitrage que si l'arbitrage lui paraît une voie favorable. Il ne faut pas perdre de vue que les parties ne choisissent pas d'insérer des clauses d'arbitrage dans leurs contrats mais utilisent les formules standard de contrats qui contiennent ces clauses.

47. Les procédures dirigées contre les spécialistes et en particulier les ingénieurs seront traitées par Robert STEVENSON.

SIMON LOFTHOUSE

6 novembre 2002

**Atkin Chambers
1, Atkin Building
Grays Inn
London**