

## **DU CHOIX DANS LA PRÉVENTION DES DIFFERENDS A LA PRATIQUE DES DISPUTE BOARDS<sup>1</sup>**

**Par Pierre M. Genton<sup>2</sup>**

### **1. Les intérêts et difficultés des parties**

Désaccords, manques de dialogue, incompréhensions sont monnaie courante dans tout contrat obtenu dans un contexte de forte concurrence et notamment pour les grands contrats internationaux.

Pour un maître d'ouvrage, toute amorce de contentieux est difficile à vivre pour plusieurs raisons. Tout d'abord tout supplément nécessaire à l'exécution d'un contrat comme par exemple déjà le financement additionnel des prestations de conseils, des membres d'un Dispute Board, de médiation, d'«adjudication», du tribunal, des préparations et analyses de réclamations peuvent soulever des difficultés considérables au niveau du financement. C'est un parcours souvent difficile dans le cadre d'un financement institutionnel pour certains pays où les possibilités d'une augmentation du prêt peuvent être limitées. L'octroi de prêts/financement pour d'autres projets peut être ralenti voire même refusé si l'expérience passée s'est révélée négative. Par ailleurs, le champ de manœuvre des gestionnaires du contrat est très souvent limité, ces derniers craignant d'être accusés de négligence, voire d'être suspectés de corruption au cas où une réclamation serait fondée et à laquelle ils seraient prêts à donner suite. Tout ce contexte peut les conduire par

---

<sup>1</sup> Le nom de Dispute Boards (DB) est une appellation pour tous les types de comités de résolution de différends appelé en France (CRD).

<sup>2</sup> Diplômé de l'Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne (EPFL) et de l'Institute of Management Development (IMD). Il a œuvré notamment à titre de président ou membre au sein de CRD/DB, de comité de médiation, de comité d'adjudication et de tribunaux arbitraux dans de nombreux litiges internationaux. Il a par ailleurs été le délégué du Dispute Resolution Board Foundation pour la Suisse et président du groupe de travail ayant préparé le règlement de la chambre de Commerce Internationale sur les Dispute Boards. Il est l'auteur de plusieurs publications sur les Dispute Boards.

principe à rejeter toute réclamation même justifiée pour éviter des déconvenues personnelles et c'est ici que toute approche amiable et notamment celle des Dispute Boards peut jouer un rôle crucial de « pare-feu ». Les bailleurs de fond ont également un rôle prépondérant à jouer dans l'octroi d'un financement, doivent discuter, évaluer et prévoir les risques/aléas incontournables de telles augmentations et non pas seulement refuser leur assistance sous un prétexte purement administratif et/ou financier.

Du côté des entreprises, le problème, pour ne pas dire similaire, est lui aussi tout autant difficile à maîtriser si le maître d'ouvrage refuse d'obtempérer voire de respecter les clauses du contrat par des interprétations erronées ou excessivement restrictives, voire du fait du manque de souplesse des institutions financières comme relatée ci-dessus. La dure réalité se révèle en cours de réalisation. La construction ne peut pas se dérouler comme prévu impliquant une lourde augmentation des coûts et délais pour des raisons fort diverses. Des difficultés imprévisibles au niveau géologiques/géotechniques, des obstructions «physiques», une interprétation erronée des termes du contrat, des moyens insuffisants, des retards importants engendrant des coûts élevés, voire des mesures d'accélération onéreuses, d'éventuelles pénalités entraînant une augmentation anormale et disproportionnée des coûts de construction, le financement d'un cash-flow négatif excédant les prévisions et les possibilités de l'entreprises, etc. Tels sont les défis à relever et le tout engendre une dégradation marquée des rapports entre maître d'ouvrage et entreprise et le recours à de longues et fastidieuses procédures contentieuses. Tout ce contexte montre l'intérêt des parties à rechercher progressivement une solution amiable à leurs différends par le biais par exemple de l'intervention continue d'un Dispute Board/CRD.

## **2. Les solutions à disposition des parties**

Tout contrat, notamment de construction, est par principe sujet à des différends et par conséquent à des dépassements de budget. Il ne s'agit pas d'une situation d'exception,

mais bien d'une situation normale rencontrée quelle que soit l'état de préparation du dossier et/ou de la bonne/mauvaise volonté de l'une ou de l'autre des parties. Il s'agit d'un fait avéré habituel et non pas d' «une maladie honteuse ». Les parties ne doivent pas se voiler la face, mais se préparer à ce type de situation en faisant abstraction d'émotions et d'intérêts personnels. La situation contentieuse juridictionnelle aurait comme conséquences non seulement une procédure pouvant durer de nombreuses années, mais des effets indirects futurs indésirables. Il est donc du plus grand intérêt des parties et du projet de rechercher des solutions efficaces et élégantes s'inscrivant dans le contexte spécifique du projet. Plusieurs approches sont aujourd'hui à disposition des parties et nécessitent la bonne foi et volonté des parties pour trouver un accord amiable :

- La négociation est un préalable à toute intervention faisant appel à un tiers extérieur. Les réclamations équilibrées doivent être préparées avec soin, notifiées conformément au contrat et discutées entre les parties en faisant abstraction de toute considération personnelle tentant à justifier une action personnelle antérieure. Ce n'est qu'à la suite de cette étape et si tout espoir d'arriver à une conclusion positive s'estompe que le recours à un tiers doit être envisagé. Comme prolongement de la négociation et dans le cas de différends ponctuels, l'expertise unilatérale par un tiers requise par une partie peut l'assister à étayer sa position, voire à modérer sa demande et à l'amender.
- L'expertise privée décidée de concert entre les parties est une forme de négociation indirecte qui permet à chacune des parties de mesurer l'adéquation de leurs positions respectives et de tenter de trouver une solution amiable au différend. Moins connue dans le monde du droit anglo-saxon, l'expertise sous forme semi-amiable et contraignante, celle du « Schiedsgutachten » ou « expertise-arbitrage » permet souvent de trouver une résolution à un différend. Enfin l'expertise judiciaire réalisée à la demande d'un tribunal arbitral ou de la justice étatique peut aussi favoriser le rapprochement de points de vue même en cours de contentieux et conduire à un règlement amiable.

- La médiation/conciliation est une approche consensuelle qui de tout temps a permis, si les parties sont de bonne foi et prête à faire des compromis, de rapprocher les points de vue et de résoudre à l'amiable un différend. Plusieurs techniques ont vu le jour et exigent du médiateur/conciliateur à la fois des connaissances au niveau technique, financier et contractuel/juridique suffisantes, des expériences pratiques vécues allant au-delà de la seule médiation/conciliation (procédure contentieuse), et surtout les qualités humaines d'écoute, de compréhension alliée aux mentalités différentes permettant de gagner la confiance des parties. Une caractéristique importante de la médiation est la possibilité donnée au médiateur d'avoir, avec l'accord préalable des parties, des réunions séparées avec les parties (réunions « in caucus ») qui permettent à chacune des parties de s'exprimer librement sans que ses arguments ne puissent être invoqués et utilisés par l'autre partie lors d'éventuelles procédures ultérieures.
  
- Le Dispute Board (DB) ou comité de résolution des différends (CRD) est une approche qui a donné ses preuves d'efficacité depuis de nombreuses années dans les contrats à moyen et long termes et qui ne se limite pas au seul domaine de la construction. Il s'agit d'un panel œuvrant de façon continue (« standing DB ») pendant la durée d'un contrat et en fin de contrat pour les différends encore en suspens. Le recours à cette technique « d'accompagnement » a 2 phases principales, soit
  - (i) l'assistance informelle qui se justifie par sa souplesse et son efficacité et
  - (ii) la prise de position formelle sous forme de recommandation ou décision.Le DB est à mettre en œuvre en principe dès la signature du contrat.

Plusieurs types de DB/CRD sont à disposition des parties soit

- (a) le «Dispute Review Board » (DRB) avec une simple recommandation,

- (b) le «Dispute Adjudication Board» (DAB) avec sa décision à laquelle doivent se soumettre les parties sans possibilité de suspendre son exécution,
- (c) le «Combined Dispute Board» (CDB) permettant en fonction de la situation d'émettre soit une recommandation, soit une décision. Le choix du type de DB est du ressort des parties et nécessite une réflexion approfondie de la part de chacune des parties et de leurs conseils quant à son adéquation en fonction du type de projet.
- L'«adjudication» fait appel à un comité de résolution des litiges (CRL) ou parfois appelé non-standing DB/CRD. Son objectif est de rendre une décision que les parties ont l'obligation d'exécuter dans un court délai. Il s'agit d'une opération ponctuelle qui est généralement engagée en fin de contrat. Ce type d'approche semi-amiable a été initiée par la juridiction anglaise pour décharger les tribunaux étatiques de litiges de moindre importance. Cette approche s'applique aussi au niveau international à des différends importants notamment pour les contrats d'aménagements industriels clés en main. Si ce type d'approche peut également faire usage d'assistance informelle, cette possibilité n'est généralement pas retenue à tort par la partie demanderesse.
  - La procédure contentieuse, si l'une des autres approches amiables et semi-amiables discutées ci-dessus n'as pas retenue ou n'a pas donné satisfaction, est la suite logique. Le contrat définit la procédure judiciaire alors à suivre et peut encore être précédée d'une procédure en médiation/conciliation. Une approche intéressante mais peu utilisée, mais combien rapide et efficace, serait d'envisager la MEDALOA (MEDiation and Last Offer Arbitration), car elle oblige l'arbitre à la suite d'une dernière tentative de médiation/conciliation de limiter son intervention au seul choix du montant chiffré soit par l'une partie ou soit par l'autre partie. Cette contrainte impose aux parties une très grande rigueur et prudence, notamment pour la

demanderesse dans la définition du montant final de ses réclamations et pour la demanderesse dans le montant qu'elle serait prêt à accepter. Cette approche rapide réduit fortement les coûts de procédure et oblige l'arbitre de ne retenir que l'un de ces deux chiffres (et aucun autre montant). En outre cette approche exerce une pression constructive sur les parties en vue d'obtenir une résolution équilibrée du différend.

D'une manière générale, le choix de l'approche dans la prévention et résolution de différends n'est pas une opération simple et doit être le résultat d'une réflexion concertée et d'une évaluation, où de nombreux objectifs et arguments entrent en jeu. Le choix n'est certes pas aisé, mais en principe pour des contrats de moyenne et longue durée, le DB/CRD de trois membres paraît être l'approche la plus solide. Pour des contrats de durée plus courte et de montants plus faibles, tant le DB/CRD d'une seule personne que l'expertise et la médiation sont des approches attractives. En principe il faut distinguer à la fois le contexte dans lequel se déroule la réalisation, la nature et importance du différend, etc., le risque de chaque approche et surtout trouver les personnalités idoines pour remplir ce rôle de tiers.

### **3. L'optimisation dans la recherche de solutions à un différend**

L'optimisation dans la résolution de différends et par conséquent une maîtrise des coûts et délais de procédure est à rechercher à plusieurs stades et notamment dans les phases suivantes :

- a) La préparation des documents contractuels où une réflexion plus approfondie, notamment en ce qui concerne le type de contrat (lié aux aléas), les spécifications techniques aussi précises que possible, les données géologiques/géotechniques regroupées dans un rapport interprétatif (souvent intitulé « Geotechnical Interpretative Report »), nécessite un examen attentif. Le seul choix d'un contrat

standardisé ne suffit pas. Une évaluation objective des risques encourus est également indiquée.

- b) Lors de la conclusion du contrat entre parties où une évaluation des aléas (notamment d'ordre géologique/géotechnique du sous-sol, contexte spécifique de la construction), des méthodes de construction et une simulation des risques inhérents au projet peut s'avérer utile, voire nécessaire (« risk management »). A cet effet, une discussion avec les entreprises soumissionnaires avant la signature du contrat apparaît utile pour finaliser non seulement les questions ayant trait au programme et coûts/rabais, mais aussi pour préciser les intentions véritables des soumissionnaires et recevoir les explications pour une bonne compréhension de l'offre.
- c) Le choix d'une clause compromissoire réfléchie associée à une obligation de négociation directe entre les parties et, le cas échéant, suivie d'une intervention par un tiers préalable à toute procédure judiciaire est indiqué. Un poids marqué sera donné à la prévention et résolution amiable/semi-amiable des différends au fur et à mesure du déroulement du contrat. La clause à différents étages ne doit pas être le résultat d'une rédaction de dernière minute d'une clause des litiges communément appelée « clause du «vendredi soir » ;
- d) Le choix adéquat du type de procédure (amiable ou semi amiable) où une analyse en profondeur est requise notamment dans le cas des DB/CRD. Mis à part les différentes formes décrites au chapitre précédant, la forme la plus fréquente utilisée dans le cadre des DB/CRD) est le « Dispute Review Board » (DRB) conduisant à l'émission d'une recommandation non-contraignante. Passé un délai de 30 jours donné aux parties pour notifier son insatisfaction (règlement de la CCI), la recommandation devient alors contraignante. C'est généralement l'approche préférée des maîtres d'ouvrages.

La deuxième forme recommandée dans les contrats FIDIC est le « Dispute Adjudication Board » (DAB) est utilisée généralement dans le cadre de grands projets internationaux. Le DAB émet une décision contraignante avec exécution immédiate sans effet suspensif. Les parties ont cependant la possibilité de faire appel de cette décision auprès de l'instance judiciaire compétente. C'est généralement l'approche préférée des entreprises.

Enfin, la CCI met à disposition, en plus du DRB et DAB évoqués ci-dessus, une troisième approche qui tente d'équilibrer les souhaits des deux parties, à savoir le Combined Dispute Board (CDB) qui lui émet en principe une recommandation. A la requête de l'une des parties et en fonction de l'importance du cas qui lui est soumis ainsi que des conséquences pour le projet et les parties, le CDB a le pouvoir de décider d'émettre une décision. Cette nouvelle approche du CDB est un milieu chemin entre le DRB et le DAB. Cette approche prisée par certains utilisateurs a la faveur de plusieurs praticiens dans l'optique d'une résolution adaptée du différend.

e) Le choix des règles additionnelles de procédure est en général soumis par le DB/CRD qui les discute avec les parties lors de sa première visite sur place. Au-delà des éléments généraux de procédure déjà inclus dans le règlement CCI ou de la FIDIC, des éléments additionnels de procédures adaptés à la nature du contrat est généralement requises. L'expérience que notamment deux éléments essentiels doivent être précisés :

(i) La nature et l'étendue des soumissions des parties en cas de requête formelle : Tenant compte du rôle inquisitoire du CRD, la procédure consiste généralement en trois étapes à savoir la demande concise de la partie demanderesse et la réponse concise de la partie défenderesse auxquelles vient s'ajouter l'audience. Au cours de l'audience, chacune des parties aura

l'occasion de répliquer à l'écrit de l'autre partie, de répondre aux questions du DB/CRD et de faire parvenir les éléments de preuve requis. Cette procédure est à distinguer de la procédure arbitrale plus lourde.

(ii) En cours d'audience, la présentation et les débats seront dirigés pour chacune des parties par son directeur de projet ou son adjoint qui pourront se faire assister de ses collègues, spécialistes voire experts. Les parties veilleront à ne pas simplement déléguer cette tâche ou se faire représenter par un avocat, qui pourrait avoir à tort tendance à assimiler la procédure DB/CRD à la procédure arbitrale. Le résumé écrit de la présentation sera de préférence remis au début de l'audience au DB/CRD avec copie à l'autre partie. Ce résumé permettra tant au DB qu'à l'autre partie de mieux suivre les débats, de prendre des notes et d'éviter tout malentendu.

f) La mise en œuvre du DB/CRD et la recherche de ses membres sont des facteurs décisifs dans la recherche d'une solution aux différends, mais sont souvent difficiles à appréhender pour les parties. A quel moment faut-il constituer le DB et quels sont les critères de sélection des membres du DB? De manière à pouvoir travailler efficacement, favoriser le dialogue et assister les parties, le DB devrait être mis en œuvre dès le démarrage du projet. Sa mission s'éteint au plus tôt à l'achèvement des travaux, mais en général lorsque toutes les réclamations lui ont été soumises. Le tribunal éventuellement saisi en cas d'insatisfaction de l'une des parties ou des deux parties n'aura sa juridiction que lorsque le DB aura examiné tous les différends en question.

Concernant la désignation des membres du DB/CRD, chacune des parties propose un membre du DB sur la base de ses propres critères. La désignation en début de contrat ne génère en principe que peu de difficultés pour être approuvé par l'autre partie. Il peut arriver qu'en fonction du choix fait par l'une des parties, l'autre partie modifie son choix. D'une manière générale, les critères qui doivent

guider les parties dans leur choix respectif sont à la fois l'expérience technique et les connaissances au niveau financier et contractuel/juridiques. A l'instar du choix des arbitres dans le cadre d'une procédure arbitrale, chaque partie désigne un membre qui doit être accepté par l'autre partie. En général au début de contrat, ce n'est qu'une formalité. Le seul écueil pour chacune des parties est de trouver l'expert idoine. Le choix du président du DB/CRD est en principe du ressort des membres désignés qui consulteront les parties au préalable avant de confirmer ce choix.

g) La mission du DB/CRD et son application pratique, où au début de sa mission, le DB/CRD établit les procédures d'application détaillées de l'intervention du DB/CRD, notamment en cas de requêtes d'assistance informelle et de demandes formelles. Le concept du DB/CRD repose en effet sur les deux piliers principaux suivants:

(i) l'assistance informelle, où un avis non-contraignant sera demandé conjointement par les deux parties au DB/CRD sur des questions de principe sans quantification aucune. La rédaction de cette demande est établie de préférence conjointement par les parties en quelques pages et envoyée au DB au moins 15 jours avant sa prochaine visite. Elle sera traitée au cours de la prochaine visite. Après avoir entendu les parties, le DB, avec l'accord préalable des parties, pourra avoir des discussions séparées avec les parties. Son avis, de préférence écrit, sera soit intégré au rapport de visite ou fera l'objet d'une note séparée;

(ii) Le requête formelle d'une détermination (recommandation ou décision), où la demanderesse par le biais d'une demande concise avec annexes exposera ses griefs et la défenderesse adressera sa réponse dans les 30 jours en principe. L'audience prévue à cet effet permettra à chacune des parties tant de répondre aux écrits soumis que de répliquer aux propos tenus lors de

l'audience. L'Interlocuteur de chacune des parties sera en principe le directeur du projet assisté par ses collaborateurs et ses experts. Lors de cette audience le DB/CRD aura loisir de poser toutes les questions lui semblent adéquates. La recommandation ou décision du DB/CRD sera ensuite préparée et envoyée aux parties.

Par le biais de ses visites à intervalles réguliers, le DB/CRD sera en mesure de suivre le projet, constater de ses yeux le degré d'avancement du projet, lors de la visite in situ de prendre connaissance des difficultés rencontrées et soucis de chacune des parties, examiner les mesures prises pour rattraper tout retard encouru et faire le point des réclamations existantes et à venir. L'expérience montre déjà que par sa seule présence, le DB/CRD est à même d'inciter les parties au dialogue et à la négociation avant que tout cas lui soit soumis.

(g) La recours à la voie judiciaire est l'ultime étape pour résoudre le différend au cas où l'une ou les deux parties ne seraient pas satisfaites des conclusions obtenues par l'une des différentes approches sélectionnées. Les parties ont la possibilité avant la procédure judiciaire de recourir à d'autres formes de prévention si elles le désirent. Pendant la procédure judiciaire, les parties auront toujours la possibilité de transiger à l'amiable. En ce qui concerne les DB/CRD et la recommandation ou décision, les parties ont en principe la possibilité de faire appel auprès de l'instance judiciaire compétente. Pour que le tribunal ait sa juridiction, il faut que le DB/CRD ait été saisi de la demande au préalable. Par ailleurs pour que le recours des parties puisse être admis dans son principe, il faut encore que la recommandation ou décision du DB/CRD ai(en)t fait l'objet d'une notification écrite par la ou les partie(s) dans les 30 jours (FIDIC 28 jours) suivant la réception de la détermination du DB/CRD. Exception faite des cas d'ordre public, le recours aux tribunaux a donc très peu de chance d'aboutir à une modification de la détermination du DB/CRD.

#### **4. Conclusions**

Tout un arsenal d'approches amiables ou semi-amiables existe. Le choix certes pas aisé dépend de nombreux facteurs qui sont à évaluer en fonction de la nature et durée de chaque contrat, de l'ouverture et de la volonté de chacune des parties. Une recette générale n'existe donc pas et le succès de l'approche retenue va dépendre en grande partie de la personnalité et compétences des intervenants, leurs ouvertures, mentalités et qualités humaines.

En ce qui concerne les projets à moyen ou long terme, l'approche des DB/CRD est la plus attrayante. Les statistiques montrent des taux de réussite de plus de 90 %. Au niveau des coûts, un service de qualité engendre certes des coûts non-négligeables, mais il serait inadéquat de vouloir les comparer avec ceux de l'arbitrage, ces deux voies étant complémentaires et peu comparables. Le contrat pour la mise en place d'un DB/CRD peut être comparé à un contrat d'assurance. Le DB pourra être peu ou très sollicité. L'expérience montre que la plupart des projets d'importance ont un recours constant au DB.

Finalement pour optimiser toute procédure de prévention et de résolution de litiges, une attention toute spéciale doit être portée avant tout au choix du type de contrat, à la préparation soignée et complète de l'appel d'offres, à la négociation équilibrée du contrat. Pour le DB/CRD, mis à part le choix de ses membres du DB et des procédures applicables, tant le dialogue entre les parties qu'une ouverture des parties alliée à la préparation adéquate des dossiers en cours des travaux avec les éléments de preuve à l'appui sont la clé du succès.