

L'EXPERIENCE DU TUNNEL SOUS LA MANCHE

Les contrats portant sur les grands travaux de construction, qui comportent tout à la fois du génie civil, du bâtiment et des équipements industriels, suscitent très souvent un important contentieux. Les litiges peuvent apparaître à tout moment de l'opération de construction, laquelle s'étend généralement sur plusieurs années. La question se pose alors de rechercher le meilleur moyen de traiter ces litiges sans que, par suite de la détérioration des relations entre les parties, le rythme et la qualité des travaux ne s'en ressentent.

C'est à cet effet qu'a été conçue la clause 67 des conditions FIDIC pour les marchés de travaux de génie civil (4^e éd., 1987). Dans ces contrats FIDIC on note la présence, aux côtés du Maître de l'ouvrage et de l'Entrepreneur, de l'« Ingénieur », bureau d'études ou d'ingénierie chargé par le maître de l'ouvrage d'une mission d'assistance et de maîtrise d'oeuvre.

Tel était le cas du contrat de construction du Tunnel sous la Manche qui, calqué sur les conditions FIDIC, confiait à l'origine ce rôle à l'Ingénieur. Mais les Parties ont très vite éprouvé des doutes sur l'indépendance de l'Ingénieur à l'égard d'Eurotunnel; et par un avenant elles ont transféré ce rôle à un Comité d'experts de cinq membres (trois titulaires et deux suppléants) choisis par les Parties.

Le statut de ce Comité, dont les pouvoirs étaient calqués sur la clause 67 FIDIC avait été établi pour partie par le Marché, pour partie par le Contrat passé entre Eurotunnel et TML d'une part, et les experts d'autre part.

De manière très classique les Parties ont choisi chacune un titulaire et un suppléant, cependant que le choix du Président – qui s'est porté sur moi – a été fait par les deux Parties. Eurotunnel a choisi deux ingénieurs anglais, l'un géologue, l'autre maître d'œuvre, cependant que TML a choisi deux ingénieurs français, l'un X Ponts, l'autre issu de l'Ecole des Mines, qui avaient tous les deux une expérience en matière de transports. J'étais donc le seul juriste du Comité.

Ainsi, dès 1987, on avait inventé le DAB, mode alternatif de règlement des litiges, qui allait être consacré dans les conditions FIDIC quelques années plus tard. D'où l'intérêt, au moins historique, de présenter son fonctionnement et le type de décisions qu'il a été amené à prendre.

I. LE FONCTIONNEMENT DU COMITE

Les Parties avaient édicté un règlement de procédure très complet d'une douzaine de pages qui prévoyait toutes les situations et qui imposait un certain formalisme s'apparentant à celui qu'on connaît en matière d'arbitrage. Tout naturellement les grands principes de procédure et notamment le principe du contradictoire y étaient consacrés.

1. Information générale du Comité

Une telle information présente un intérêt majeur pour les grands chantiers, qui impliquent de nombreux intervenants. Elle a pour objet de favoriser une meilleure compréhension des litiges, et par là même la rapidité d'une décision pertinente.

C'est ainsi que le Comité était convié chaque trimestre à une visite du chantier, avec exposé des problèmes techniques ; parfois nous étaiement également présentés des exposés sur certains problèmes d'organisation du chantier. De même nous étaiement diffusés divers documents, notamment les compte-rendus trimestriels de la maîtrise d'œuvre.

2. Saisine du Comité

Bien évidemment les Parties ne saisissaient pas le Comité de tout différend les opposant. Ce n'est qu'à défaut de pouvoir résoudre le différend en interne, avec l'aide de l'Ingénieur, que la Partie mécontente saisissait le Comité.

Quant à l'étendue de la saisine, il n'y avait pas ici d'acte de mission comme il est d'usage en matière d'arbitrage. Le Comité était saisi par le Mémoire en demande qui lui était présenté par l'une des parties. La question ne s'est pas présentée d'une demande reconventionnelle, tout du moins dans la plupart des différends. Même si une telle demande aurait probablement été déclarée recevable, les délais pour rendre la décision (90 jours à compter de la saisine) n'auraient pas permis de l'étudier sérieusement.

Quant à l'objet des saisines (plus d'une vingtaine), il pouvait librement porter sur toute question relevant de l'interprétation du marché ou de son exécution. En fait, le Comité a été très rarement saisi de questions purement techniques ; en pratique ces questions étaient le plus souvent réglées par les équipes techniques des Parties, sous l'autorité de l'Ingénieur.

Presque toutes les saisines portaient sur des questions, sinon de droit, tout du moins contractuelles, c'est à dire portant sur le sens, la portée, l'interprétation de telle ou telle clause du contrat : quels sont en définitive les droits et les obligations de chacun en ce qui concerne telle question particulière, par exemple dans quelles limites le maître de l'ouvrage peut demander des modifications, ou quels sont ses pouvoirs d'intervention dans le choix des sous-traitants, etc. A cet égard les membres non juristes du Comité se sentaient un peu frustrés dans la mesure où ils considéraient qu'il s'agissait là de questions de droit.

En pratique on a constaté que les parties attendaient toujours qu'un litige soit devenu critique pour saisir le Comité. C'est tout à fait regrettable car l'expérience démontre qu'il aurait parfois été souhaitable de le saisir très en amont, pour avis, en interprétation de telle clause; cela aurait évité à une partie d'adopter systématiquement l'interprétation qui lui était la plus favorable et de s'engager dans une voie qui, en définitive, risquait d'être jugée non contractuelle par le Comité.

3. Les délais pour rendre la décision

Alors qu'à l'époque la clause 67 FIDIC prévoyait 84 jours, le Marché du Tunnel sous la Manche avait retenu 90 jours.

Le délai de 90 jours est bref, mais il peut être tenu, sauf pour des saisines à objets multiples pour lesquelles les parties elles-mêmes sont dans l'incapacité d'aller très vite. Par exemple si le Mémoire en demande comporte 250 pages et 10 volumes d'annexes, et porte sur plusieurs centaines de millions ou plusieurs milliards FF.

En pratique, le délai de 90 jours a toujours été tenu, sauf dans deux cas où on se trouvait dans l'hypothèse ci-dessus et où des délais spécifiques ont été convenus. Dans ces deux hypothèses on était en fait dans une situation tout à fait comparable à celle d'un arbitrage.

Raisonnant sur un délai de 90 jours, on avait finalement retenu le calendrier suivant :

- jour 0 , Saisine par l'une des parties,
- jour 28 Réponse de l'autre partie,
- jour 35 Liste de questions adressées par écrit aux parties, ce qui pouvait être l'occasion de soulever d'office certaines questions qui nous paraissaient pertinentes,
- jour 42 Audience avec réponse aux questions,
- jour 45 Eventuellement nouvelles questions écrites
- jour 56 Réponse aux nouvelles questions et clôture des débats

- jour 90 Décision

4. Le rôle des avocats et des conseils

En l'occurrence les avocats et conseils étaient en majorité britanniques pour Eurotunnel et en majorité français pour TML. De la présence d'avocats on a pu tirer cette constatation que la procédure suivie s'est plus rapprochée d'une procédure d'arbitrage car les avocats sont plus soucieux des formes que ne le seraient les parties. Et cela nous a conduit à rendre des décisions qui, par leur forme, s'apparentaient à des sentences arbitrales, avec toutes les formes requises pour celles-ci.

Nous en avons également tiré une suggestion à l'intention des avocats qui, au moins dans les contentieux judiciaires, ont parfois tendance à réserver les bons arguments pour la fin. Ici, la décision devant être rendue le jour 90, il s'ensuit que la décision avait été délibérée une première fois le jour 42, et définitivement arrêtée entre le jour 56 et au plus tard le jour 70. Il importe donc que les arguments importants soient présentés très tôt et non pas gardés en réserve, car ils risquent alors de ne pas être pris en considération.

II. LA DECISION

1. Majorité ou unanimité ?

Le Marché du Tunnel prévoyait l'unanimité, à défaut de quoi il n'y avait pas de décision et les litiges étaient renvoyés directement à l'arbitrage. En fait ce blocage ne s'est jamais produit. Toutes les décisions ont été rendues à l'unanimité.

Ceci s'explique, au moins en partie, par le fait que l'attitude d'experts nommés pour faire partie d'un Comité de règlement des litiges d'un marché est différente de celle d'arbitres statuant sur un litige ponctuel : s'ils ne sont pas capables de rendre une décision unanime, il n'y a pas de décision et ils sont nécessairement conduits à penser qu'ils ne servent à rien, ce qui est dissuasif. Mais il y a indiscutablement un risque qui complique le rôle du président ; bien souvent il a fallu attendre le 89^{ème} jour pour avoir l'accord unanime, ce qui n'est pas très confortable.

2. La forme de la décision

Comme dans la clause 67 FIDIC nos décisions devaient être motivées. En pratique, la motivation est très importante et doit être au moins aussi soignée que dans une sentence arbitrale car il s'agit d'assurer le bien fondé de la décision et

d'emporter la conviction des parties C'est aussi une question de discipline du raisonnement.

Sous réserve de cette question de motivation, on peut se demander s'il est opportun ou non d'adopter la forme et les exigences d'une sentence arbitrale. En fait c'est ce que nous avons fait car le délai de 90 jours nous le permettait.

3. Le Comité pouvait-il rendre des décisions provisoires ?

La question est aujourd'hui réglée par la Clause 67 alternative FIDIC qui confère expressément ce pouvoir au Comité. Mais la question s'est posée bien avant pour le Tunnel sous la Manche. Le Comité pouvait-il rendre une décision provisoire, sur la demande d'une partie qui, dans l'attente d'une décision sur le fond du litige, demandait que lui soit alloué une provision de X FF par mois ? Le Comité l'a fait une fois et sa décision, contestée par Eurotunnel, a été soumise à un tribunal arbitral; la sentence rendue sur ce point a admis le pouvoir de principe d'un Comité de prononcer une telle mesure provisoire, sous réserve qu'elle soit limitée dans le temps et justifiée quant à son montant.

4. Bilan des décisions rendues par le Comité

Comme dans la Clause 67 FIDIC, les décisions rendues par le Comité ne sont pas des sentences arbitrales susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée. Mais si aucune des parties ne notifie dans un certain délai à l'autre son désaccord avec la décision et son intention de saisir un tribunal arbitral, celle-ci devient définitive et engage les parties.

De l'expérience du Tunnel sous la Manche il ressort que, sur 20 saisines :

- 7 ont été retirées à la suite d'un accord des parties
 - soit parce que le litige reposait sur un malentendu que le Comité avait relevé,
 - soit parce que l'une des parties opposait à l'autre une résistance manifestement abusive, résistance immédiatement brisée par le simple fait de la saisine,
 - soit après instruction et renvoi par le Comité aux parties en vue d'une transaction.
- 12 décisions ont été rendues; la plupart ont été acceptées ou ont fait l'objet d'une transaction; une seule a fait l'objet d'un arbitrage et a finalement été renvoyée devant le Comité et transigée par les parties.

On peut en conclure que ce bilan est assez positif et que l'expérience qui a été ainsi menée a contribué de manière significative d'une part à la bonne fin des

travaux comme les Parties ont bien voulu nous le dire, d'autre part à la consécration du DAB par la Clause 67 FIDIC.

Philippe MALINVAUD