

LE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS EN MATIERE DE PROJETS DE CONSTRUCTION: QUELQUES EXPERIENCES PRATIQUES

François Vermeille¹

1. Le règlement amiable des différends doit faire partie des outils de management d'un projet de construction

Chaque jour, des milliers de contrats se préparent, se négocient et se signent dans le monde : entre un vendeur et un acheteur d'un bien ou d'une prestation intellectuelle, entre un bailleur de fonds et un emprunteur, entre un maître d'ouvrage et une entreprise, entre partenaires d'un consortium, entre actionnaires d'une société anonyme, etc. En conséquence de la mondialisation croissante, du développement technologique, de l'accélération des échanges, ces relations contractuelles deviennent de plus en plus complexes. Chaque fois, les parties s'efforcent de fixer de manière aussi précise et complète que possible la nature et l'étendue de l'objet du contrat, son prix et ses conditions financières, sa durée d'exécution, les performances à obtenir et à garantir, etc. L'objectif commun des parties nécessite parfois l'établissement d'un ensemble de contrats interdépendants, notamment quand deux sociétés en créent une troisième par un accord de Joint Venture qui peut à son tour se décliner en plus d'une demi-douzaine de contrats [1]. Tout cela se traduit par des pièces contractuelles volumineuses, complétées par de nombreuses annexes, cet ensemble contribuant à persuader les parties qu'elles ont tout prévu, tout organisé et que tout devrait se dérouler sans problèmes.

Chacune des parties au contrat a sa propre culture d'entreprise, ses propres organes de décision et d'exécution, sa propre réglementation interne, etc. En d'autres termes, on se trouve en présence de deux entités, voire davantage dans les contrats multipartites, généralement bien organisées et structurées, qui auront à collaborer dans le cadre de relations définies par un contrat lui aussi en principe bien structuré. En outre, lorsque ce dernier concerne des projets de grande envergure ou des opérations conjointes de longue durée telles que des projets de recherche, d'acquisition de marchés ou autres, une structure ad hoc de gestion du projet est mise en place, avec un steering committee, un chef de projet accompagné de son propre état-major, une logistique commune, etc. Les parties ont pratiquement toujours le souci de l'efficacité dans un cadre organisé.

S'il y a litige, les parties s'en remettent soit aux tribunaux ordinaires institués par l'organisation judiciaire, soit à un arbitrage, le plus souvent réglementé voire administré par une institution telle que la CCI. Le litige se résoudra donc à son tour dans un cadre organisé.

Mais entre ces deux cadres organisés, dès lors que les organes propres aux partenaires du projet ou liés à la structure propre du projet ne parviennent pas à surmonter les désaccords ou différends qui surgissent, et que ces mêmes partenaires désirent éviter de les transformer en litiges à trancher par le tribunal ou l'arbitrage, quel est le degré d'organisation de l'action spécifique qu'est la recherche du règlement amiable ?

Certes, sachant que par principe le risque de désaccord est inhérent à la concrétisation de l'accord lui-même, les parties insèrent souvent dans leurs contrats un article prévoyant le recours à une procédure de règlement amiable.

¹ Senior Partner de PMG Ingénieurs-Economistes-Conseils, Lausanne, fvermeille@pmg-ing.ch
Membre de la Commission de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).
Membre du groupe de travail chargé d'établir le *Règlement ADR de la CCI* et le *Guide* associé.

Mais souvent aussi, elles en restent au principe sans faire un pas de plus pour organiser cette procédure et en faire un réel outil de management du contrat assigné à la recherche du règlement amiable d'un différend ou, encore plus en amont, à l'élimination d'un désaccord.

Mais quel outil choisir ? Selon l'adage, il n'y a pas de mauvais outil, il n'y a que de mauvais ouvriers. On ne choisit pas un bon four à pain, on choisit un bon boulanger.

La panoplie d'outils est bien fournie. Ces outils correspondent à autant de méthodes de résolution amiable des différends regroupées sous l'acronyme « ADR », *Alternative Dispute Resolution* pour les uns, *Amicable Dispute Resolution* pour les autres. On privilégiera ici la seconde dénomination où la lettre « A » est associée au terme « amiable », soulignant ainsi que l'ADR compris de cette manière est une chose en soi qui n'exige plus d'être définie comme l'alternative d'une autre chose.

Ce n'est pas l'objet de cet article de décrire les diverses méthodes existantes. On se référera à l'abondante littérature sur le sujet (notamment [2], [3], [4]).

L'outil de management à mettre en place pour le règlement amiable d'un différend est en fait constitué de l'outil lui-même et de son mode d'emploi, l'ensemble formant un processus (en anglais : *procedure*) que les parties pourront mettre en œuvre entre elles seules ou avec l'aide d'un tiers.

Dans le second cas et dès lors que le bon emploi de l'outil (ou en d'autres termes le bon déroulement du processus) dépendra au premier chef de l'habileté de son principal utilisateur qu'est le tiers, il apparaît logique de l'associer au choix de l'outil.

Dans cette perspective, ce n'est plus le choix de l'outil proprement dit qui est au premier rang, mais l'identification de la procédure (en anglais : *proceedings*) liant les parties, dans le cadre de laquelle elles sélectionneront le tiers (le bon ouvrier), lui laisseront la possibilité de proposer l'outil le mieux approprié et enfin lui accorderont la liberté de l'utiliser au mieux de son habileté.

Notons au passage que l'analyse des différentes méthodes ADR et le choix de la mieux appropriée au cas spécifique doivent être menés avec un regard en aval, c'est-à-dire sur l'action en arbitrage ou devant un tribunal étatique si la tentative de règlement amiable échoue, et avec un regard en amont, c'est-à-dire comment articuler la mise en œuvre de cette tentative avec les opérations classiques du management interne de chaque partie.

Nous présentons ci-après quelques exemples de différends à la résolution amiable desquels nous avons contribué. Nous verrons ensuite quels enseignements en tirer pour faire d'une procédure de règlement amiable des litiges un réel outil de management au service de l'accomplissement de l'objet du contrat.

2. Quelques exemples de règlement amiable

Les deux premiers exemples sont tirés de deux médiations classiques conclues avec succès notamment parce que le climat de confiance instauré entre les parties et le médiateur a permis à ce dernier de se montrer parfois directif et que les parties y ont consenti.

Dans le premier exemple (complexe industriel en Afrique du Nord – différend entre acheteur/exploitant et entrepreneur/vendeur), les parties avaient déjà engagé une procédure d'arbitrage CCI. Le tribunal arbitral avait été constitué en février avec notre désignation pratiquement concomitante en qualité d'expert.

En mars, les parties ont décidé (i) de geler l'arbitrage alors que l'acte de mission du tribunal n'était pas encore signé et (ii) de demander à l'expert déjà désigné de mettre en œuvre l'expertise, « *étant précisé qu'à compter de la signature de l'acte de mission du tribunal, l'expertise confiée à Monsieur V. s'inscrira dans le cadre de la procédure arbitrale* ». Nonobstant cela, l'expert était fermement encouragé à conduire ses opérations d'expertise de telle façon que les parties puissent parvenir à un accord transactionnel.

A fin juin, les parties se mettaient d'accord sur les questions à examiner par l'expert devenu plus ou moins expressément médiateur, lequel a entendu les parties et visité le site. A fin novembre, soit cinq mois plus tard, un accord transactionnel était signé, après deux journées de discussions avec les parties suivies d'une éprouvante nuit d'intense négociation tripartite.

Ce dernier point mérite d'être développé. A la fin du deuxième jour, les parties ont commencé à renoncer sans difficulté à plusieurs de leurs réclamations respectives parmi les plus importantes. Le fossé était en train de se combler rapidement. Un blocage est alors intervenu soudainement. Le maître d'ouvrage (en l'occurrence une entreprise d'Etat) refusait tout d'un coup d'abandonner des sommes ridiculement faibles, sans commune mesure avec les montants auxquels il avait précédemment renoncé. L'entrepreneur a alors marqué sa volonté de quitter la table des négociations et de retourner en Europe avec son avion privé. Pour comprendre la situation, précisons que cet entrepreneur – un grand groupe industriel européen - était représenté par son numéro deux dans la hiérarchie, accompagné de son avocat. L'autre partie était représentée par une vingtaine de personnes appartenant à tous les niveaux de sa hiérarchie avec en plus un délégué du gouvernement muni des pleins pouvoirs. C'est ce dernier qui intervenait directement dans la négociation. Le médiateur a fait acte d'autorité en interdisant à l'entrepreneur de quitter la salle. Les pourparlers ont continué tard dans la nuit. Un accord transactionnel a finalement été conclu. Le représentant de l'entrepreneur n'avait pas compris que la majorité des représentants du maître d'ouvrage n'avait pas les compétences de saisir la portée du débat et les raisons pour lesquelles d'importantes sommes d'argent avaient été abandonnées. Par contre, dès qu'il s'agissait de renoncer à des postes minimes comme par exemple des levées de réserves sur la toiture du parking, il devenait indispensable que le délégué du gouvernement puisse démontrer à ses concitoyens qu'il avait âprement négocié, alors qu'il était déjà dès le début prêt à faire une concession. Il devenait en contre-partie nécessaire que le médiateur lui donne le temps de jouer ce rôle de négociateur intraitable avant de pouvoir parvenir à

l'étape finale de la rédaction de l'accord transactionnel.

L'expert s'est vu ensuite confier une mission subséquente pour le contrôle de la parfaite exécution de l'accord qui a effectivement eu lieu sans difficulté. Quels furent les facteurs ayant contribué à cet heureux dénouement ?

De la part des parties :

- la présence, au plus haut niveau de chacune des parties, d'un responsable muni de pleins-pouvoirs et bien entendu ouvert au dialogue (les avocats ayant adopté une attitude de réserve durant les débats et ne s'étant impliqués qu'à la fin du processus lors de la rédaction de l'accord transactionnel) ;
- la foi dans la valeur d'une médiation et la ferme volonté de parvenir à un accord, même si cette foi fut parfois chancelante, du moins pour l'une des parties ;
- leur accord sur le nom d'un expert généraliste (qui a recouru à l'avis de spécialistes sur quelques aspects techniques particuliers).

De la part du tiers :

- la recherche d'un *win-win game* à l'avantage de chacune des deux parties par identification des objectifs que chacune visait par la procédure de règlement amiable ;
- de par sa formation de généraliste, la mise en balance de problèmes d'ordre textile (a priori concernant les obligations du vendeur) avec des difficultés liées à la nature du sol engageant la responsabilité du maître d'ouvrage ;
- la connaissance des cultures respectives de chaque partie et la conduite des réunions en conséquence.

Le deuxième exemple concerne un différend entre deux membres d'un consortium en charge de la réalisation d'une station d'épuration des eaux usées dans un pays d'Afrique du Nord. L'un des membres estimait que son partenaire n'avait plus la capacité technique et financière pour assumer sa part des travaux au sein du consortium. Il s'est substitué à lui pour les achever. L'établissement du solde des comptes s'inscrivait dans un climat tendu susceptible de conduire à un blocage des relations alors que la coopération du partenaire sortant était indispensable pour la poursuite des travaux jour après jour.

Le défi pour le médiateur était dès lors de gérer les relations entre les parties avec deux régimes différents de vitesse. D'un côté, le partenaire sortant était désireux de voir le solde des comptes se régler le plus rapidement possible alors que l'autre partenaire n'y voyait pas la même urgence. Mais d'un autre côté la conduite quotidienne du chantier exigeait parfois des interventions immédiates du partenaire sortant à la demande de l'autre partenaire. Le défi a été tenu par un engagement opérationnel *on line* du médiateur qui assurait les échanges d'information et devait trouver les mots justes pour convaincre chaque partie que les décisions qu'il était amené à devoir prendre jour après jour l'étaient dans l'intérêt du projet et non au détriment suspecté de l'une ou l'autre des parties.

Une anecdote illustrera l'utilité d'une action entreprise de façon quasi discrétionnaire sans tenir compte des opinions des parties. Un vendredi en fin de journée, l'une d'elles se plaignit que, son co-contractant étant en

retard de paiement, elle se trouvait assignée en justice le lundi matin suivant pour émission de chèques sans provision. Lequel co-contractant mettait en doute la véracité de cette déclaration. Le médiateur traversa la Méditerranée durant le week-end et se rendit à l'audience publique du tribunal pénal. Il y constata que le représentant de la partie assignée paraissait effectivement devant le juge. Fort de ce constat, le médiateur pu rapidement persuader l'autre partie de libérer un acompte provisionnel sur le montant à attendre du règlement transactionnel final, ce qui mit fin à la procédure des chèques émis sans provision.

Le troisième exemple met en évidence le rôle que peut jouer une personne mandatée et rémunérée par une partie pour l'assister dans la présentation de son dossier de réclamation, dès lors que cette personne prend du recul par rapport à la position de l'entreprise et, ayant ainsi gagné la confiance de l'autre partie, se place davantage dans la situation d'un tiers.

Il s'agissait d'un dossier classique de réclamations présentées en fin de projet au sujet d'ouvrages d'art concernant une ligne ferroviaire à grande vitesse dans le Nord de la France. D'entente avec l'entreprise, le consultant que nous étions pour l'aider à constituer ce dossier a contacté le maître d'ouvrage, la SNCF en l'occurrence, en lui proposant d'analyser les réclamations une à une et de rechercher un règlement amiable global. La réaction de la SNCF fut d'abord un mélange de surprise et de refus, comprenant difficilement que le consultant de l'entreprise puisse lui-même mettre en doute le bien-fondé de certaines des réclamations de son client. Finalement, un climat de confiance réciproque s'est instauré, une analyse techniquement objective des réclamations a pu être conduite et un règlement amiable est intervenu à la satisfaction des deux parties.

Les deux exemples suivants montreront qu'un règlement amiable peut être obtenu sans que le tiers – ou l'organisme tiers – n'aborde le fond du différend.

Dans le quatrième exemple (développement industriel – différend entre deux sociétés européennes) le tiers que nous étions avait été désigné par la CCI conformément à l'ancien Règlement de Conciliation. Une transaction est intervenue sans rencontre avec les parties.

Sur la base des informations préliminaires fournies par ces dernières, il les a informées du processus (léger) qu'il entendait mettre en œuvre et leur a demandé des renseignements complémentaires, ce qui a vraisemblablement indiqué aux parties où il irait approfondir ses investigations et leur a permis de sentir les forces et faiblesses de leurs positions respectives, sur quoi elles ont annoncé avoir transigé par négociation directe.

Ce résultat positif est sans conteste dû à la ferme volonté des parties de ne pas s'engager dans la procédure arbitrale. Le conciliateur en cause ne peut toutefois pas s'empêcher de penser qu'un des facteurs de succès résidait dans la liberté que lui octroyait le Règlement de conciliation de la CCI pour la conduite de ses opérations. Cet esprit de liberté a été maintenu dans le nouveau Règlement ADR de la CCI qui l'a remplacé.

Le cinquième exemple se rapporte à une situation plus complexe qui justifie d'être développée. Un désaccord

est apparu entre une entité paraétatique européenne et un consortium de 25 entreprises européennes au sujet de l'interprétation des clauses d'un contrat clé-en-mains concernant l'étude et la construction de deux lignes de métro, avec la présence d'un ingénieur-conseil américain aux côtés du maître d'ouvrage lui aussi européen. En conséquence de ce désaccord, un différend est apparu portant sur l'étendue de la réalisation, sur les plans, sur des retards et sur des mesures d'accélération.

Le contrat comportait une clause de règlement des litiges "à deux étages", d'abord par voie de conciliation ou par expertise technique, puis par soumission aux juridictions administratives du pays du maître d'ouvrage.

La clause du premier étage n'était pas sans ambiguïté. C'est l'exemple à ne pas suivre où chaque partie a son idée en tête lors de la négociation du contrat au sujet du règlement amiable des différends. Aucune ne veut céder et on se retrouve avec les deux méthodes en parallèle dans le contrat.

On y lit en effet : « *In order to facilitate an amicable settlement of any difference between the Owner and the Contractor arising from the implementation or interpretation of the contract, any contracting party may request a conciliation procedure...* », procédure de conciliation qui était régie par la loi du pays du maître d'ouvrage et stipulait qu'en cas de désaccord des parties sur la désignation du conciliateur, il appartiendrait au président de la Cour suprême de l'Etat en cause de le nommer.

On y lit aussi immédiatement après : « *The contracting parties agree to have recourse, if necessary, to the technical expertise of a committee of three experts.* » Les modalités d'expertise prévoyaient un collège de trois membres, chaque partie choisissant un expert et les deux experts désignant un tiers-expert, à défaut de quoi ce tiers devait être nommé par le Centre international d'expertise de la CCI.

On raisonnera avec logique que les problèmes techniques sont par essence du ressort de l'expertise technique et que tous les autres ressortissent à la procédure de conciliation. Mais comment délimiter les purs problèmes techniques par rapport à « *any difference between the Owner and the Contractor arising from the implementation or interpretation of the contract* » ?

Cela étant, il n'était pas surprenant que le consortium ait été enclin à considérer tout différend comme étant de nature technique afin de privilégier la procédure de l'expertise susceptible de mettre en jeu le Centre d'expertise de la CCI, plutôt que la procédure de conciliation susceptible de voir l'intervention d'un haut magistrat de l'Etat en cause.

La mise en oeuvre de l'expertise a effectivement été déclenchée par le consortium en été 1993, chaque partie désignant un expert. Un tiers-expert a été nommé par le Centre d'expertise de la CCI en décembre 1993.

Le collège d'experts était habilité à statuer à la majorité et à faire des constatations aussi bien que des recommandations contraignantes liant les parties jusqu'à décision des juridictions administratives en cas de

contestation. C'était en fait un *Dispute Adjudication Board* [5] à la différence qu'il n'était pas précontractuellement constitué mais seulement au moment de la survenance d'un différend.

Le maître d'ouvrage s'est opposé à la mise en oeuvre de la procédure d'expertise au motif que celle-ci portait sur un domaine jugé trop vaste et d'une définition trop vague, notamment à raison de ce qu'il avait introduit auprès des juridictions administratives un recours relatif au même différend où était posée la question de la compétence des experts, eu égard au conflit entre conciliation et expertise. Pour faire avancer les choses et éviter un blocage des travaux, nous avons suggéré que le collège d'experts se prononce sur le principe de sa propre compétence (constituant l'un des points de désaccord sur l'interprétation du contrat), à l'image de ce que fait tout tribunal arbitral confronté à ce genre de situation.

Les experts, malgré l'objection du maître d'ouvrage, se déclarèrent compétents et commencèrent leurs travaux : prise de connaissance du contrat et des spécifications techniques, visites des chantiers, discussions de caractère général avec les parties (au total sept réunions des experts de mars à septembre 1994). Le fond du problème ne fut jamais abordé et aucun mémoire de réclamation ne fut formellement déposé auprès du collège d'experts. Néanmoins, ces rencontres ont créé un climat qui a permis des pourparlers directs et parallèles entre les parties, en dehors de la présence des experts. Ceux-ci furent informés qu'un accord avait été conclu entre les parties en décembre 1994, soit un an et demi après le recours à l'expertise. Cela conduisit le directeur adjoint du Centre international d'expertise de la CCI à écrire à l'époque [6] :

"Face aux objections du maître d'ouvrage, les experts décidèrent néanmoins de poursuivre leurs investigations. Cette prise de position ne fut sans doute pas sans influence sur la décision du maître d'ouvrage de participer à l'expertise, sur le rapprochement des parties, et finalement sur la conclusion d'une transaction".

Tentons d'identifier les facteurs ayant contribué au succès.

- a) De la part des parties :
 - Détermination constante du consortium d'appliquer à la lettre la clause contractuelle autorisant le recours à l'expertise.
 - Attitude pragmatique du maître d'ouvrage de participer aux travaux d'expertise malgré ses objections et actions parallèles.
 - Réceptivité des parties à l'égard des opinions préliminaires émises par le collège d'experts.
- b) De la part de la CCI :
 - Désignation judicieuse du tiers-expert.
- c) De la part des experts :
 - Instauration d'un climat de confiance entre les parties, y compris l'ingénieur-conseil.

- Recherche du consensus au sein du collège d'experts en évitant la prise de décision à la majorité.
- Prise en compte de la sensibilité culturelle des parties en présence.
- Volonté clairement affichée de remplir complètement la mission d'expertise confiée, selon un plan d'action conduisant à des recommandations contraignantes, et cela malgré les objections et actions parallèles du maître d'ouvrage.

En contre-jour, quelles furent les difficultés rencontrées ?

- Long processus de constitution du collège d'experts, inhérent à la formulation contractuelle imposant d'abord aux deux experts désignés par les parties de se mettre d'accord sur un tiers-expert et ensuite, en cas d'échec, de faire appel au Centre d'expertise de la CCI (qui a agi avec diligence dès sa mise en oeuvre).
- Après constitution du collège, nécessité d'une période de longueur non négligeable afin de permettre aux experts de se familiariser avec le projet et de prendre connaissance des objets du différend. (Par opposition, la constitution d'un DAB - *Dispute Adjudication Board* - dès la signature du contrat aurait offert l'avantage d'avoir des experts parfaitement informés du projet et de son déroulement au moment de l'apparition d'un différend).
- Manque de clarté dans la clause contractuelle concernant l'expertise, qui ne reprenait pas *in extenso* la clause-type du Règlement d'expertise. Le Centre d'expertise n'intervenait que pour la nomination du tiers-expert en cas de besoin. Au surplus, il était stipulé: "*The opinion of the experts shall be drafted in accordance with the rules of the ICC concerning technical expertise*". Cette formule hybride ne fut pas sans inconvénient pour trouver un équilibre entre la vision des experts se considérant comme un collège ad hoc (quand bien même constitué pour l'un d'entre eux avec l'aide du Centre) et le souci du Centre d'assumer sa responsabilité de gestionnaire de l'expertise, notamment eu égard à la procédure d'opposition à l'expertise en cours devant la juridiction étatique. L'expérience vécue par la CCI à cette occasion a contribué à la révision du Règlement d'expertise de la CCI qui comporte depuis le 1^{er} janvier 2003 une nette distinction entre la proposition d'un expert, la nomination d'un expert et l'administration de la procédure d'expertise.
- Conflit entre recours à l'expertise ou à la conciliation et possibilité d'actions auprès des juridictions administratives sur ce conflit ou sur la mise en oeuvre de l'une ou de l'autre.

Cet exemple est instructif pour deux raisons. La première est que le panel d'experts a considéré qu'il avait le droit de se prononcer sur sa propre compétence comme l'aurait fait un tribunal arbitral. Ayant statué positivement, il en a déduit son autorité à convoquer des réunions avec les parties. La seconde raison, conséquence de la première, est que les parties, y compris l'ingénieur-conseil, n'ont pas osé prendre le risque de ne pas y participer. Par contre, le maître d'ouvrage s'est opposé à ce que le panel commence à analyser les réclamations et à interroger les parties. Malgré cela, le panel d'experts a maintenu les réunions pendant plusieurs mois au motif qu'il lui était nécessaire de se familiariser avec le projet en visitant les travaux souterrains des tunnels et des stations. Cela était en fait un prétexte. Ce que recherchait le panel d'experts, c'était de provoquer la rencontre des parties en présence de personnes extérieures au projet en créant ainsi le

cadre au sein duquel les réclamations étaient malgré tout discutées de façon informelle en intégrant de façon tout autant informelle les opinions verbales des membres du panel d'experts. Ce dernier savait toutefois que les parties poursuivaient en parallèle des négociations directes. Elles ont finalement conclu un avenant à leur contrat sans recommandations ou décisions proprement dites du panel d'experts.

Le sixième exemple est doublement atypique par la singularité de l'ouvrage et par l'originalité de la méthode qui a conduit à l'accord transactionnel.

L'ouvrage est une digue flottante faisant partie de l'extension du Port de la Condamine, dans la Principauté de Monaco. Elle se présente à première vue comme un caisson en béton précontraint de 352 m de long, 19 m de haut hors superstructures (tirant d'eau de 16 m et partie émergée de 3m) et 28 m de large avec deux ailerons stabilisateurs de 8 m de large chacun. Ainsi décrit, cet ouvrage peut paraître banal, ce qui explique que sa réalisation en avait été confiée à un consortium d'entreprises dans le cadre d'un marché public à prix global et forfaitaire (régi par une ancienne réglementation française appliquée à Monaco sans avoir bénéficié des améliorations apportées dans son pays d'origine).

La complexité de l'ouvrage apparaît si l'on précise qu'il met en œuvre pour la première fois au monde un concept breveté par l'Etat de Monaco destiné à neutraliser les effets de la houle par l'inertie de la masse d'eau située entre la face inférieure de la digue et le fond de la mer, qu'il doit être construit pour une durée de vie de cent ans, qu'il est construit au Sud de l'Espagne pour être ensuite remorqué jusqu'à Monaco afin d'être relié à une structure terrestre par une énorme rotule métallique et d'être ancré à l'autre extrémité au fond marin par un ensemble de chaînes d'amarrage. Cette complexité s'accroît encore en ajoutant que l'ouvrage servira de quai d'accostage pour les navires de haute mer et constitue en son intérieur un ensemble de locaux accessibles au public en tant que gare maritime, parkings, entrepôts et surfaces commerciales.

Il n'est dès lors pas surprenant que le coût de revient ait atteint plus de 270% du prix global et forfaitaire résultant d'un appel d'offres où tous les participants avaient proposé des prix du même ordre de grandeur.

Confrontés à des services techniques qui s'en tenaient, à tort ou à raison, au caractère rigide d'un marché public à prix global et forfaitaire, refusant d'accepter le bouleversement du marché et d'aller vers l'idée de l'imprévision, les pouvoirs publics de Monaco et le consortium d'entreprises redoutaient, les premiers, de voir l'ouvrage rester à Algésiras, le second de devoir aller devant le tribunal de Monaco.

L'idée de recourir à un règlement amiable du différend a fait parallèlement son chemin dans les esprits de chacune des parties et a été mise en œuvre de façon très pragmatique. L'Etat de Monaco a annoncé son intention de soumettre le dossier de réclamations à une sorte de tribunal privé, formé de deux éminents juristes suisses et d'un économiste monégasque, s'engageant à en suivre les conclusions dès lors que le consortium les accepterait de son côté. Dans un premier temps, le consortium a eu une réaction négative eu égard à la constitution unilatérale de ce collège. Intervenant à l'époque en tant que consultant du consortium, nous avons préconisé une attitude inverse en partant du postulat que les deux membres suisses du collège, que nous

connaissances, avaient l'autorité voulue pour placer le débat juridique à un niveau élevé garantissant l'impartialité et l'indépendance d'action de l'ensemble des membres du collège.

Cette recommandation a été suivie et il s'est engagé une phase d'analyse du différend au cours de laquelle le consultant du consortium est devenu une sorte d'agent de liaison neutre entre les parties, entrant d'un côté dans la réflexion du collège pour identifier les éléments objectifs nécessaires à sa prise de décision et aidant de l'autre côté le consortium à les formuler de façon à être acceptés sans remettre en cause le caractère forfaitaire du marché. Cela revenait en fait à rechercher toutes les possibilités offertes par la notion de travaux supplémentaires, même s'ils n'avaient pas fait l'objet d'ordres de service en temps voulu.

Cette opération s'est déroulée sur une période de six mois environ, au terme de laquelle l'Etat de Monaco a pu cerner l'ordre de grandeur du complément de rémunération à accorder au consortium, compte tenu de tous les facteurs politiques locaux. Le cadre a ainsi été créé pour permettre d'engager une négociation directe au sommet qui s'est étendue sur quelques jours. Une transaction a été conclue portant sur un montant final un peu supérieur au double du prix initial du marché².

Le succès de l'opération a reposé sur la rencontre fortuite de personnes ayant certes déjà eu en majorité l'occasion de se connaître, mais qui ont pu, en complète liberté et malgré des missions fort différentes au départ, conduire l'analyse du dossier avec pragmatisme dans le souci de faire converger les faits et leurs conséquences vers des conclusions acceptables en regard du droit, donc acceptables par l'Etat de Monaco.

Le septième et dernier exemple est révélateur des difficultés qu'éprouvent parfois les parties à correctement discerner la meilleure méthode à utiliser pour le règlement amiable d'un différend. Il s'agissait d'une affaire en Suisse concernant un immeuble à usage commercial, plus précisément de la remise en leur état initial de locaux commerciaux destinés ensuite à être reconstruits pour une affectation complètement différente.

Nous avons été conjointement pressenti par les parties en tant qu'expert pour leur donner une estimation neutre du coût des travaux nécessaires à cette remise à l'état initial. En parallèle se posait un problème de droit relatif à l'obligation du locataire de procéder à cette opération à l'évidence inutile du fait de la réaffectation ultérieure des locaux.

Les parties hésitaient entre diverses procédures. Soit elles s'en remettaient à un tribunal qui déciderait sur le problème de droit mais qui aurait dû nommer un expert pour l'évaluation du coût des travaux. Soit elles dissociaient les deux aspects en limitant la saisine du tribunal au seul problème de droit et en se soumettant à l'avis contraignant de l'expert sur la question du coût.

² Les valeurs exactes ont paru dans la presse (notamment *Le Moniteur* du 1^{er} août 2003).

Sur ce second point, elles envisageaient donc de mettre en œuvre la procédure du *Schiedsgutachten* fréquemment utilisée en Suisse. Quant au problème de droit, elles avaient encore à choisir si elles voulaient aller devant la justice étatique ou pratiquer l'arbitrage.

Bien que la jurisprudence soit bien établie en Suisse pour marquer la distinction entre *Schiedsgutachten* et arbitrage [7], [8], la période d'hésitation s'est trouvée prolongée par des difficultés de compréhension au sujet des notions d'expertise avec avis contraignant, d'expertise arbitrale (c'est-à-dire expertise ordonnée par un tribunal arbitral) et d'arbitrage proprement dit. Les parties avaient quelque excuse à leurs interrogations dans la mesure où le Tribunal fédéral, dans l'un de ses arrêts, a utilisé la dénomination française d'*expert-arbitre* pour traduire *Schiedsgutachter*, tout en prenant soin de préciser que « *l'avis d'un expert-arbitre ne peut être déclaré exécutoire* » [7].

Sachant par expérience qu'un avis de droit peut être sollicité auprès d'un juriste et que les parties peuvent contractuellement s'engager à s'y conformer, nous avons en fin de compte proposé de trancher par une seule procédure d'expertise à caractère contraignant aussi bien le problème du coût que celui du droit, en formant à cet effet un collège de deux experts, le juriste intervenant à nos côtés.

Ce dernier fut désigné puis un acte de mission établi. Durant toute cette approche de la meilleure méthode à utiliser, les parties avaient en parallèle affiné leurs mémoires et apprécié leurs forces et faiblesses respectives. Un règlement amiable a été conclu sans que le collège des deux experts ne fût saisi des dossiers. Il ne fait aucun doute que les échanges de vues entre les parties et le tiers pressenti comme expert contribuèrent à ce résultat positif.

3. Quels enseignements tirer de ces expériences ?

Un dénominateur commun existe en arrière-plan de chaque accord transactionnel obtenu : la connaissance par le tiers de la **vraie raison** à l'origine du désaccord et la compréhension des **vrais objectifs** visés par chacune des parties. Combien de fois la vraie raison découle d'un problème relationnel et combien de fois le vrai objectif n'est pas d'obtenir le maximum d'argent mais plutôt la satisfaction d'un amour propre personnel. Autant d'aspects qui ne seront pas inscrits dans un acte de mission mais qu'il faut discerner pour en tirer des leviers d'action contribuant à un résultat positif.

Plusieurs exemples ont mis en évidence que la recherche de l'accord transactionnel s'est déroulée tout en assurant la poursuite de l'accomplissement du projet. Cela peut exiger que le tiers (ou l'organe tiers s'il s'agit d'un collège de trois personnes) s'implique dans la conduite quotidienne du projet et émette au bon moment des signaux destinés à persuader telle ou telle partie de procéder à telle ou telle opération, sans préjuger encore du résultat final auquel conduira la procédure amiable. Ce peut être le versement, par le maître d'ouvrage, d'une provision à valoir sur le montant final qui évitera à l'entreprise de devoir ralentir le chantier par manque

de liquidités. A l'inverse, ce peut être de persuader un vendeur de livrer un équipement dont l'installation est sur le chemin critique du programme des travaux, même si le prix de cet équipement fait encore l'objet de discussions.

On aura aussi noté que des accords transactionnels ont été conclus sans examen proprement dit des mémoires respectifs des parties. C'est à l'évidence la manifestation que, par sa présence et la confiance accordée par les parties, le tiers a contribué à replacer leur dialogue dans un climat apaisé et constructif.

Si, dans la majorité des cas, la procédure amiable s'est déroulée rapidement, il faut par contre relever la longue période qui est parfois apparue entre le moment où les parties envisagent d'y recourir et le moment où elle peut être mise en œuvre. D'où l'utilité que le tiers soit nommé le plus rapidement possible et qu'il rencontre sans délai les parties. Cette première rencontre est, de notre point de vue, capitale pour le succès de l'opération.

Pour gagner du temps, il est donc recommandable que les parties inscrivent dans leur contrat le principe du recours à une procédure amiable de règlement de leurs différends et qu'elles le fassent par référence à une procédure contractuellement convenue. Or, lors de la négociation du contrat, elles ignorent à quels types de différends elles risquent d'être confrontées et encore moins quels seront les processus optimaux à appliquer pour les résoudre. Dès lors, elles seront d'autant plus enclines à privilégier une procédure leur laissant la plus grande liberté quant au choix du processus (c'est-à-dire l'outil de management et la façon de l'utiliser) le plus adéquat.

Les expériences décrites dans le présent article ont été prises en compte lors de l'élaboration du *Règlement ADR de la CCI* qui comportent deux caractéristiques essentielles. En premier lieu, la CCI n'a pas cherché à inventer de nouvelles techniques ADR. Grâce à une procédure légère et flexible, elle a eu le souci de permettre aux parties de choisir celui des processus qu'elles connaissent déjà ou qui leur paraît le mieux approprié au règlement de leur différend. Mais dans l'hypothèse où les parties ne parviendraient à se mettre d'accord sur ce choix, la médiation s'imposera (i) parce qu'à défaut d'expérience, elle est le processus le plus simple à mettre en œuvre et (ii) parce qu'étant le processus de base, il permet de bifurquer sur des processus plus complexes si besoin est.

Un autre enseignement confirme l'importance primordiale de la première réunion entre les parties et le tiers. C'est à notre avis une étape-clé de tout le processus mais elle n'intervient pas nécessairement au meilleur moment ! Le tiers doit en effet gagner la confiance des parties et leur faire accepter des règles du jeu alors qu'elles viennent tout juste de se remettre autour de la table pour discuter.

Il y faut parfois faire preuve d'autorité et on comprendra que nous sommes éloignés des écoles qui voient le tiers en tant que simple facilitateur ou médiateur cantonné dans une attitude uniquement réactive. Mais cela va de pair aussi avec une certaine humilité. Si le succès du règlement amiable est lié à un processus spécifiquement adapté au différend mais dont le tiers n'a pas la maîtrise, il doit préconiser aux parties de lui substituer la personne idoine.

L'importance de cette première réunion a été ancrée dans le *Règlement ADR de la CCI*. Dès lors que la procédure est initiée sur la base d'un accord préalable des parties, aucune d'entre elles ne peut l'interrompre avant la première discussion avec le tiers [9].

Par contre, elles ont la liberté de se retirer en tout temps de la procédure. Un artifice peut néanmoins être introduit dans le processus pour amener les parties au succès d'une procédure en train d'aller à l'échec. Il consiste à inclure dans les règles du jeu convenues lors de la première réunion entre les parties et le tiers que, dans l'hypothèse où le processus s'arrête de la volonté de l'une des parties ou de leur volonté conjointe, le tiers consignera ses conclusions (nous serions tenté d'écrire « ses états d'âme ») dans un rapport écrit après réception duquel les parties se sont obligées à se rencontrer à nouveau dans un délai préalablement convenu (par exemple un mois) pour en faire une lecture commune. Quelques cas traités au sein de notre cabinet ont prouvé l'efficacité de cette formule (l'un d'eux est exposé dans la référence bibliographique [10]).

* * *

En conclusion, relevons les facteurs indispensables à la réussite d'un règlement amiable : choix adéquat du tiers et du processus à mettre en œuvre, confidentialité, comportement des parties non pas en relation conflictuelle mais volonté partagée de rechercher le consensus. De préférence, le tiers sera un généraliste, soit un praticien de la discipline à laquelle ressortit le différend doté ayant une bonne sensibilité juridique, soit l'inverse. Quelques mots-clés peuvent être ajoutés : travail en équipe, respect des personnes et de leur culture, confiance, coopération, probité, toutes valeurs notamment capitales dans des systèmes légaux où le principe de la bonne foi n'est pas forcément ancré.

Références bibliographiques

1. Claude Reymond, *Le contrat de "Joint Venture"*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.
2. Henry Brown, Arthur Marriott, *ADR Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, 2d edition 1999.
3. Jean-Claude Goldschmith, *Current Developments, ICC Working Group Report on ADR*, The American Review of International Arbitration, 1993, Vol. 4, No 4.
4. Marc Blessing, *Streitbeilegung durch "ADR" und "pro-aktive" Verhandlungsführung*, Bulletin ASA, 1996, No 2.
5. Pierre Michel Genton, *ICC Promotes Dispute Board Rules Worldwide*, Construction Law Journal, 2005, Vol. 21, No 2

6. Jean-François Bourque, *L'expérience du Centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale*, Revue de l'arbitrage, 1995, No 2.
7. ATF 107 (1981) IA 318.
8. ATF 117 (1991) IA 365.
9. Peter M. Wolrich, *le Règlement ADR de la CCI: le dernier né des services de règlement des différends de la CCI*, Supplément spécial 2001 du Bulletin de la Cour d'arbitrage de la CCI.
10. Pierre Michel Genton et François Vermeille, *Soft and Hard Dispute Resolution, Some Remarks and Practical Experiences regarding Mega-Projects*, International Business Law Journal, 1998, No 2.