

«Soft and hard dispute resolution»

QUELQUES RÉFLEXIONS ET EXPÉRIENCES PRATIQUES DANS LE CADRE DE GRANDS PROJETS

«SOFT AND HARD DISPUTE RESOLUTION» SOME REMARKS AND PRACTICAL EXPERIENCES REGARDING MEGA-PROJECTS

Pierre M. GENTON* et François VERMEILLE*

I. PRÉAMBULE

Un nombre de conflits toujours plus élevé, une littérature toujours plus abondante (cet article y contribue... !), un nombre croissant de spécialistes, des organismes et institutions toujours plus nombreux, des congrès, séminaires et conférences organisés sans relâche : tel est le contexte évolutif, complexe, voire confus, que doivent affronter les utilisateurs potentiels de l'arbitrage (acheteurs ou vendeurs), dont l'objectif premier est de «réaliser» en tenant compte des contraintes sévères qui leur sont imposées.

A regret, on doit constater que les débats au sujet de la prévention et résolution de litiges sont souvent restés théoriques, par souci de confidentialité peut-être et, malgré la bonne volonté des praticiens et spécialistes, n'attirent que très peu l'utilisateur, qu'il soit acheteur ou vendeur. En principe il sait ce qu'il doit faire... Une autre raison peut aussi être le désintérêt des parties contractantes qui attendent d'être confrontées à ce genre de problèmes pour se préoccuper de la matière.

I. INTRODUCTION

Numerous conflicts still increasing, abundant literature (this article contributing thereto!), an increasing number of specialists, organizations and institutions still more numerous, relentless congresses, seminars and conferences: such is the evolution, complex even confused, that the potential users of arbitration must confront (buyers and sellers), whose primary objective is to "realize the operation" taking into account the severe constraints imposed upon them.

One must regrettably note that the debates on the subject of the prevention and the resolution of disputes often are theoretical, perhaps concerned for confidentiality, and in spite of the goodwill of the practitioners and specialists, are seldom attractive to a user, either a seller or buyer. He knows, in principle, what he must do... Another reason could be the disinterest of the members, who are waiting to be confronted by such problems before being concerned with the subject.

* Ingénieur dipl. EPFL-IMD, Chartered Eng. FICE, respectivement ingénieur dipl. EPFL, président de la Chambre suisse des experts judiciaires ; tous deux associés du cabinet PMG Ingénieurs-Économistes-Conseils à Lausanne-Suisse.

The "doctrinaires" who sometimes clearly oppose the "contract regulation techniques" (expertise, mediation, conciliation) to "conflict resolution techniques" (arbitration, civil procedure) contribute to the rigidity of the debates, rendering them even more theoretical.

However, the administrator of a contract knows by experience that the life itself of that contract is characterized by a succession of stages which represent its preparation, its negotiation, its conclusion, its application, its realization, etc. At each stage several difficulties could appear resulting either from a lack of agreement between the parties due to the vagueness of the contract on certain points, or due to a disagreement concerning the interpretation of different clauses, or due to a dispute concerning the application of a particular provision.

There are some means at ones disposition for attempting to overcome these difficulties without waiting for the dispute to take form to the extent that it could only be resolved by judicial procedures or, if the parties have agreed, by arbitration. Usually grouped together under the English language rubric "Alternative Dispute Resolution" (ADR) or the French *Règlement alternatif des différends* (RAD), they consider relatively new means such as the "Dispute Review Board" (DRB) or more traditional notions such as mediation itself.

The promoters of these alternative means, unfortunately, "by generalizing these means which are originally very limited in scope and by utilization and in establishing them as substitutes for the judicial means, save the latter as organization models, since they wish to assure these mechanisms, in principle more flexible, a comparable efficiency: from there these contradictory procedural forms, these decisions almost always restrictive, this poorly conceptualized institutionalization, in sum, this confusion of types which derive from the will to accumulate the only advantages of these diverse categories; as such, the substitution of the judicial means can only be possible in its imperfect but similar form".

In that situation, what strategy, what practice should one adopt? What are the risks, what means should one use? The following are some questions that the signatories of a contract should ask especially during the drafting of the contractual documents and during the negotiation of the contract and similarly during the execution of the works.

In that context, the present article modestly attempts, by some thoughts about and references to these case

Les doctrinaires qui parfois opposent nettement *les techniques de régulation des contrats* (expertise, médiation, conciliation) aux *techniques de résolution des différends* (arbitrage, procédure civile) contribuent à rigidifier les débats et à les rendre encore plus théoriques.

Or le gestionnaire d'un contrat sait par expérience que celui-ci a sa propre vie caractérisée par une succession d'étapes que sont sa préparation, sa négociation, sa conclusion, sa mise en œuvre, sa réalisation, etc. A chaque étape peuvent surgir des difficultés résultant soit d'une absence d'accord entre les parties parce que le contrat est vague sur certains points, soit d'un désaccord sur l'interprétation de certaines clauses, soit d'un différend touchant l'application de tel ou tel article.

Des moyens sont à disposition pour tenter de surmonter ces difficultés sans attendre que le différend se cristallise au point de ne pouvoir être tranché que par la procédure judiciaire ou, si les parties en sont convenues, par l'arbitrage. Généralement englobés sous la dénomination anglaise *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ou française *Règlement alternatif des différends* (RAD), ils font appel à des modes relativement nouveaux comme le *Dispute Review Board* (DRB) ou à des notions plus traditionnelles comme la médiation proprement dite.

Malheureusement, les promoteurs de ces moyens alternatifs, « en généralisant ces voies originellement de portée et d'utilisation très limitées et en les érigeant en substituts des modes juridictionnels, conservent ces derniers comme modèles d'organisation, car ils souhaitent assurer à ces mécanismes, en principe plus souples, une efficacité comparable : de là ces formes procédurales de type contradictoire, ces décisions presque toujours contraignantes, cette institutionnalisation mal conceptualisée, en un mot cette confusion des genres qui procède du désir de cumuler les seuls avantages de ces diverses catégories ; dès lors, le substitut de la voie juridictionnelle n'en est en réalité qu'une forme imparfaite mais de même nature » (1).

Face à cette situation, quelle stratégie, quel comportement faut-il adopter ? Quels sont les risques, quels moyens doit-on engager ? Voici quelques questions que devraient se poser les signataires d'un contrat surtout pendant la rédaction des documents contractuels et pendant la négociation du contrat mais également durant l'exécution des travaux.

Dans ce contexte, le présent article tente modestement, par quelques réflexions et références à des cas pratiques, de

rapprocher l'utilisateur (parfois emprunté, voire désabusé et soucieux face aux questions de délais, de coûts, de ressources humaines nécessaires) de certains praticiens de l'arbitrage (parfois réservés face aux techniques de prévention et résolution amiable de conflits).

II. LE CONTEXTE ET LES DIVERS MODES DE PRÉVENTION ET DE RÉOLUTION DE LITIGES

1. Le contexte

- Même si l'objectif principal global est le même, à savoir la construction d'un ouvrage ou la réalisation d'un ensemble industriel, l'acheteur ou maître d'ouvrage a des intérêts et contraintes qui sont, en général et par la force des choses, différents de ceux du vendeur ou entrepreneur.

L'acheteur désire réaliser pour le coût le plus bas possible (budget), dans des délais courts et fixes (pertes de production) et avec une qualité optimale (durée de vie, frais de maintenance). Le vendeur s'est engagé dans un cadre concurrentiel agressif pour un prix donné. Il a comme objectif d'optimiser sa prestation de façon à maximiser la rentabilité financière de son intervention tout en satisfaisant au plus vite les garanties contractuelles prévues.

Le contrat ainsi passé entre le vendeur et l'acheteur est un véritable chef-d'œuvre de compromis. La nature et l'importance de la réalisation aidant, les imprévus, les modifications en cours d'exécution et, par conséquent, les différends sont inexorables.

- Dans ce contexte, tant une préparation technique poussée (limitant les modifications et aléas) qu'une préparation du contrat soignée (attribuant notamment des responsabilités claires à chacune des parties) permettront de réduire les risques de conflit, mais ne les empêcheront jamais totalement.

C'est pourquoi il convient, pour toutes les parties, préalablement à toute signature de contrat, d'analyser conjointement et minutieusement la clause de résolution des litiges. Cette analyse devrait notamment porter sur des questions relatives au choix du type de résolution amiable et de la procédure judiciaire :

- Les parties optent-elles pour une formule générale de recours à une résolution amiable, à une procédure de conciliation du type de celle proposée par la CCI ? (2)

studies, to lead the user closer (sometimes disillusioned and concerned with respect to the deadlines, the costs and the human resources necessary) to certain practitioners of arbitration (sometimes reserved for prevention techniques and an amicable solution of conflicts).

II. THE CONTEXT AND THE DIVERSE MODES OF PREVENTION AND DISPUTE RESOLUTION

1. The Context

- Even if the principle global objectives were the same, such as the construction of a work or the realization of an industrial group, the buyer or project manager has the interests and constraints that are, in general, different from those of the seller or entrepreneur.

The buyer wishes to realize for the lowest possible cost (budget), in the shortest time period and fixed costs (production losses) and with optimal quality (duration of life, maintenance costs). The seller agrees in competitively aggressive situation for a given price. He aims at optimizing his performance in order to maximize the financial profitability of his activity, at the same time satisfying as quickly as possible the applicable contractual guaranties.

The contract thus agreed to between the buyer and the seller is a true masterpiece of a compromise. The nature and importance of its realization, the unanticipated events, the modifications during its execution and, consequently, the disputes are inevitable.

- In this context, an intense technical preparation (limiting the modifications and risks) as well as a careful preparation of the contract (attributing, in particular, clear responsibilities to each party) will enable the reduction of the risks of conflict, but they will never be totally removed.

That is why it is necessary for all the parties, preliminary to any contract signature, to jointly and carefully analyze the dispute resolution clause. This analysis should particularly include issues concerning the type of amicable resolution and judicial procedure.

- Do the parties decide on a general system of having recourse to an amicable resolution, to a conciliation procedure similar to the one offered by the ICC?

– Do the parties prefer to envisage the means of a more active amicable resolution by using for example the recommendation/temporary decision of a third party (DRB/DAB/committee of experts), of a *Mini-Trial* or of mediation?

– Do the parties finally desire to refer to the civil courts without delay, such as to “*fast track arbitration*”, to conventional judicial or arbitration proceedings?

• Numerous organisms such as the FIDIC, the ICE or the CPR suggested rather recently the introduction of clauses concerning 2 or 3 stages, favoring the amicable resolution of the disputes. The rules and directives concerning the amicable resolution of the disputes in the construction sector exist in many countries.

It cannot be repeated enough that these means of resolution must not be dictated by a corporate spirit and must not be the exclusive prerogative of attorneys, engineers or economists. On the contrary, it concerns the convergence of competencies and necessary experience in the largest sense of the word in the interests of the users, in the methods of soft dispute resolution as well as in the arbitration procedure.

• The prevention of conflict or the amicable resolution of disputes require two fundamental qualities:

– a true openness between the two parties. The latter must be first open to the principle of possible compromise and to manifest in advance the intention to resolve their potential disputes in an amicable way.

– a maturity and experience that lead each party to understand the “snowball” effect of a dispute with respect to a contract and attempt to resolve without delay a disagreement in order to reduce the impact of the potential subsequent effects thereof.

2. The Diverse Means

Numerous articles have already discussed the subject. One could for instance refer to “*The Study on the ways of alternative/complementary dispute resolution*” (RAD) conducted by “*la Commission française de l'arbitrage international du Comité français de la CCI*” directed by Jean-Claude Goldsmith.

This study is commendable due to the fact it gives an inventory of the methods disposed of:

– Les parties préfèrent-elles envisager un mode de résolution amiable plus actif par le biais par exemple de la recommandation/décision temporaire d'un tiers (DRB/DAB (3)/comité d'experts), d'un *Mini-Trial* ou d'une médiation ?

– Les parties enfin souhaitent-elles sans délai recourir à la voie judiciaire, qu'il s'agisse du “*fast track arbitration*” (4), de la procédure judiciaire conventionnelle ou de l'arbitrage ?

• Plusieurs organismes tels que la FIDIC (5), l'ICE (6) ou le CPR (7) ont suggéré plus ou moins récemment l'introduction des clauses dites à 2, voire à 3 étapes, favorisant la résolution amiable des litiges. Des règles et directives concernant la résolution amiable des litiges dans la construction existent dans de nombreux pays (8).

Il ne sera pas assez répété que ces modes de résolution ne doivent pas être dictés par un esprit corporatif et ne doivent pas être l'apanage unique de juristes, d'avocats, d'ingénieurs ou d'économistes. Bien au contraire, il s'agit de marier les compétences et expériences nécessaires au sens large du terme dans l'intérêt des utilisateurs, aussi bien dans les méthodes de résolution douces que dans la procédure arbitrale (9).

• La prévention de conflits ou la résolution amiable de différends requièrent deux qualités fondamentales :

– une réelle ouverture d'esprit des deux parties. Ces dernières doivent être ouvertes au préalable au principe de l'éventuel compromis et manifester l'intention à l'avance de tenter de résoudre leurs différends potentiels de façon amiable ;

– une maturité et une expérience qui conduisent chacune des parties à apprécier l'effet “boule de neige” d'un différend sur la gestion d'un contrat et à tenter de régler sans retard un désaccord pour en réduire les effets potentiels subséquents.

2. Les divers modes

De nombreux articles ont déjà traité ce sujet. On pourra par exemple se référer à *l'Étude sur les modes de règlement alternatif/complémentaire des différends (RAD)* menée par la Commission française de l'arbitrage international du Comité français de la CCI sous la conduite de Jean-Claude Goldsmith (10).

Cette étude a le mérite de donner un inventaire des formules à disposition :

- la médiation proprement dite, parfois qualifiée de « *médiation simple* »,
- la médiation contractuellement préconstituée (objet repris ci-après),
- la médiation en forme de procès simulé (« *Mini-Trial* »),
- la médiation directe par des représentants de la direction générale de chacune des parties (« *Senior Executive Appraisal* »), qui correspond à un « *Mini-Trial* » sans président-médiateur,
- la consultation conjointe d'un juriconsulte ou d'un expert indépendant (« *Early Trial Evaluation* »), formule par exemple utilisée en Suisse avec le « *Schiedsgutachten* » ou en Hollande avec le « *Bindend Advies* »,
- la médiation-arbitrage,
- l'arbitrage limité par l'arbitre entre les offres respectivement faites par les parties (« *Baseball or Final Offer Arbitration* »),
- la médiation et l'arbitrage entre offres respectives des parties (« *Mediation and Last Offer Arbitration, Medaloa* »).

Ces formules sont autant de moyens offerts aux parties pour se concilier au sujet d'un différend, d'un désaccord ou d'une absence d'accord suite à un contrat vague.

Pour certains auteurs, médiation et conciliation sont synonymes. Pour d'autres, « *on peut utilement entendre la conciliation comme désignant à titre générique toute solution amiable apportée à un litige et par médiation toute recherche de la résolution d'un différend obtenue par l'intervention d'un tiers extérieur à celui-ci* » (11).

Mais la mission de ce tiers peut avoir une portée fort différente selon ce que les parties attendent de lui. Si les parties désirent recevoir de lui une décision, celle-ci ne sera pas forcément représentative d'une position à laquelle elles adhèrent. La situation est par contre différente si le tiers amène peu à peu les parties à se rallier à une position « médiane » acceptable pour chacune d'entre elles, servant de base à un accord transactionnel définitif.

C'est pourquoi on peut se demander s'il est juste d'assimiler le mode de « *Dispute Review Board (DRB)* » ou « *Dispute Adjudication Board (DAB)* » à la médiation contractuellement préconstituée. Il y a certes une préconstitution contractuelle dans la mesure où les règles d'intervention du tiers sont déterminées par une clause du contrat liant les

– the mediation itself, sometimes characterized as "simple mediation",

– the mediation contractually pre-constituted (summarized below),

– the mediation in the form of a simulated exercise ("Mini-Trial"),

– the direct mediation by the representatives of the general direction of each party ("Senior Executive Appraisal"), which corresponds to a "Mini-Trial" without a mediator-president,

– the joint consultation of a legal expert or an independent expert ("Early Trial Evaluation"), system used for example in Switzerland with the "Schiedsgutachten" or in Holland with the "Bindend Advies",

– the mediation-arbitration,

– arbitration limited by the arbitrator between the offers made respectively by the parties ("Baseball or Final Offer Arbitration"),

– the mediation and arbitration between respective offers of the parties ("Mediation and Last Offer Arbitration, Medaloa").

These systems are as such the means offered to the parties to conciliate the dispute, disagreement or an absence of agreement subject to a vague contract.

For certain authors, mediation and conciliation are synonyms. For others, "one can usefully understand conciliation as designating generically all amicable solution of a dispute, and by mediation, all seeking of a resolution of a dispute obtained by the intervention of a third party exterior to the dispute".

However the mission of the third party can be greatly different from that which the parties expect. If the parties wish to obtain a decision from the third party, it will not necessarily reflect a position of the parties. The situation is on the contrary different if the third party slowly leads the parties to support a middle position which is acceptable by each of them, serving as the basis of a definitive transactional agreement.

That is why one is led to ask the question if it is fair to assimilate the "Dispute Review Board (DRB)" or "Dispute Adjudication Board (DAB)" with the mediation pre-contractually constituted. There is certainly a contractual constitution to the extent that the rules guiding a third party are determined by one contractual clause binding the parties and the identity of the

third party (one person or a group of three people) is revealed as soon as the contract is applied.

Nevertheless, the moment a DRB is called to render a decision, subsequent consultation of the files and the hearing of the parties, it must conduct itself according to a more or less formal proceeding only allowing for one limited contingency which is the seeking of a consensus among the parties concerned. Some will have observed that the decision of the DRB can not be binding and will assume the form of a recommendation. However, since the latter may not remain "suspended", it is necessary, in order for the procedure to be functional, that the parties announce within a specific time period if they intend or not to apply it.

Being constrained within the decisional process, a DRB becomes like an "arbitration having original or first jurisdiction". Such is the way the group of experts function in the Channel Tunnel.

Contrary to a DRB, there is a possibility to contractually provide for a group of experts to institute a necessary procedure at the time of the occurrence of a dispute, before definitively submitting the issue to a civil court or an arbitration court. The issue there is similarly to determine if such an organism will rather act as a mediator by issuing recommendations likely to lead to a transaction, or as a pre-arbitration procedure organized in order to render opinions which constrain the party, will depend on the functioning rules set forth and similarly, to a certain extent, the attitude of the experts.

III. ON "DRB'S", "DAB", COMMITTEE AND "PANEL" OF EXPERTS

1. Origin and Examples of the "DRB"

Due to difficulties encountered during judicial proceedings, the public/community groups and private business notably American commencing in the 70's have favored soft methods of dispute resolution. It was not until the 90's that such dispute resolution was developed with respect to international construction contracts following a first attempt in 1980 concerning the hydroelectric development of Cajon (Honduras). It has an increasing tendency of expanding under different headings, that from the impetus

parties et que l'identité du tiers (une personne ou un collège de trois personnes) est choisie dès la mise en œuvre de ce contrat.

Néanmoins, dès lors qu'un DRB est appelé à rendre une décision, après consultation des dossiers et audition des parties, il doit agir selon une procédure plus ou moins formelle ne laissant plus qu'une place limitée à la recherche d'un consensus. Certains feront observer que la décision du DRB peut ne pas être contraignante et prendre la forme d'une recommandation. Mais comme celle-ci ne peut rester « dans l'air », il faut bien, pour rendre le processus opérant, que les parties annoncent dans un délai déterminé si elles entendent l'appliquer ou non.

Ainsi enfermé dans un processus décisionnel, un DRB devient une sorte d'« arbitrage de première instance ». C'est bien ainsi que fonctionnait le collège des experts du Tunnel sous la Manche.

A la différence d'un DRB, il y a la possibilité de prévoir contractuellement un collège d'experts à mettre en place obligatoirement au moment de l'apparition d'un différend, avant de le soumettre définitivement à un tribunal ordinaire ou à un tribunal arbitral. Là également, la question de savoir si un tel organisme agira plutôt en tant que médiateur en émettant des recommandations susceptibles de conduire à une transaction, ou en tant qu'instance de pré-arbitrage appelée à délivrer des avis contraignants, dépendra des règles de fonctionnement prescrites et aussi, dans une certaine mesure, de l'attitude des experts.

III. SUR LES « DRB », « DAB », COMITÉ ET « PANEL » D'EXPERTS

1. Origine et exemples du « DRB »

Face aux difficultés rencontrées dans les procédures judiciaires, les collectivités publiques et sociétés privées notamment américaines ont, dès les années 70, favorisé les méthodes de résolution « douces » de litiges (12). Au niveau des grands contrats de construction dits internationaux, ce n'est que dans les années 90, après une première tentative heureuse en 1980 avec l'aménagement hydroélectrique d'El Cajon (Honduras), que ce type de prévention/résolution a pris son essor. Il a tendance à se généraliser de plus en plus sous diverses dénominations, ceci sous

l'impulsion tant de la Banque Mondiale, de la FIDIC, de l'ICE (contrat NEC et ECC (13)) que des parties associées à la réalisation de grands projets.

Il est difficile de procéder à une distinction entre les appellations DRB (*Dispute Review Board*), DAB (*Dispute Adjudication Board*) ou comité d'experts. Cette terminologie s'explique essentiellement par leur origine :

– Le vocable DRB trouve son origine aux USA et est souvent défini comme l'une des composantes techniques ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

L'*American Society of Civil Engineers* (ASCE) semble avoir été l'instigatrice en 1989 des premières directives (14).

– La notion d'« *adjudication* » a été utilisée dans le contrat-type NEC 1991 (*New Engineering Contract*) établi sous les auspices de l'ICE. Ce n'est que fin 1996 que la FIDIC, de son côté, a émis un supplément au *Red Book* intitulé « *Dispute Adjudication Board* » (DAB). Il s'agit en fait plus d'une « révolution tranquille » du contrat FIDIC, faisant suite aux nombreuses critiques adressées à la fonction de l'« ingénieur-arbitre » (art. 67) (15). Le contrat FIDIC, par ce supplément, peut être modifié profondément : le concept de l'ingénieur (appelé en cas de litiges à endosser le rôle d'un quasi-arbitre) est abandonné. La fonction de l'ingénieur se limite à celle de représentant du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre. Un comité expertal constitué en général de 3 praticiens de la construction (juristes, ingénieurs et/ou économistes) est désigné, de préférence à la signature du contrat, et les noms sont intégrés au contrat.

– La notion d'expert ou de comité d'experts habilité à se prononcer sur un différend, bien que peu systématisée, apparaît dans plusieurs contrats. La FIDIC par exemple l'a introduite dans ses conditions générales du contrat « *Design-Build Turnkey* » (*Orange Book*).

Aujourd'hui, la plupart des grands projets ont opté, à la signature du contrat ou en cours d'exécution, pour des clauses contractuelles favorisant une résolution amiable des différends.

Pour ne citer que quelques types de DRB ou de comités d'experts mis en place ou en cours de désignation sur de grands projets internationaux financés soit par la Banque Mondiale, soit par d'autres institutions, soit par le secteur privé (projets BOT (16)), les projets suivants méritent d'être mentionnés (17) :

deriving from the World Bank, the FIDIC and from ICE (NEC and ECC contract) the parties associated in the realization of large projects.

It is difficult to proceed to a distinction between the DRB (*Dispute Review Board*), DAB (*Dispute Adjudication Board*) or the committee of experts. This terminology is explained mainly by its origin:

– The origin of the term DRB derives from the USA and is often defined as one of the technical components of ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

The *American Society of Civil Engineers* (ASCE) appears to have been the instigator in 1989 of these first directives.

– The notion of "adjudication" was used in the model contract NEC 1991 (*New Engineering Contract*) established under the auspices of ICE. It was only at the end of 1996 that the FIDIC had communicated a supplement to the Red Book entitled "Dispute Adjudication Board" (DAB). That concerns more that a "peaceful revolution" of the FIDIC contract, directing several critiques addressed at the function of the engineer-arbitrator (art. 67). The FIDIC contract, according to the supplement, may be greatly modified: the concept of the engineer (in the event of a dispute, called to take on the role of a quasi-arbitrator) is abandoned. The function of the engineer is limited to that of representing the owner or the project manager. An expert committee generally constituted by 3 construction practitioners (lawyers, engineers and/or economists) is designated, preferably upon signature of the contract, and the names are integrated into the contract.

– The notion of expert or of committee of experts authorized to decide a dispute, although minimally systematic, appears in several contracts. The FIDIC for example introduced it in its general conditions of the contract "Design-Build Turnkey" (*Orange Book*).

Today most of the large projects have opted, upon the signature of the contract or in the process of execution, for the contractual clauses favoring an amicable resolution to disputes.

The following are only some of the variations of DRB or of expert committees set up or in the process of being designated to the large international projects financed either by the World Bank, or by other institutions, or by the private sector (BOT projects), the following projects are worth mentioning:

– Lesotho Highlands Development Project (Lesotho-South Africa): contract with the series of prices with 2 DRB, or one for the dam, the other for the tunnel more than 80 km long.

– Vasco da Gama Bridge on the Tage (Portugal): a distribution contract between the Portuguese government and the distributor. Two committees of three experts each (technical and financial committees) were designated. In the contract between the distributor and the contractor, one "adjudicator" has been chosen.

– The Channel Tunnel (France/England): mixed contract in "target costs", a flat rate and flat rate + fees with a panel of 3 experts and 2 alternates.

Other important projects in process are or will soon be similarly calling for a DRB:

– in China, such as Ertran Hydro Development (hydroelectric development of 3'300 MW), the Xiaolangdi Multipurpose Project and the Longtan Hydro Development;

– in Hongkong and Bangladesh (bridges and bank protection), in India (dam of the Nathpa Jhakri) and in Sandanavia (Oresund bridge, Copenhagen mini-subway).

2. Some Leading Principles

Some experiences gained during different DRB/technical committees allow for the understanding of a certain knowledge summarized below.

a) The Flexible and/or Formal Mission of the DRB

During the construction of an important project, at some point there was a need for the parties and for the engineer (in the FIDIC meaning of the term), to seek the informal opinion of the DRB on principle issues. The contract signed between the parties and the DRB provided for an intervention according to a relatively formal and rigid scheme (time periods set forth). The parties finally renounced the main opinion, probably due to the fear of having to modify the existing contract. This was a regrettable situation since a preliminary opinion would have allowed to direct the dialogue from the beginning and would have economized the effort. That is why, during the drafting of the contract or a subsequent agreement, it could be useful to provide for an amicable dispute resolution clause at two levels, namely

• the flexible approach where the DRB/DAB functions as an advice-organism. A party or several par-

– Lesotho Highlands Development Project (Lesotho-Afrique du Sud) : contrat à la série de prix avec 2 DRB, l'un pour le barrage, l'autre pour le tunnel de plus de 80 km de long.

– Pont Vasco da Gama sur le Tage (Portugal) : contrat en concession entre le gouvernement portugais et le concessionnaire. Deux comités de 3 experts chacun (comités technique et financier) ont été désignés. Dans le contrat entre le concessionnaire et le constructeur, il a été choisi un seul « adjudicator ».

– Tunnel sous la Manche (France/Angleterre) : contrat mixte en « target costs », en prix forfaitaire et en forfaits + fee avec un panel de 3 experts et 2 remplaçants.

D'autres importants projets en cours font ou feront prochainement également appel à des DRB :

– en Chine, tels que l'Ertran Hydro Development (aménagement hydroélectrique de 3'300 MW), le Xiaolangdi Multipurpose Project et le Longtan Hydro Development ;

– à Hongkong et au Bangladesh (ponts et protection de berges), en Inde (barrage de Nathpa Jhakri) et en Scandinavie (pont d'Oresund, métro de Copenhague).

2. Quelques principes directeurs

Les quelques expériences récoltées sur ces différents DRB/comités techniques permettent de tirer les quelques enseignements résumés ci-après.

a) La mission flexible et/ou formelle du DRB

En cours de construction d'un important projet, le besoin s'est fait ressentir à un certain moment, aussi bien pour les parties que pour l'ingénieur (au sens FIDIC du terme), de solliciter « l'avis » informel du DRB sur des questions de principe. Le contrat signé entre les parties et le DRB prévoyait une intervention selon un schéma relativement formel et rigide (délais prescrits). Les parties ont finalement renoncé à l'avis de principe, de peur probablement de devoir modifier un contrat existant. Cette situation a été regrettable, car un avis préliminaire du DRB aurait permis d'orienter le dialogue dès le début et d'économiser de nombreux efforts. C'est pourquoi, lors de la rédaction du contrat ou d'un accord subséquent, il peut être utile de prévoir une clause de résolution amiable des différends à deux niveaux, à savoir

• l'approche « flexible » où le DRB/DAB fonctionne comme organisme-conseil. Par le biais d'une simple demande infor-

melle et courte, une partie ou plusieurs peuvent requérir une opinion préliminaire écrite. Cette opinion est provisoire dans le sens qu'elle ne lie ni les parties ni même le DRB et qu'elle se réfère essentiellement à des questions de principe ;

- l'approche plus « formelle » où le DRB/DAB émet soit une décision, soit une recommandation à la suite d'un processus qui permet à chacune des parties de s'exprimer totalement. La plupart des DRB et comités d'experts actuellement en activité suivent ce précepte de panel de « préarbitrage », à qui l'on pourrait, dans certains cas, reprocher son caractère formel trop rigide, trop long. Se pose alors la question de la valeur contraignante ou non de la décision. A titre d'exemple, l'on pourra citer le panel pour le Tunnel sous la Manche, qui a eu le mérite de résoudre 13 des 16 différends qui lui avaient été soumis (18). Les 3 différends restants ont été portés devant un tribunal arbitral.

b) L'avis du DRB : une décision contraignante ou une simple recommandation ?

Malgré la pertinence d'une motivation argumentée et détaillée conduisant à une décision ou à une recommandation du DRB, l'expérience montre que, dans la plupart des cas, ces dernières sont acceptées par l'une des parties en fin de course avec hésitation, à contrecœur et souvent avec « lenteur » (19). Ceci est par ailleurs une raison de plus de favoriser le principe de l'approche « flexible » du DRB, qui permet à la partie « succombante » de ne pas perdre totalement la face, voire de réorienter sa position. Trois types de contraintes sont apparus dans les différents DRB vécus par l'auteur :

- La préparation d'une décision/recommandation dans un délai prescrit qui lie les parties et les membres du DRB. Il arrive que les parties désirent avec raison limiter la durée d'intervention du DRB. Dans la plupart des cas, cette durée est fixée indépendamment du contexte (20), de la nature du différend, de l'importance des recherches, des calculs à entreprendre, des difficultés de motivation et rédaction.

L'intention de donner un délai fixe est certes louable mais peu réaliste. Tout membre d'un DRB refusera de donner un avis précipité, s'il n'est pas en mesure de se forger une opinion dans un laps de temps suffisant.

- L'acceptation d'une recommandation du DRB dans un délai prescrit. Dans le cas où cette recommandation devrait être contestée par l'une des parties, ce délai peut lui-même

ties, by a simple and short informal request, may request a preliminary written opinion. This opinion is temporary such as it does not bind either the parties or the DRB and as the opinion refers to essentially the main issues;

- the more formal approach where the DRB/DAB issues either a decision or a recommendation following a procedure that enables each of the parties to fully express its ideas. Most of the presently active DRB's and committees of experts follow the precept of pre-arbitration panel, which one can criticize, in certain cases, for its formal and overly rigid character and the fact that it is too long. One could question whether the decision is legally binding or not. As an example, one could cite the panel for the Channel Tunnel which had merit for having resolved 13 of the 16 disputes to which it was submitted. The three remaining disputes were brought before an arbitration court.

b) The Opinion of the DRB: a Binding Decision or a Simple Recommendation?

In spite of the relevance of the supported and detailed reasons leading to a decision or to a recommendation of the DRB, experience shows that, in most cases, the latter are accepted in the end by one of the parties with hesitation and often slowly. This is a further reason to favor the principle of the flexible approach of the DRB, which allows a party, which is in process of succumbing, to not totally lose face, even to the point of changing one's opinion. Three types of constraints have appeared in the different DRB experienced by the author:

- the preparation of a decision/recommendation within a set time period which binds the parties and the members of DRB. The parties may wish, and rightly so, to limit the duration of DRB's intervention. In most cases, this duration is fixed independently from the context, from the nature of the dispute, from the importance of the research, the calculations to undertake, the difficulties of a supported decision and the drafting thereof.

The intention to give a fixed time period is certainly praiseworthy but not very realistic. All members of a DRB will refuse to give a hurried opinion, if it is not possible to reach an opinion without a sufficient time lapse.

- The acceptance of a recommendation from the DRB within a specific time period. In the event that this recommendation should be contested by one of the

parties, this time period can itself set forth the commencement of the judicial proceedings. Such a proceeding may clarify the intentions, show the importance of the actions of the DRB and accelerate the procedures. On the other hand, two major problems can be noted, namely to neglect, with respect to arbitration, the practical consequences of submitting an isolated claim, to which is added other subsequent claims, and which do not allow sufficient time for reflection and for the possibility of new direct negotiations between the parties. This way to proceed is provided for in numerous contracts, for example for the bridge over "Le Tage" between the Portuguese government and the distributor.

In its supplement of the *Red Book*, Art. 67.2, the FIDIC specifies that the parties have, 28 days to express disagreement regarding the decision of the DAB. Beyond that time period, the decision of the DAB becomes binding (*becomes final and binding upon the Employer and the Contractor*). According to the other contracts, such as the World Bank/FIDIC, a time period of 56 days after the submission of the request with the DRB is granted to the DRB to prepare its written recommendation. The contract of the Bridge over the Tage gives a maximum time period of 10 days subsequent to the date of reception by the DRB of the response by the defendant!

- The immediate application of the decision of the DRB, not an instance having the effect of a stay (suspension) of proceedings, cannot delay the performance of the contract. The decision of the DRB, at the same time maintaining the exempt status of its members, may be appealed before the court jurisdiction which is provided for in the contract.

Such a process is useful to the extent that the realization of the infrastructure or industrial projects are not delayed. The snowball phenomenon with respect to the financial consequences can also be avoided.

The contracts between the distributors and the contractors of the Channel Tunnel as well as the Bridge over the Tage (majority decision) provided for this system.

That is why, taking into account the different arguments presented above, it would be reasonable to adjust the constraints according to the following scheme:

- The preparation of a decision/recommendation of the DRB should take place within a maximum time period of 60 days following the hearing of the parties. To the extent it is possible and with the agreement of

définir la date de démarrage de la procédure judiciaire. Un tel procédé a peut-être le mérite de clarifier les intentions, de montrer l'importance de l'action du DRB (rôle d'épouvantail) et d'accélérer la procédure. En revanche, deux inconvénients majeurs peuvent être cités, à savoir celui de négliger, au niveau de l'arbitrage, les conséquences pratiques du dépôt d'une revendication isolée, à laquelle s'ajouteront d'autres revendications ultérieurement, et celui de ne pas donner suffisamment de temps à la réflexion et à la possibilité d'une nouvelle négociation directe entre les parties. Cette façon de procéder est prévue dans plusieurs contrats, par exemple pour le Pont sur le Tage entre le gouvernement portugais et le concessionnaire.

Dans son supplément au *Red Book*, art. 67.2, la FIDIC spécifie que les parties ont, quant à elles, 28 jours pour exprimer leur désaccord relatif à la « décision » du DAB. Passé ce délai, la décision du DAB devient contraignante (« ...becomes final and binding upon the Employer and the Contractor »). Selon d'autres contrats, du type Banque Mondiale/FIDIC, un délai de 56 jours après le dépôt de la demande auprès du DRB est octroyé au DRB pour préparer sa recommandation écrite. Le contrat du Pont sur le Tage donne, lui, un délai maximum de 10 jours après la date de réception par le DRB de la réponse émise par la défenderesse!

- L'application immédiate de la décision du DRB, sans qu'un recours avec effet suspensif ne puisse retarder la mise en exécution. La décision du DRB, tout en conservant l'impunité à ses membres, peut faire l'objet d'un appel devant l'instance juridictionnelle prévue au contrat.

Un tel processus est utile dans la mesure où la réalisation de projets d'infrastructure ou industriels n'est pas retardée. Le phénomène de « boule de neige » au niveau des conséquences financières peut ainsi être évité.

Les contrats entre concessionnaire et entreprises du Tunnel sous la Manche ainsi que du Pont sur le Tage (décision majoritaire) ont prévu ce système.

C'est pourquoi, tenant compte des différents arguments présentés ci-dessus, il serait raisonnable de moduler les contraintes selon le schéma suggéré suivant :

- La préparation d'une décision/recommandation du DRB devrait se faire dans un délai maximum fixé à 60 jours après l'audition des parties. Dans la mesure du possible et

avec l'accord de toutes les parties, cette durée pourrait être soit raccourcie, soit rallongée à la demande du DRB ou des parties, si l'examen du cas l'exige.

– Le rejet d'une décision/recommandation du DRB ne devrait pas impliquer automatiquement le démarrage d'une procédure judiciaire. En revanche, pour rendre plus efficace la gestion du projet, il est souhaitable qu'à l'instar de la FIDIC un délai de prescription de 28 jours soit octroyé aux parties pour exprimer clairement leur éventuel refus de se soumettre à la décision/recommandation du DRB.

– La mise en œuvre d'une décision/recommandation du DRB ne doit pas être retardée par le refus de l'une des parties. Il serait souhaitable d'opter pour le caractère contraignant dans la seconde étape du processus (approche plus formelle). Ceci devrait également s'appliquer à des différends d'ordre pécuniaire, sachant qu'un manque de trésorerie peut entraîner des retards et des conséquences financières imprévisibles. En imposant un caractère contraignant à la décision du DRB (et non plus une simple recommandation!) il convient de mettre un accent tout particulier sur la composition du DRB qui devrait être formé de 3 personnes. La solution d'une seule personne, retenue au Pont sur le Tage, ne paraît pas indiquée à première vue.

c) La composition et la nomination du DRB

• Un processus semblable à celui de l'arbitrage est généralement utilisé pour la désignation des membres du DRB : en principe, chaque partie nomme « son arbitre » et les deux arbitres ainsi retenus (voire une institution) nomment le troisième arbitre. Une autre méthode pourrait être suggérée où, par exemple, chaque partie ferait parvenir à l'autre une liste de 3 experts attestant de leur indépendance. La partie opposée procéderait à la désignation de l'un des experts figurant sur cette liste.

La composition du DRB est non seulement importante pour chacune des parties, mais aussi pour les membres du DRB qui sont appelés à œuvrer ensemble. Comment réagiraient les parties si, dans une procédure amiable, il y avait divergence fondamentale entre les membres du DRB ? Il est donc suggéré à tous les acteurs d'être très vigilants lors de la désignation des membres d'un DRB. La FIDIC (21) préconise un DRB constitué de 1 ou 3 membres (pour des contrats dont le montant est supérieur à US\$ 25 millions). Le système du DRB à 3 membres peut néanmoins s'avérer intéressant pour des contrats de montants inférieurs.

all the parties, this duration could be shortened, either by extending the demand period of the DRB or of the parties, if the analysis of the case requires it.

– The rejection of the decision/recommendation of the DRB should not automatically involve the commencing of a judicial procedure. On the other hand, in order for the management of the project to be more efficient, it is desirable that following the FIDIC a time period of 28 days be granted to the parties to clearly express a possible refusal to subject themselves to the decision recommended by the DRB.

– The application of a decision/recommendation of the DRB must not be delayed by a refusal of one of the parties. It is desirable to choose the binding characteristic of the second stage of the process (a more formal approach). That should similarly apply to disputes involving money, knowing that a lack of available funds could cause delays and unforeseeable financial consequences. By imposing a binding character to the DRB decision (and no longer a simple recommendation!) one should emphasize the composition of the DRB which should consist of three persons. The solution derived by one person, accepted by the Bridge over the Tage, does not at first appear indicated.

c) The Composition and the Nomination of DRB

• A proceeding resembling an arbitration is generally used to designate the members of the DRB: in principle, each party nominates "its arbitrator" and the two arbitrators accepted (even an institution) then nominate a third arbitrator. Another method could be suggested where each party will transmit to the other a list of three experts certifying their independence. The opposing party would proceed to the designation of one of the experts noted on the list.

The composition of the DRB is not only important for each of the parties, but also for the members of the DRB which are called upon to work together. How should the parties react if, in an amicable procedure, there was a fundamental difference between the members of the DRB? It is thus suggested to all the actors to be very vigilant during the designation of the members of a DRB. The FIDIC recommends that a DRB be constituted by one to three members (for the contracts the amounts of which are greater than US \$25 million). The system of the DRB of three members can nevertheless turn out to be interesting for contracts concerning small amounts of money.

Each project should evaluate the costs in taking into consideration the duration of the project, the displacements to be performed and the risks incurred.

• Certain contracts, due to the multidisciplinary quality required, have a tendency of integrating several DRB in order to take into account the technical, financial and legal aspects. The FIDIC, in advising against the creation of numerous DRB, for the reason that the parties already risk a disagreement on the DRB itself, is made aware nevertheless of the principle of the designation by a DRB of one person for each of the main disciplines in the disputes... Such a choice appears to be strongly opposed since, following the lists of specialized experts authorized by the courts, feared and criticized by users and their advisers, the large infrastructure and industrial projects are characterized by an inter-penetration between the different areas of expertise. For example, how is one to determine the value of damages without determining the particular technique as well as the specific contract?

It would appear more judicious and efficient to designate those who have a comprehensive education (multidisciplinary), having different expertise specialists capable of understanding the issues in the general context and who, according to need and, subsequent to a special consultation of specialists in a particular area, are capable of giving an authorized opinion concentrating all the facets discussed above.

• Some practitioners of dispute resolution express reservations concerning the participation of engineers in an arbitration court. The same applies to certain CEO's of businessmen, administrators and engineers that are skeptical with respect to the integration of lawyers into a DRB. Such restrictive opinions reflect a lack of comprehension between two people with complementary training requested to engage in a dialogue and especially a lack of foresight with respect to the efficiency, psychologically as well as with respect to factual determinations, of the DRB in the resolution of disputes.

The main reason for this reluctance with respect to the lawyer, other than a lack of understanding of the matter, is probably the fear of rendering the proceedings oriented toward the legal nature thereof and a fear of retreating from the major objective: that of a pragmatic evaluation of the matter by the administrator as opposed to a purely theoretical assessment. This fear, which is also that of a potential user, is not totally unfounded if one were to observe certain by-products of the arbitration (understanding and jurisdiction of the civil court, duration and costs of the procedure etc.). The management of a large contract

Chaque projet devrait en évaluer le coût en tenant compte de la durée du projet, des déplacements à effectuer et des risques encourus.

• Certains contrats, face à la pluridisciplinarité requise, ont tendance à intégrer plusieurs DRB pour tenir compte à la fois des aspects techniques, financiers et légaux (22). La FIDIC, tout en déconseillant la création de plusieurs DRB, pour le motif que les parties risquent déjà un désaccord au sujet du DRB à consulter, s'ouvre néanmoins au principe de la désignation d'un DRB à une personne pour chacune des disciplines principales du contentieux... Un tel choix paraît devoir être vivement déconseillé car, à l'instar des listes d'experts spécialisés agréés par les tribunaux (23), redoutées et critiquées par les utilisateurs et leurs conseils, les grands projets d'infrastructure et industriels sont caractérisés par une interpénétration entre les différents domaines d'expertise. Comment par exemple vouloir estimer la valeur d'un dommage sans en estimer le cadre technique et contractuel ?

Il paraît donc plus judicieux et efficace de désigner des personnalités polyvalentes, des « spécialistes en généralités » capables d'appréhender la ou les questions dans leur ensemble et qui, au besoin et après consultation ponctuelle de spécialistes « pointus », sont en mesure de donner un avis autorisé regroupant toutes les facettes susmentionnées.

• Quelques « praticiens » du conflit émettent des réserves quant à la participation d'ingénieurs au sein d'un tribunal arbitral. Il en va de même pour certains chefs d'entreprises, gestionnaires et ingénieurs qui voient d'un mauvais œil l'intégration de juristes au sein d'un DRB. De telles opinions restrictives reflètent un manque de compréhension entre deux formations complémentaires qui sont appelées à dialoguer et surtout un manque de vision quant à l'efficacité, aussi bien psychologique que dans les faits, du DRB dans la résolution d'un différend.

La raison principale affichée pour cette réticence à l'égard du juriste, outre la méconnaissance de son activité, est probablement la crainte de voir le processus se « juridicaliser » et dériver par rapport à l'objectif de base : celui de l'évaluation pragmatique du terrain par le gestionnaire par rapport à une appréciation purement théorique. Cette crainte, qui est aussi celle de l'utilisateur potentiel, n'est d'ailleurs pas totalement infondée si l'on observe certaines dérives de l'arbitrage (compréhension et compétence du tribunal, durée et coûts de la procédure etc.). La gestion d'un grand

contrat repose à la fois sur des aspects techniques, financiers, contractuels, politiques, de gestion et de communication. Il s'agit donc d'un tissu complexe, où une appréciation du différend requiert plusieurs facettes pragmatiques. Il est donc indispensable que toutes ces composantes puissent être appréciées par un DRB « pluridisciplinaire ». C'est pourquoi le DRB doit pouvoir compter sur la présence d'un gestionnaire compétent (ingénieur, économiste ou juriste) dans le domaine contractuel, avec expérience dans la procédure civile et/ou arbitrale. Ceci étant généralement rare pour un ingénieur ou économiste, la présence d'un juriste pragmatique, expérimenté et proche des réalités techniques pourrait ainsi être d'un grand secours au sein d'un DRB.

Le même type de réflexion existe pour la désignation du collège arbitral, où un ingénieur ayant des connaissances juridiques et la pratique de l'arbitrage peut, par ses suggestions et ses explications, avoir un effet sécurisant non seulement pour ses collègues arbitres juristes mais également pour les parties. Dans la procédure, il s'agira d'ailleurs de ne pas confondre la mission d'arbitre avec celle de l'expert éventuellement nécessaire dans le cadre de l'instruction de l'arbitrage.

d) Le cadre d'intervention du DRB

- L'intervention d'un DRB se caractérise par le suivi continu et régulier de la réalisation (par le biais de visites sur le site, de rapports mensuels, de correspondances, de rapports divers) pour permettre par la suite, et à la requête de l'une des parties, l'émission sans retard sous forme écrite d'une opinion, recommandation ou décision.

Pour que l'intervention du DRB se déroule sous les meilleurs auspices et dans des délais courts, une visite régulière sur site est indiquée tous les 3-4 mois au minimum. Pour des réalisations « à proximité », où les visites peuvent se dérouler à moindres frais et de manière plus ponctuelle, il peut être utile, notamment pour les questions ayant trait au déroulement/programme des travaux, de prévoir des visites plus rapprochées (par exemple bimensuelles, voire même mensuelles, en assistant à titre d'auditeur aux réunions de chantier principales entre maître d'ouvrage et entreprises).

Une désignation préalable d'un DRB et, par la suite, sa mise en veilleuse jusqu'à l'apparition du conflit est inopérante (Pont sur le Tage, contrat entre le gouvernement et le concessionnaire). Dans un tel cas, il conviendrait plutôt de recourir à la technique de la médiation.

concerns simultaneously technical, financial, contractual, political, management and communication aspects. It therefore concerns a complex web where an assessment of the dispute requires several pragmatic facets. It is thus indispensable that all the components can be assessed by the multidisciplinary DRB. That is why the DRB must be able to count on the presence of a competent manager (engineer, economist or lawyer) in the field of contracts, with experience in civil procedure and/or arbitration. Such being a rarity among engineers or economists, the presence of a pragmatic lawyer, experienced and with an understanding of the technical aspects could thus be a great contribution to the DRB.

The same reflection exists for the designation of the arbitration group, where an engineer having legal knowledge and experience in the practical aspects of arbitration can, by his suggestions and explanations, have a reassuring effect not only on his lawyer/arbitrator colleagues but also a reassuring effect on the parties concerned. It is important in the proceedings not to confuse the arbitration mission with that of the expert perhaps necessary for the arbitration investigation.

d) The Intervention of the DRB

- The intervention of a DRB is characterized by the continual and regular pursuit of the realization of the project (by visiting the site, monthly reports, communications by letter, different reports) to enable thereafter, and at the request of one of the parties, the rendering without delay of an opinion, recommendation or decision in writing.

In order for the intervention of the DRB to take place under the best circumstances and in a short time period, a regular on-site visit is scheduled every 3 to 4 months at a minimum. For the realizations which are near where the visits can take place more often and at less cost, it could be useful, notably for the issues concerning the work operation, to provide for more frequent visits (for example bi-monthly, even monthly, participating as an auditor in the main work area meetings between the owner and the businesses).

The preliminary designation of a DRB and following its being set aside until the appearance of the conflict is inoperable (Bridge over the Tage, contract between the government and the distributor). In such a case, it would be better to refer the matter to the techniques of mediation.

• One of the primary concerns of a party requesting a decision from the DRB is the duration of the intervention of the DRB and to see its technical or financial petition taken into account as quickly as possible. The time period for the interventions is thus of major importance and is one of the principle reasons, apart from his privileged position as "actual witness", for which the DRB progressively follows the works. This issue of the time period is of course linked to the quality of the decision. That is why, as it becomes evident that the decision of the DRB must be within the shortest time period, it must however be sufficiently long to allow for a serious assessment.

A new rehash of the "FIDIC" (without the intervention of the Engineer in the process set forth by Article 67) made a weak attempt to solve this issue by imposing fixed time periods in advance, independent from the issues in question. That anticipated the attribution of a maximum time period of 84 days to the DRB to render the decision supported by an explanation. In practice, such a time period can prove to be too short or too long. It would be worthwhile to allow the DRB the flexibility of fixing such a time period with the parties concerned. As a result, in certain extreme cases, the decision may be required quasi-immediately, even though in other cases, beyond provisional measures, the decision is not required on an emergency basis and could be requested over a longer period of time. More flexibility is required and consequently a re-drafting of the clause.

It should be noted however that, if one were to benefit from the reopening of the FIDIC to limit the rôle of the Engineer in the process of dispute resolution, that is a very recent alternative (the end of 1996). The main version still remains that the Engineer has the obligation of playing a rôle of quasi-arbitrator and to render a decision. The intervention of the DRB in such a situation is burdensome and unsatisfactory: it can only commence after obtaining a decision from the Engineer (having himself 84 days maximum to render a decision) and the communication, by the plaintiff, of a notification setting forth his intention to commence arbitration procedures within 70 days.

In practice, a business which could not reach a decision with the Engineer (who is often the representative of the client and sometimes even the client himself...) must wait nearly 6 to 8 months subsequent to having filed his petition before receiving a decision from the DRB (84 days for the decision of the Engineer plus the necessary time for the analysis of the decision and the preparation of submission to the DRB, plus the time for the intervention of the

• L'un des soucis primordiaux d'une partie requérant une décision du DRB est la durée de l'intervention du DRB et de voir sa requête technique ou financière prise en compte au plus vite. Le délai d'intervention est donc d'importance majeure et c'est l'une des raisons principales, mise à part sa position privilégiée de «témoin en temps réel», pour laquelle le DRB suit progressivement les travaux. Cette question de délai est bien sûr liée à la qualité de la décision. C'est pourquoi, si à l'évidence le temps nécessaire à l'établissement de la décision du DRB doit être le plus court possible, il doit cependant être suffisamment long pour permettre une appréciation sérieuse.

La nouvelle mouture du «FIDIC» (sans intervention de l'ingénieur dans le processus de l'art. 67) a tenté maladroitement de régler cette question en voulant imposer des délais fixés à l'avance, ceci indépendamment des questions débattues. Elle préconise d'attribuer un délai maximum de 84 jours au DRB (24) pour rendre une décision motivée. En pratique, un tel délai peut s'avérer trop court ou trop long. Il conviendrait donc de laisser le DRB libre de fixer un tel délai de concert avec les parties. En effet, dans les cas extrêmes, la décision peut être requise de façon quasi immédiate, alors que dans d'autres cas, à l'abri de mesures provisionnelles (25), la décision n'a pas de caractère d'urgence et peut demander plus de temps. Une flexibilité s'impose donc avec, comme conséquence, un réaménagement de cette clause.

Il convient de relever cependant que, si l'on peut se réjouir de l'ouverture de la FIDIC à limiter le rôle de l'ingénieur dans le processus de résolution des litiges, il ne s'agit que d'une alternative très récente (fin 1996). La version «phare» reste encore celle où l'ingénieur a l'obligation de jouer un rôle de quasi-arbitre et de rendre une décision (26). L'intervention du DRB dans un tel contexte est lourde et insatisfaisante : elle ne peut démarrer qu'après obtention d'une décision de l'ingénieur (qui lui-même dispose de 84 jours au maximum pour donner sa décision) et l'envoi, par la demanderesse, d'une notification informant de son intention de démarrer la procédure arbitrale dans les 70 jours.

En pratique, une entreprise qui n'a pu trouver un accord avec l'ingénieur (qui est souvent le représentant du client et parfois même le client lui-même...) doit attendre près de 6-8 mois après avoir déposé sa requête, avant d'avoir une décision du DRB (84 jours pour la décision de l'ingénieur plus le temps nécessaire à l'analyse d'une telle décision et à la préparation de la soumission au DRB, plus le temps

pour l'intervention du DRB y compris audiences et préparation du rapport). Les parties devraient donc renoncer à tout prix à l'article 67 de la version du contrat FIDIC 1992, trop rigide, et adopter la nouvelle version « FIDIC » remodelée, qui tiendrait compte des suggestions présentées ci-dessus.

- L'intervention des membres du DRB devrait se limiter à la mission qui leur a été confiée. En aucun cas, il ne devrait être permis ultérieurement à l'un ou à plusieurs de ses membres d'intervenir à titre d'arbitre ou de conseiller de l'une des parties.

En revanche, il serait souhaitable pour la transparence des débats que l'intervention du DRB et ses écrits soient portés à la connaissance des arbitres et que, le cas échéant, les membres du DRB puissent être entendus à titre de témoins.

- En soumettant un différend à un DRB, les parties ont le souci de présenter leur position. Pour ce faire, il est impératif que le DRB établisse au préalable (avant qu'un cas ne lui soit soumis) des règles de procédure simples (27) et claires qui, elles-mêmes, dépendent de la nature, de l'importance et de la complexité du cas. La FIDIC (28) a eu le mérite de dresser des règles de procédure générales qui, dans l'intérêt des parties et du déroulement harmonieux de la procédure DRB, nécessitent d'être précisées.

- Tout en distinguant les deux échelons d'intervention du DRB décrits ci-devant (approche flexible et approche plus formelle), il peut être souhaitable, lorsque l'une des parties sollicite une décision du DRB, de prévoir une intervention en 2 temps :

une décision sur le ou les principes, laissant la porte ouverte à de nouvelles négociations entre les parties au sujet du quantum, qu'elles sont souvent mieux à même d'appréhender dans un court délai (par exemple moyens informatiques disponibles) ;

– une décision sur le quantum, au cas où aucun résultat satisfaisant pour les deux parties n'a été atteint ou si les parties désirent, à ce stade, l'intervention du DRB pour d'autres motifs.

Un tel système est vivement recommandé pour autant que le contexte dans lequel le DRB doit œuvrer reste continu et souple.

- En effet, un DRB ou tout autre collège d'experts appelé à intervenir de cas en cas, doit disposer d'une réelle liberté de manœuvre, bien entendu acceptée et contrôlée par les

DRB including hearings and the preparation of the report). The parties should thus at all cost renounce Article 67 of the FIDIC contract version 1992, being overly rigid, and adopt the new reworked version "FIDIC", which would take into account the suggestions below:

- The intervention of the members of the DRB should be limited to their mission. In no case, it should be subsequently allowed that one or many of its members intervene as an arbitrator or advisor of one of the parties.

On the other hand, it would be desirable for the transparency of the debates that the intervention of the DRB and its writings be made known to the arbitrators and that eventually the members of the DRB can be heard as witnesses.

- In submitting the dispute to the DRB, the parties are concerned with presenting their position. It is thus required that the DRB establish in advance (before a case is submitted to it) simple and clear procedure rules which are subject to the nature, the importance and complexity of the case. The quality of the FIDIC was demonstrated in drafting general procedure rules which, in the interest of the parties and to the harmonious operation of the DRB procedure, need to be specified.

- In distinguishing the two categories of intervention of the DRB set forth above (flexible and more formal approach), it is desirable, when one of the parties seek a decision of the DRB, to provide for a two-step intervention:

– a decision on one or many principles, leaving the door open to new negotiations between the parties with respect to the specified quantity/quantum, that they are best understood in a short time period (for example available computers).

– a decision on the specified quantum/specified quantity, in the event that no satisfying result for the two parties was attained or if the parties prefer, at that stage, the intervention of the DRB for other reasons.

Such a system is strongly recommended, since the context that the DRB must be open, remains continuous and flexible.

- In fact, a DRB or any other groups of experts called to intervene on a case by case basis, must have a true freedom to manoeuvre, of course being accepted

and supervised by the parties, in order to reach a transactional agreement in the process of development and also avoid a dispute to be submitted to the civil courts.

The truth of this postulate can be illustrated by the following example of a group of experts provided for in the contract, constituted the occurrence of the first dispute, and which could have continued functioning following the model of a DRB:

– A disagreement occurred between a quasi-public European business and a consortium of 25 European businesses concerning the interpretation of the turnkey contract clauses regarding the study and the construction of an infrastructure project, with the presence of an American association of engineers alongside a European owner. The dispute concerned the extent of the realization of the turnkey operation, on the plans, on the time periods and on the acceleration measures.

– The contract included a two-step dispute resolution clause:

(i) by an expert opinion or by conciliation;

(ii) by submitting to the civil jurisdiction of the country of the owner.

The expert requirements provided for a group of three members submitting a ruling by majority vote and authorized to make statements as well as recommendations binding the parties up to the decision rendered by administrative jurisdictions in the event of the contesting of the opinion.

– The owner opposed to the use of an expertise concerning a sector considered too vast and too vague, notably due to what was submitted to the administrative jurisdictions, a petition relating to the same dispute where it questioned the competence of the experts. Consequently, the group of experts was required to render a decision on the principle of its own competence (constituting one of the points of disagreement in the interpretation of the contract), then it decided to commence operations (acknowledging the contract and the specific techniques, visits to work yards, hearings of the parties).

Simultaneously, the negotiations took place between the parties, indubitably favored by the dialogue which was reestablished relating to the expertise. They announced the signature of the transactional contract a little more than one year subsequent to the application of the expertise by the consortium.

– The Knowledge to be gained from this case is that, despite the mission assigned to the college of experts

parties, pour parvenir à un accord transactionnel en cours de projet et éviter ainsi un litige perdurant finalement reporté au tribunal.

La véracité de ce postulat peut être illustrée par l'exemple suivant du collège d'experts prévu par le contrat, constitué à la survenance du premier différend, et qui aurait pu continuer à fonctionner à l'instar d'un DRB :

– Un désaccord est survenu 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 d'un projet d'infrastructure, avec présence d'une société d'ingénieurs américaine aux côtés du maître d'ouvrage européen. Le différend portait sur l'étendue de la réalisation clé en mains, sur les plans, sur les délais et sur les mesures d'accélération.

– Le contrat comportait une clause de règlement des litiges « à deux étages » :

(i) par une expertise ou par voie de conciliation ;

(ii) par soumission aux juridictions du pays du maître de l'ouvrage.

Les modalités d'expertise prévoyaient un collège de trois membres statuant à la majorité et habilité à faire des constatations aussi bien que des recommandations contraignantes liant les parties jusqu'à décision des juridictions administratives en cas de contestation.

– Le maître de l'ouvrage s'est opposé à la mise en œuvre d'une expertise portant 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. Par conséquent, le collège d'experts a dû se prononcer sur le principe de sa propre compétence (constituant l'un des points de désaccord sur l'interprétation du contrat), puis a décidé de commencer ses travaux (prise de connaissance du contrat et des spécifications techniques, visites des chantiers, audition des parties).

Parallèlement, des pourparlers ont eu lieu entre les parties, indubitablement favorisés par le dialogue restauré dans le cadre de l'expertise. Elles ont annoncé la signature d'un accord transactionnel un peu plus d'un an après la mise en œuvre de l'expertise par le consortium.

– L'enseignement à tirer de ce cas est que, malgré la mission assignée au collège d'experts d'aboutir à des recom-

mandations contraignantes (donc à des décisions contraignantes), ce qui aurait pu laisser supposer un cadre procédural assez rigide, le processus a prospéré favorablement grâce à plusieurs facteurs :

(i) 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 de l'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 ;

(ii) de la part de la CCI :

- * désignation judicieuse et rapide du tiers-expert ;

(iii) de la part des experts :

- * instauration d'un climat de confiance entre les parties, y compris la société d'ingénieurs ;

- * 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 cultures en présence ;

- * volonté clairement affichée de remplir complètement la mission d'expertise confiée, malgré les objections et actions parallèles du maître de l'ouvrage.

— Cette intervention a permis de contribuer au règlement amiable du différend et cela a été rendu possible grâce à l'absence d'un contexte trop formel susceptible d'empêcher les experts de mener leur travaux. « *Face aux objections du maître de l'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 de l'ouvrage de participer à l'expertise, sur le rapprochement des parties, et finalement sur la conclusion d'une transaction* » (29).

3. Déroulement-type d'une médiation

L'intervention d'un DRB tient de la volonté réelle des parties à rechercher un compromis. Son déroulement peut se schématiser selon le graphique présenté ci-après.

to make binding recommendations (thus binding decisions), which could have given the impression of the existence of a rather rigid procedure, the proceeding favorable prospered due to several factors attributed:

(i) to the parties:

- * continuous determination of the consortium to apply word for word the contractual clause authorizing the recourse to the expertise;

- * pragmatic attitude of the owner in participating in the expertise projects in spite of objections and parallel actions;

- * receptivity of the parties concerning the preliminary opinions given by the college/group of experts;

(ii) to the ICC:

- * judicious and designation of the third-party expert;

(iii) to the experts:

- * the institution of a climate of confidence among the parties, including the Engineers Society;

- * the seeking of a consensus within the group of experts in avoiding the decision by majority vote;

- * the taking into account of the sensitive cultural differences involved;

- * the clear will to completely carry out the mission of experts, despite objections and parallel actions of the owner.

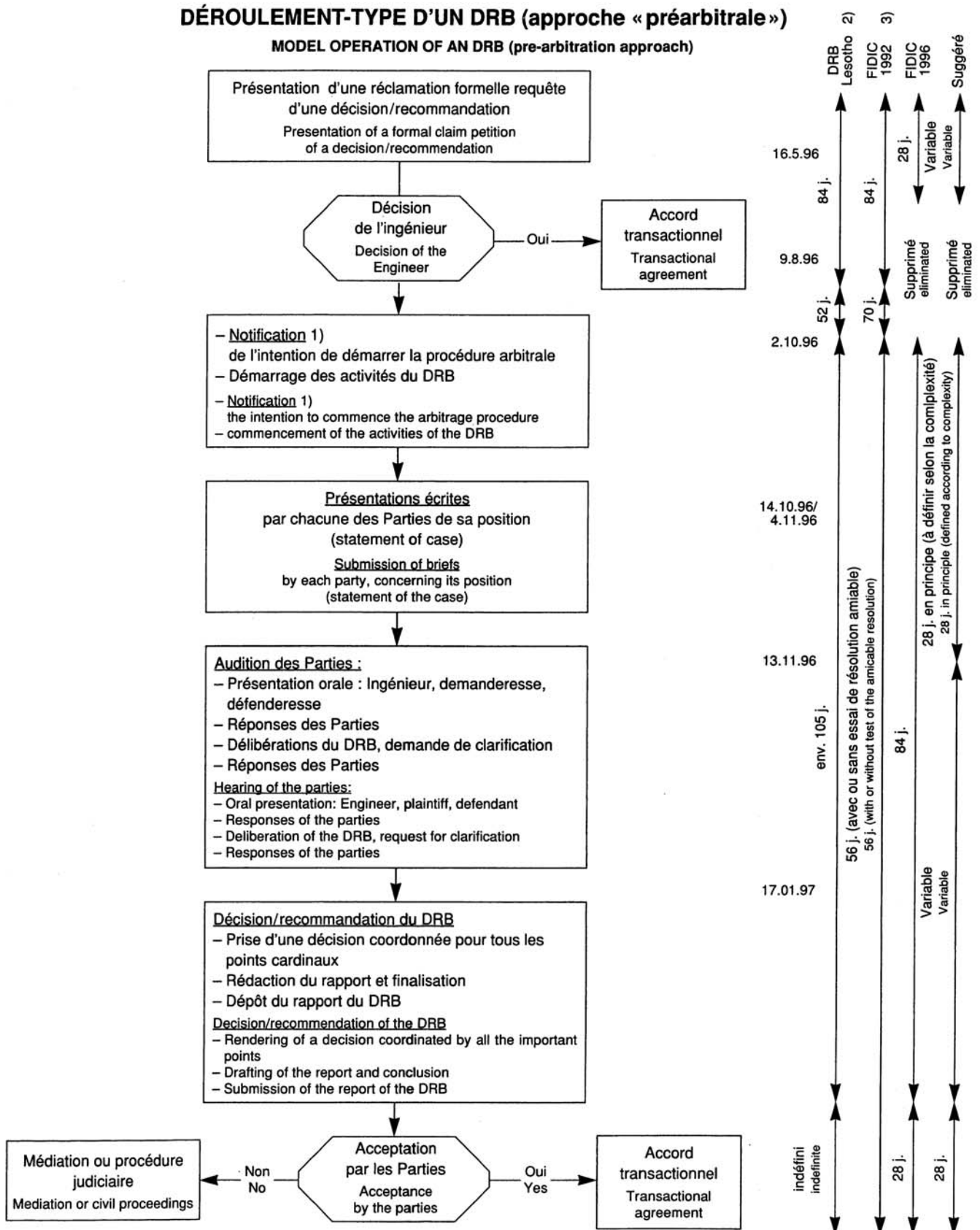
— This intervention enabled to contribute to an amicable resolution of the dispute and that was made possible due to an absence of an overly formal setting susceptible of preventing the experts from carrying out their work. "In the face of objections of the owner, the experts nevertheless decided to pursue their investigation. This decision was no doubt influential with respect to the decision of the owner to participate in the expertise, with respect to the convergence of the parties and finally with respect to the conclusion of a transaction".

3. The Model Operation of a Mediation

The intervention of a DRB takes its strength in the true will of the parties to seek a compromise. Its operation could function according to the graph presented below.

DÉROULEMENT-TYPE D'UN DRB (approche « préarbitrale »)

MODEL OPERATION OF AN DRB (pre-arbitration approach)



1) Avec remise de la requête adressée à l'Ingénieur et de la décision de l'Ingénieur.

2) Requête comprenant plusieurs réclamations complexes.

3) "Dispute Adjudication Board" selon supplément au contrat FIDIC 1996.

L'expérience montre que les succès obtenus grâce à ce mode d'intervention sont significatifs (30), pour ne pas dire impressionnants (31). Aux États-Unis par exemple, plus de la moitié des projets de tunnel (au nombre de 108) prévoyaient en 1991 l'intervention d'un DRB (États de Washington, Californie et Texas). Aucun différend ne semble avoir été porté devant les tribunaux.

IV. SUR LA MÉDIATION

1. La médiation et la procédure d'arbitrage

• Dès lors que par médiation, on entend la recherche de la *résolution d'un différend avec l'aide d'un tiers actif*, c'est moins le mode de résolution qui compte que l'attitude des parties et leur ouverture d'esprit à vouloir rechercher cette résolution. Même l'arbitrage, surtout s'il est plus conçu comme un arbitrage contractuel que juridictionnel, peut créer des conditions propres à une conciliation. Le simple fait de porter le différend devant un tiers, qu'il s'agisse d'un médiateur, d'un DRB, d'un tribunal arbitral, oblige les parties à synthétiser leurs positions, à faire comprendre leurs arguments, ce qui permet à chacune de mieux apprécier ses forces et ses faiblesses.

Il est à cet égard symptomatique d'observer que, d'après les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (32), une demande d'arbitrage sur trois a abouti en moyenne au prononcé d'une sentence au terme d'une procédure complète. Les deux tiers environ des retraits ont eu lieu avant qu'un tribunal arbitral soit saisi de l'affaire. Un retrait sur quatre s'est produit pendant le processus de rédaction de l'acte de mission et 10 % des retraits sont intervenus après la signature de cet acte.

C'est donc bien la preuve qu'il existe souvent chez les parties, même si elles apparaissent farouchement prêtes à faire triompher leurs points de vue devant un tribunal arbitral, un désir plus ou moins inavoué de parvenir à une conciliation.

• Par sa propre attitude, par sa manière de conduire les débats, le tribunal lui-même peut ouvrir la voie à la conciliation. Si le tribunal a commis un expert, celui-ci peut être expressément sollicité de concilier les parties si faire se peut (33). Les auteurs de ces lignes ont vécu plusieurs cas où la parfaite collaboration du tribunal et de son expert a permis aux parties de se concilier sur l'ensemble du différend, par-

Experience shows that the successes obtained due to this type of intervention are substantial, even impressive. In the United States, for example more than 50 % of the tunnel projects (108), in 1991 provided for the intervention of a DRB (in the States of Washington, California and Texas). No dispute appeared to have been submitted to the civil court jurisdictions.

IV. MEDIATION

1. Mediation and Arbitration Procedure

• During mediation, one means the search for *the resolution of a dispute with the assistance of an active third party*, the means of resolution are less important than the attitude of the parties and their openness to a solution. Even arbitration, especially if it is conceived more like a contractual arbitration than jurisdictional, may create conditions for conciliation. The simple fact of submitting a dispute to a third party, be it a mediator, a DRB or an arbitration court, requires the parties to synthesize their positions, to make their arguments to be understood, which allows each one to better understand its strengths and weaknesses.

It is accordingly symptomatic to observe that according to the statistics of the International Court of Arbitration of the ICC, an average of one out of three requests for arbitration proceeded to a decision subsequent a complete proceeding. Approximately two-thirds of them were withdrawn before the matter was referred to an arbitration tribunal. One withdrawal out of four took place during the process of the drafting of the act of the mission and 10 % of the withdrawals took place subsequent the signature of the act.

As such, there is proof that the parties often have, even those that appear aggressively prepared for their arguments to triumph before the arbitration court, a more or less un-confessed desire to reach an agreement.

• Reflecting its own approach, by its way of conducting the debates, the court itself may instigate the conciliation process. If the court has appointed an expert, the latter could be expressly solicited to conciliate the parties if possible. The authors have experienced several cases where the perfect collaboration of the court and its expert enabled the parties to conciliate on the totality of the dispute, sometimes

by way of a partial decision rendered by the court, or to agree on several detailed points leaving the fundamental points to be resolved by the court decision.

From that perspective, the ADR techniques are naturally complementary to arbitration which, far from competing therewith, enrich the means with which the parties can conciliate their disputes. However, the techniques should be applied with flexibility and openness in order to avoid, as noted above, that they lose their efficiency due to excessive procedural formalism.

- The frontier between the jurisdictional path and the one followed by consensus is not always easy to describe. That was demonstrated with respect to the DRB/DAB in the preceding chapter. Such an organism functioning with a flexible approach is represented by pre-constituted mediation. On the other hand, if it is called to render a binding decision, it becomes almost equivalent to an arbitration, of first instance.

In any case, what is important is the will of the parties to reach an agreement, independent of the more or less formal character of the means used. That is precisely because the method chosen will be the most flexible possible that renders the conciliation possible. The preceding example of a group of experts required to act within a rigid framework in order to be able to render a binding decision has clearly demonstrated that a transaction was obtained – one could be tempted to say – not due to that group but due to the influence exercised on the direct and parallel negotiations engaged in by the parties, thanks to the absence of overly formal rules.

Why then did the parties not reach this result themselves, without the intervention of a third party?

2. The Mediation in the Negotiation Process

It is always difficult for the parties to know at what moment to discontinue the direct negotiation phase between each other, during which the interests and opinions diverge. What is certain is that experience demonstrates that it is wise to proceed early enough to a conclusion of "failure". With the objective of engaging in diplomacy or in the protection of commercial interests, even a hope overly maintained for a transactional solution, the negotiations become bogged down. In addition, at the risk of over-generalizing,

fois sur la base d'une sentence partielle du tribunal, ou de se mettre d'accord sur de nombreux points de détail en ne laissant que les objets fondamentaux à la décision du tribunal.

Vues sous cet angle, les techniques ADR sont bien des compléments naturels de l'arbitrage qui, loin de le concurrencer, viennent enrichir la palette des moyens à disposition des parties pour se concilier. Mais encore faut-il que ces techniques soient mises en œuvre avec souplesse et ouverture d'esprit afin d'éviter, ainsi que relevé précédemment, qu'elles perdent leur efficacité à cause d'un formalisme excessivement procédural.

- La frontière entre la voie juridictionnelle et la voie consensuelle n'est pas toujours aisée à délimiter. On l'a montré au sujet du DRB/DAB au chapitre précédent. Un tel organisme fonctionnant avec une approche «flexible» est représentatif d'une médiation préconstituée. Par contre, s'il est appelé à émettre une décision contraignante, il devient quasiment l'équivalent d'un arbitrage de première instance.

Mais, en fin de compte et quitte à se répéter, c'est la volonté des parties de parvenir à un accord qui importe, indépendamment du caractère plus ou moins formel du mode retenu. Ce sera précisément parce que la formule choisie sera la plus souple possible que la conciliation aura des chances d'aboutir. L'exemple précédent d'un collège d'experts supposé agir dans un cadre rigide pour être en mesure d'émettre une décision contraignante a bien montré que la transaction a été obtenue – serait-on tenté de dire – non pas grâce à ce collège mais «à cause» de l'influence exercée sur les négociations directes et parallèles engagées par les parties, ce qu'a permis l'absence de règles trop formelles.

Alors, pourquoi les parties ne sont-elles pas parvenues à ce résultat d'elles-mêmes, sans l'intervention d'un tiers ?

2. La médiation dans le processus de négociation

Il est toujours difficile pour les parties de savoir à quel moment s'arrête la phase de négociation directe entre elles dont les opinions et intérêts divergent. Ce qui est certain, et l'expérience le montre, c'est qu'il est sage de procéder suffisamment tôt à un constat «d'échec». En effet, dans un objectif de soi-disant diplomatie ou protection d'intérêts commerciaux, voire d'un espoir trop soutenu d'aboutir à un règlement transactionnel, les négociations s'enlisent. Même

s'il peut paraître hasardeux de généraliser, cette façon d'agir peut être souvent assimilée à une erreur de gestion. Elle peut également engendrer un sentiment de culpabilité des acteurs d'avoir été incapables de « gérer » la négociation.

- En suite immédiate à la négociation dite directe, des techniques de résolution amiables ont vu le jour, comme le « *Mini-Trial* » de Zurich ou le « *Partnering* » suggéré par le *Corps of Engineers* de l'armée américaine et les *Associated General Contractors of America* (AGC) (34).

L'idée du *Mini-Trial* (35) est d'impliquer les hautes instances dirigeantes de chacune des parties, sous la présidence d'une personnalité tierce indépendante, avec l'ambition de trouver une solution rapide au différend. Un tel système permet d'utiliser la position stratégique et neuve du dirigeant et de faire abstraction de connotations personnelles, qui ont généralement tendance à fausser le débat.

Le *Partnering* (36) consiste en une approche plus consensuelle, où les parties s'emploient, pas à pas, à comprendre les objectifs réels et les motivations de chacune des parties, ceci dans l'optique tant du succès du projet que du résultat acceptable pour chacune des parties. Le *Partnering* est conduit par un tiers « *facilitator* », dans un climat d'étroite coopération, sur la base d'une « charte » signée par tous les acteurs impliqués dans la réalisation du projet. Cette charte fait état des objectifs et des axes de coopération principaux de tous les acteurs,

- Toutes ces techniques de négociation, qui se trouvent à mi-chemin entre la négociation directe et la négociation indirecte (médiation/DRB), sont, semble-t-il, peu utilisées. Le nombre de cas traités et les résultats obtenus restent dans leur ensemble d'ailleurs peu connus.

Ce n'est qu'avec une conjonction de nombreux facteurs que ces techniques peuvent voir le jour et être couronnées de succès. Elles restent complémentaires aux techniques plus éprouvées du DRB et de la médiation où la confidentialité reste malheureusement un obstacle à la diffusion des expériences réalisées.

- A la différence du DRB ou de « *l'Adjudicator* » qui a comme mission de donner une décision ou recommandation après avoir entendu les parties, la médiation est un processus de négociation indirecte où l'attitude et l'ouverture des parties jouent un rôle essentiel. Le médiateur a comme objectif de trouver un compromis avec les parties, finalisé, si faire se peut, par un règlement transactionnel.

zation, this overreacting can be often considered as a management error. The fact that the actors are incapable of managing the negotiation could similarly engender a feeling of guilt.

- Immediately following the direct negotiation, the techniques of amicable resolution were applied, such as the « *Mini-Trial* » in Zurich or the « *Partnering* » suggested by the *Army Corps of Engineers* and the *Associated General Contractors of America* (AGC).

The idea of the *Mini-Trial* is to involve the highest governing bodies of each of the parties, presided by an independent third party, with the ambition of finding a rapid solution to the dispute. Such a system allows for the utilization of the strategic, new position of the director and to generalize the personal connotations, which have a general tendency of distorting the debate.

Partnering consists of an approach which is more by consensus where the parties strive, step by step, to understand the real objectives and motivations of each of the parties, for the purpose of the success of the project as well as the result acceptable to each party. *Partnering* is conducted by a third party « *facilitator* », in an atmosphere of close cooperation, on the basis of a charter signed by all the actors involved in the realization of the project. This charter states objectives and the principle axes of cooperation between all the actors.

- All the negotiation techniques, which are found at a half-way point between the direct negotiation and the indirect negotiation (mediation/DRB) are apparently seldom used. The number of cases handled and the results obtained remain rather unknown.

It is only in conjunction with a number of factors that these techniques could be implemented and be successful. They remain complementary to the techniques experienced by the DRB and mediation, where unfortunately confidentiality requirements remain an obstacle to the diffusion of realized experiences.

- As opposed to the DRB or the « *Adjudicator* », which have a mission to render a decision or recommendation after hearing the parties, the mediation is a process of indirect negotiation whereby the attitude and the openness of the parties play an essential role. The mediator has the goal of seeking a compromise between the parties and ending up with a transactional resolution of the dispute.

The success of such an amicable resolution method depends on the quality, on the feeling of openness of the parties involved and the competencies, and on the diplomacy of the mediator.

The mediation can be distinguished from conciliation by the fact that the former concerns an active method of an amicable resolution of disputes, where the mediator decides on the merits of the dispute. As opposed to the DRB, it is a method occasionally applied which can intervene at any stage of the project, in order to resolve one or several disputed points concretized into calculated numbers and having already been the object of direct negotiations. Experience shows that mediation is more often used at the end of the project when the object realized is not in conformity with the contractual specifications and/or the financial/administrative issues remain unresolved.

• To attempt to illustrate the different forms that the mediation can adopt, the techniques used and the consequences that a potential user can expect from this type of amicable resolution, one could reference five examples characteristic of several very different mediations:

– the infrastructure works in Europe where the members of the consortium seriously disagreed regarding the allocation of important financial assets for the completion of the works (Case A).

– a complex heavy industry (foundry) in Central Europe, a realized turnkey project, where the unsatisfactory performance guaranties blocked the procedures concerning the receipt and release of the bank guaranties (Case B).

– a transport project in Central Africa, where the financial claims concerned the modifications of the works, delays and acceleration of the works, led a mainly American business and a European subcontractor to seek an amicable solution by mediation (Case C);

– a complex textile industry in Northern Africa, realized by a European company, where the rendering of the works did not occur due to several factors, such as the deterioration of the installations coupled with an obstacle to the payment owed to claimants, and a threat to the application of a bank guaranty (Case D);

Le succès d'une telle méthode de résolution amiable dépend donc à la fois de la qualité, du sens d'ouverture des parties engagées et des compétences, de la diplomatie du médiateur.

La médiation peut être différenciée de la conciliation par le fait qu'il s'agit d'une méthode active de résolution à l'amiable de différends, où le médiateur s'exprime sur le fond du différend. Contrairement au DRB, c'est une méthode ponctuelle pouvant être engagée à n'importe quel stade du projet, pour résoudre une ou plusieurs questions litigieuses concrétisées en chiffres et ayant déjà fait l'objet de négociations directes. L'expérience montre que la médiation est le plus souvent engagée à la fin d'un projet, lorsque l'objet réalisé n'est pas conforme aux spécifications contractuelles et/ou que des questions financières/administratives restent en suspens.

• Pour tenter d'illustrer les différentes formes que peut prendre la médiation, les techniques utilisées et les conséquences qu'un utilisateur potentiel peut attendre de ce type de résolution amiable, il sera fait référence à cinq exemples caractéristiques de médiation vécus, très différents dans leur déroulement :

– un ouvrage d'infrastructure en Europe où les membres d'un consortium étaient en profond désaccord au sujet de la répartition d'importants actifs financiers à l'achèvement des travaux (cas A) ;

– un complexe d'industrie lourde (fonderie) en Europe centrale, réalisé clés en main, où les garanties de performance insatisfaisantes ont bloqué le processus de réception et la libération des garanties bancaires (cas B) ;

– un projet de transport en Afrique centrale, où les revendications financières ayant trait à des modifications de travaux, délais et accélération des travaux, ont conduit une entreprise principale américaine et une société sous-traitante européenne à rechercher une solution amiable par voie de médiation (cas C) ;

– un complexe d'industrie textile en Afrique du Nord, réalisé par une entreprise européenne, où la réception des travaux n'avait pu avoir lieu en raison de plusieurs facteurs, comme la dégradation des installations avec, à la clé, un blocage des paiements dus ou contestés, et la menace d'une mobilisation de garantie bancaire (cas D) ;

– un projet de développement industriel européen en joint-venture où, avant de saisir le tribunal arbitral, les parties ont voulu une conciliation effectuée dans le cadre du règlement de la CCI (cas E).

3. Les deux types de médiation

Parmi les différentes méthodes de négociation indirecte pratiquées, les deux types de médiation suivants méritent d'être évoqués.

a) La médiation «en coup de poing»

- Les parties donnent instruction au médiateur de procéder à une médiation dans un laps de temps continu et limité (par exemple 2 à 3 jours de négociation indirecte), ce qui n'exclut pas la nécessité d'une période de préparation plus ou moins longue.

Les parties se mettent ainsi sous pression en convenant, tacitement ou non, qu'en cas d'échec de la médiation, la prochaine étape sera le recours à l'arbitrage dans un délai fixé.

- Dans le **cas A** (ouvrage d'infrastructure – différend entre membres d'un consortium européen), la médiation imposée a été plus courte que le temps utilisé pour la nomination des médiateurs. Les deux médiateurs désignés, après avoir brièvement pris connaissance des prétentions écrites des parties, avaient la mission de tenter une médiation en l'espace de 2 jours seulement. Après avoir entendu les parties durant la première journée, les médiateurs ont tenté dans la seconde journée tout d'abord d'exprimer leur opinion d'un point de vue qualitatif. Ils ont par la suite requis des propositions chiffrées qui, malgré leurs efforts répétés, n'ont pas pu conduire à un règlement transactionnel. Cette tentative s'est donc soldée par un échec. Quatre mois plus tard, les parties ont cependant transigé sur un montant peu différent de celui suggéré dans le rapport motivé des médiateurs.

L'enseignement tiré de cette intervention est qu'une médiation en coup de poing ne donne guère de résultat immédiat. Si le cas A s'est finalement soldé par une transaction, c'est, d'une part parce que le rapport motivé des médiateurs a influencé l'attitude des parties, mais surtout du fait que chacune des parties se sentait obligée de protéger ses intérêts futurs face à l'autre. Une médiation était-elle nécessaire ou seul l'avis d'un tiers aurait-il suffi ?

– a European project of industrial development in the form of a joint-venture where, having referred the matter to the Arbitration court, the parties wanted a conciliation within the framework of the ICC (Case E).

3. The Two Types of Mediation

Among the different methods of indirect negotiation practiced, the following two types of mediation should be discussed:

a) The "en coup de poing" Negotiation

- The parties instruct the mediator to proceed through the mediation during a known and limited time period (for example a period of 2 to 3 days for direct negotiation), which does not exclude the necessity of a more or less extended preparation period.

The parties commit to a tacit or non tacit covenant that, in the event of failure of the mediation, the next step would be the recourse to arbitration within a set time period.

- In the **Case A** (infrastructure work – dispute between different members of a European consortium), the mediation imposed was shorter than the time used for the selection of the mediators. The two designated mediators, after having briefly acknowledged the written arguments of the parties, were responsible for conducting the mediation for only a two-day period. After having heard the parties the first day, the mediators attempted during the second day first to express their opinion. They subsequently requested quantified proposals which, in spite of repeated efforts, did not lead to a transaction resolution. This attempt ended thus in failure. After four months, the parties however agreed on an amount only slightly different from the one suggested in the report by the mediators.

The knowledge gained from this intervention is that a mediation "en coup de poing" does not obtain immediate results. If Case A finally results in a transaction, it is on the one hand because the report of the mediators had influenced the attitude of the parties, and especially due to the fact that each party felt obligated to protect its future interests with respect to the other parties. Is a mediation necessary or is only an opinion from a third party necessary?

- The method called " en coup de poing " can perhaps be efficient if, on the one hand, in the case where the negotiation is already extended, more extensive preliminary work should have been conducted (notably preparation of clear and complete files of each of the parties, submitted in advance and at the same time to the mediators) and on the other hand if a clear and true desire exists between the two parties to rapidly reach an agreement. That presupposes also that the mediator had been able to have advanced knowledge of the files. A third ingredient certainly consists of the competence and the attitude of all the parties present (including that of the mediator).

- In addition, the case submitted to the mediator should not, in this system, be overly complex and/or multifaceted requiring too much detail. The mediation must be able to focus on the essential elements. This method remains essentially fragile with respect to the result and should be characterized as "go for broke".

b) Mediation by Successive Steps

- The parties attempt to present their arguments in a relaxed fashion, to progressively support them when the need arrives and to discuss openly with the mediator all the strong and weak points of the case. The mediator becomes a quasi "confessor" to each of the parties and has the important privilege of using confidential information, without revealing the arguments to the other party, arguments that the mediator could use, in the event of failure, in a subsequent arbitration (for example the amount to which a party may agree).

- In **case B**, (heavy industry in Central Europe – dispute between buyer and seller), the mediator has commenced his intervention in a heavy and difficult atmosphere, where only the principle of mediation was able to be agreed upon, the parties having declined, during the first meeting, to present their position in the presence of the other party (too many emotions!) The profound disagreement having dealt with the performance of guaranties and to the quality of manufactured products, the mediator had proceeded without delay to a first visit to the factory. Then he met with each party separately. The position of the parties is presented in the following way: one of the parties believed that the installation realized did not function, although the other party believed that the labor was not able to run the unit.

- La méthode dite en coup de poing peut être efficace si, d'une part, dans le cas d'une négociation déjà longue, un travail en profondeur a pu être entrepris au préalable (notamment préparation de dossiers clairs et complets de chacune des parties, remis à l'avance et en parallèle au médiateur) et, d'autre part, s'il existe une volonté manifeste et réelle des deux parties à arriver rapidement à un accord. Elle présuppose en plus que le médiateur ait pu prendre connaissance à l'avance de ces dossiers. Un troisième ingrédient consiste certainement en la compétence et en l'attitude de toutes les parties en présence (y compris celles du médiateur).

- En outre, les cas soumis au médiateur ne devraient pas, dans cette formule, être d'une trop grande complexité et/ou multifacettes nécessitant d'entrer trop dans le détail. La médiation doit pouvoir se concentrer sur l'essentiel. Cette méthode reste cependant fragile quant au résultat et pourrait être qualifiée de « quitte ou double ».

b) La médiation par étapes successives

- Les parties tentent de présenter leurs arguments en toute sérénité, de les étayer au besoin progressivement, de discuter avec le médiateur en toute ouverture les points forts et faibles du cas posé. Le médiateur devient un quasi « confesseur » de chacune des parties et aura le redoutable privilège d'utiliser les confidences recueillies en aparté, sans pour autant révéler à l'autre partie des arguments qu'elle serait à même d'utiliser, en cas d'échec, dans un arbitrage (par exemple le montant sur lequel une partie est prête à transiger).

- Dans le **cas B** (industrie lourde en Europe Centrale – différend entre acheteur et vendeur), le médiateur a démarré son intervention dans une atmosphère lourde et difficile, où seul le principe de la médiation a pu être convenu, les parties ayant décliné, au cours de la première réunion, de présenter leur position en présence de l'autre partie (trop d'émotions mises à nu !). Le profond désaccord ayant trait aux garanties de performance et à la qualité des produits fabriqués, le médiateur a alors procédé sans délai à une première visite contradictoire de l'usine. Ensuite, il a entendu les deux parties séparément. D'une façon liminaire, la position des parties se présentait comme suit : l'une des parties estimait que l'installation réalisée ne fonctionnait pas alors que l'autre partie estimait que la main-d'œuvre n'était pas apte à faire fonctionner l'unité.

A la suite de ces réunions et d'une analyse des documents remis, le médiateur a suggéré aux parties de procéder à un nouveau test de performance, réalisé seul par l'acheteur et concentré sur 3 jours, seul moyen lui permettant d'apprécier sérieusement la situation et d'assister concrètement les parties. Le vendeur était présent mais n'était pas autorisé à faire de quelconques observations. L'organisation *a posteriori* de tels essais requiert des préparatifs préalables non négligeables, notamment une remise en état des installations et la mobilisation, par le médiateur, de plusieurs inspecteurs (permettant d'identifier en continu – toutes les 6 minutes – ce qui s'était passé pendant l'essai à chacun des postes importants).

Après ces essais et une analyse des produits fabriqués, le médiateur a de nouveau rencontré chacune des parties séparément. L'objectif de ces réunions était la présentation détaillée des résultats et de l'opinion préliminaire du médiateur. Une discussion ouverte s'est alors engagée entre le médiateur et chacune des parties séparément. Chaque partie a ainsi pu encore présenter son point de vue sur la base des résultats obtenus.

Sur la base du document final déposé après 4 mois d'intenses travaux, les parties ont été alors en mesure de régulariser une situation qui s'était détériorée depuis plus d'une année à l'issue du test de performance contesté.

• Dans le **cas C** (projet de transport en Afrique centrale – différend entre entreprises principale et sous-traitante), la médiation s'est opérée sur la seule base des documents présentés par les parties. Il est intéressant de relever dans l'accord que les parties :

- avaient sollicité l'intervention de deux médiateurs extérieurs à chacune des sociétés, mais désignés par chacune d'entre elles ;
- avaient fixé comme objectif premier de tenter de trouver un arrangement par le biais de la négociation indirecte. L'objectif final était expressément défini comme la préparation d'un rapport écrit résumant l'avis des médiateurs pour régler le différend, de façon à permettre aux parties elles-mêmes de prendre les décisions appropriées ;
- avaient convenu à l'avance, en cas d'échec de la médiation, d'une date de réunion dans les 6 semaines suivant la parution du rapport du médiateur.

La médiation s'est tout d'abord soldée par un échec : les arguments techniques, financiers et contractuels des média-

Following these meetings and an analysis of the documents submitted, the mediator suggested to the parties to proceed to a new performance test, performed only by the buyer and for a 3-day period, the only way allowing him to seriously assess the situation and to concretely assist the parties. The seller was present, but was not authorized to make any observations. The organization *a posteriori* of such tests required non negotiable preliminary preparations, notably a revamping of the installation and the mobilization, by the mediator, of several inspectors (enabling to continuously identify, every 6 minutes, what occurred during the test at each important position).

After the tests and an analysis of the manufactured products, the mediator again met each one of the parties separately. The objective of these meetings was to present the details of the results and the preliminary opinion of the mediator. An open discussion was then commenced between the mediator and each of the parties separately. Each party was thus able to present its point of view on the basis of the results obtained.

On the basis of the final document submitted after 4 months of intense work, the parties were able to then normalize the situation which had deteriorated for more than one year subsequent to the issue of the contested performance test.

• In **Case C** (transport project in Central Africa – dispute between the principle businesses and the subcontractor), the mediation operated on the only basis of the documents presented by the parties. It is interesting to reveal in the agreement that the parties:

- had solicited the intervention of two exterior mediators to each of the businesses, but designated by each of them;
- had set as a first objective to attempt to find an arrangement by way of indirect negotiation. The final objective was expressly defined as the preparation of the written report summarizing the opinion of the mediators to resolve the dispute, in a way to allow the parties themselves to take the appropriate decisions.
- had agreed in advance, in the event of the failure of the mediation, on a date for a meeting within 6 weeks following the report of the mediator.

The mediation first was unsuccessful: the technical, financial and contractual arguments of the mediators

certainly allowed, during the first phase, a concrete reconciliation but it was insufficient. In the second phase, the commercial arguments led the parties to a new reconciliation, but still insufficient to allow a transactional agreement. It was only during the third phase, based on a written report, that the parties reached a decision.

A posteriori, this mediation could be qualified as a double success: it was inspirational on the one hand since the result was finally obtained by the parties themselves, and on the other hand since the context was difficult (one of the mediators was the author of the claims of one of the parties – which the other party knew in advance).

• In **case D** (industrial complex in Northern Africa – dispute between the buyer/exploiter and seller), the parties had already commenced an ICC arbitration proceeding. The arbitration court had been constituted in February with the simultaneous designation of an expert. In March the parties decided to freeze the arbitration and to grant to the expert already designated the mission of amicable arbitrator within the framework of a mission to be defined. At the end of June the parties agreed on the mission that the amicable arbitrator could speak with the parties and visit the site. At the end of November, five months later, a transactional agreement was signed, following two days of discussions with the parties and at the dawn of the third day, after an intense night of three-way negotiations, conducted by the mediator assisted by two colleagues.

The process of mediation by successive stages was thus achieved with success by a "en coup de poing" style of negotiation. The amicable expert was subsequently granted the mission of the supervision of the perfect execution of the agreement that took place without difficulty. What were the factors that contributed to this happy ending?

The parties:

– the negotiation by the responsible parties designated by the highest level of management of each party equipped with full authority (the lawyers principally intervening during the drafting of the transactional agreement);

– faith in the value of mediation and the will to reach an agreement;

– the choice of a non-specialist expert who was assisted by two competent assistants.

teurs ont certes permis, en une première phase, un rapprochement concret mais insuffisant. Dans une deuxième phase, les arguments commerciaux ont conduit les parties à un nouveau rapprochement, mais toujours insuffisant pour permettre un accord transactionnel. Ce n'est finalement qu'en troisième phase, sur la base du rapport écrit, que les parties sont parvenues à un accord.

A posteriori, cette médiation peut être qualifiée de double succès : motivant, d'une part parce que le résultat a été atteint finalement par les parties elles-mêmes et, d'autre part, parce que le contexte était difficile (l'un des médiateurs avait été l'auteur des réclamations de l'une des parties – ce que l'autre partie savait au préalable).

• Dans le **cas D** (complexe industriel en Afrique du Nord – différend entre acheteur/exploitant et vendeur), les parties avaient déjà engagé une procédure d'arbitrage CCI. Le tribunal arbitral avait été constitué en février avec la désignation concomitante d'un expert. En mars, les parties ont décidé de geler l'arbitrage et de confier à l'expert déjà désigné une mission d'amiable compositeur dans le cadre d'une mission à définir. A fin juin, les parties se mettaient d'accord sur cette mission que l'amiable compositeur a commencé en entendant les parties et en visitant le site. Fin novembre, soit cinq mois plus tard, un accord transactionnel était signé, après deux journées de discussion avec les parties et à l'aube d'une troisième journée, après une éprouvante nuit d'intense négociation tripartite, conduite par le médiateur assisté de deux de ses confrères.

Le processus de médiation par étapes successives s'est ainsi achevé avec succès par une négociation du style « coup de poing ». L'expert amiable s'est vu en outre 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 négociation par des responsables désignés au plus haut niveau de chaque partie et munis de pleins-pouvoirs (les avocats étant principalement intervenus 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 ;

– le choix d'un expert généraliste qui s'est entouré de deux sages compétents.

De la part du médiateur :

- la recherche d'un « *win-win game* » à l'avantage de chacune des deux parties, par identification des objectifs stratégiques que chacune visait par la procédure de médiation ;
- de par sa formation de généraliste, la mise en balance de problèmes d'ordre textile avec des difficultés liées à la nature du sol engageant la responsabilité du maître de l'ouvrage ;
- la connaissance des cultures respectives des parties et la conduite des réunions en conséquence.

• Le **cas E** (développement industriel – différend entre deux sociétés européennes) aurait probablement été conduit selon la même méthode de médiation. En l'occurrence, une transaction est intervenue sans même que le conciliateur désigné par la CCI (qui entendait bien se comporter comme un médiateur actif au sens de la distinction indiquée dans cet article) n'ait rencontré les parties. Sur la base des dossiers établis par les parties, il a tout naturellement informé les parties sur la procédure (légère) qu'il envisageait 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 une 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 : « *Aucune signification particulière ne doit être attachée à l'utilisation du mot « conciliation » dans le Règlement, par opposition, par exemple, au mot « médiation ». Bien que l'on établisse souvent une distinction entre ces deux termes, le Règlement de conciliation de la CCI est rédigé de manière si générale qu'il devrait permettre toute forme de « conciliation » ou de « médiation », quelle qu'en soit l'acception* » (37).

• Ces exemples démontrent que chaque médiation a ses caractéristiques propres et qu'il est difficile de généraliser. Avec une approche à la fois rigoureuse et souple et avec un peu de bonne volonté, des arrangements peuvent être trouvés. Les parties demanderesse de la médiation ont intérêt, outre la mise en place du dispositif, à rédiger un accord non seulement sur les modalités de la médiation, mais égale-

The mediator:

– the seeking of a “*win-win game*” which benefited each of the two parties, by identifying the strategic objectives that each one wished to achieve by the mediation procedure;

– by his generalist education, the balancing of textile problems with the difficulty linked to the nature of the soil which engaged the responsibility of the owner;

– the knowledge of the respective cultures of the parties and his striving to conduct the meeting in accordance therewith.

• **Case E** (industrial development – dispute between two European companies) was probably conducted according to the same mediation method. In that case, a transaction intervened without the conciliator being designated by the ICC (which expected to conduct itself like an active mediator within the meaning of the distinction indicated in this article) having met the parties. On the basis of the files established by the parties, he had naturally informed the parties with respect to the procedure (light) that he envisaged and asked them for complementary information. He had probably indicated to the parties where he intended to pursue more completely his investigations and allowed them to feel the strengths and weaknesses of their respective positions, on which they based their announcement that they had reached a decision by direct negotiation.

This positive result is incontestably due to the strong will of the parties to avoid arbitration procedures. The conciliator in question however could not refrain from thinking that one of the successful factors is the liberty that he exercised under the Rules of conciliation of the ICC to conduct those operations: “*No particular meaning should be attached to the use of the word ‘conciliation’ in the Rules, in contrast with the word ‘mediation’.* Although one often makes a distinction between these two terms, the CCI conciliation Rules is drafted in such a general way that it should allow all forms of ‘conciliation’ or of ‘mediation’, whatever be the meaning”.

• These examples demonstrate that each mediation has its own characteristics and that it is difficult to make generalizations. With an approach which is rigorous as well as flexible and with a little good will, arrangements can be made. The plaintiffs in the mediations should, apart from the setting up of the mechanism, draft an agreement not only on the requirements of mediation but equally on what will

take place in the event of the failure of mediation (continuation of negotiations, delays, referral to arbitration, use of the report etc.).

4. The Mediation Mechanism

- Once the parties have agreed on the principle to engage in mediation, the first difficulty is to find and to agree on the name of the appropriate person or persons.

As a general rule, when one party proposes one or several names, the other party has the tendency of considering that the proposals submitted by the other party are biased. It is thus already difficult concerning the principle of agreeing on the name of a unique mediator. In addition, the complexity of the project can require several areas of competence.

The referral to a third instance mandated by the proposal or nomination of an expert, such as the International Center of Expertise of the ICC, can be indicated. However, the parties have usually a double hesitation: to address the problem to ICC, since they wrongly believe that they would get caught up in the ICC system and to commit already to the arbitration procedure; and the reticence to see only one person, unknown to one or both parties, be in control of their destiny. To avoid this difficulty and to avoid at this stage the heavy system of the pre-arbitration type group of three persons, a mediation with two persons can turn out to be the optimal solution.

- This method has been chosen with success in Case C discussed earlier. The fact that one of the two mediators was also the author of the claims by the plaintiff did not prevent the mediators to initiate the amicable solution of the dispute. After having heard the parties, the mediators had to admit that their opinions were not convergent. The different attempts however enabled a first conciliation of the parties, but insufficient to resolve the matter. Subsequent to their mediation attempt, the mediators then drafted a detailed report, which only set forth the respective proposals of each mediator, without any reference to the amounts and arguments advanced by the parties during their meeting with the mediators.

It was only on the basis of the written qualified and quantified arguments of the mediators, the trust in the

ment sur ce qui adviendrait en cas d'échec de la médiation (reprise de négociation, délais, recours à l'arbitrage, utilisation de rapport etc.).

4. Le dispositif de médiation

- Une fois que les parties se sont entendues sur le principe de réaliser une médiation, la difficulté première est de trouver et de s'entendre sur le nom de la ou des personnes idoines.

Généralement, lorsqu'une partie propose un ou plusieurs noms, l'autre partie a tendance à considérer que la proposition émise par la partie adverse est biaisée. Il est donc déjà difficile sur le principe de s'entendre sur le nom d'un médiateur unique. En outre, la complexité d'un projet peut requérir plusieurs domaines de compétence.

Le recours à une instance tierce mandatée pour la proposition ou la nomination d'un expert, comme le Centre International d'Expertise de la CCI (38), peut s'avérer indiqué. Cependant les parties ont en général une double réticence : celle de s'adresser à la CCI car elles ont, à tort, l'impression de mettre le doigt dans « l'engrenage CCI » et de s'engager déjà dans la voie de la procédure arbitrale ; et celle de voir une seule personne, « inconnue » de l'une ou des deux parties, prendre en charge leur « destinée ». Pour contourner cette difficulté et éviter à ce stade le lourd système du collège de type préarbitral de 3 personnes, une médiation par l'intermédiaire de 2 personnalités peut s'avérer la solution optimale.

- Cette formule a été choisie avec succès dans le cas C évoqué précédemment. Le fait que l'un des 2 médiateurs ait même été l'auteur du dossier de revendications de la demanderesse, n'a pas empêché les médiateurs d'initier la résolution amiable du litige. Après avoir entendu les parties, les médiateurs ont dû admettre entre eux que leur opinion n'était pas convergente. Les différentes tentatives ont cependant permis un premier rapprochement des parties, mais insuffisant pour conclure. A l'issue de leur tentative de médiation, les médiateurs ont alors rédigé un rapport motivé et détaillé qui ne faisait état que des propositions respectives de chaque médiateur, sans aucune référence aux chiffres et arguments avancés par les parties lors de leur réunion avec les médiateurs.

Ce n'est que sur la base des arguments qualitatifs et quantitatifs écrits et motivés des médiateurs, de la confiance

témoignée (par la demanderesse au médiateur nommé par la défenderesse) et de l'intérêt à ouvrir le champ à une éventuelle collaboration future, que les parties ont finalement transigé, au cours d'une seule réunion ultérieure fixée au préalable dans l'accord de médiation.

- En conclusion, tenant compte du fait qu'une médiation à trois est lourde, qu'un médiateur unique est difficile à désigner, que ce dernier peut nécessiter une assistance, qu'il est souhaitable qu'il puisse échanger ses propres vues avec une tierce personne, le recours à la médiation à deux personnes peut être une solution intéressante à plus d'un titre.

5. Les choix de l'utilisateur

- Le succès d'une médiation dépend non seulement de la qualité et de la compétence des responsables de chaque partie mais aussi de celles des médiateurs. *A priori*, tout différend peut et devrait faire l'objet d'une tentative de médiation, car l'expérience montre qu'un climat lourd et difficile peut ainsi évoluer vers une attitude plus détendue voire conviviale ; une absence initiale d'ouverture à un compromis peut se transformer en un dialogue.

- Le premier choix à faire sera donc celui de la médiation « en coup de poing » ou de la médiation « par étapes successives ». La médiation « en coup de poing » étant une méthode quasi forcée, le succès de la médiation dépendra de la volonté réelle et de la préparation des parties. Le médiateur aura peu la possibilité de convaincre chacune des parties progressivement. Il lui incombera plutôt d'exprimer rapidement une opinion. Les chances de succès dans un tel cas peuvent paraître plus faibles, notamment s'il s'agit d'un différend entre un gouvernement et une société de droit privé ou entre deux mentalités différentes (par exemple une société d'un pays en voie de développement et une entreprise d'un pays industrialisé). Les seuls avantages qui puissent être invoqués pour la médiation « en coup de poing » sont probablement son coût et sa durée. Une préparation préalable adéquate est néanmoins indispensable. L'inconvénient de la médiation « coup de poing » est qu'elle est risquée et nécessite un environnement bien particulier où les deux parties ont de fortes raisons d'éviter l'arbitrage et sont contraintes de trouver un arrangement (pression politique, commerciale etc.). Un tel système peut trouver sa confirmation par exemple auprès d'entreprises au sein d'un consortium ou entre entreprise principale et entreprise sous-traitante.

mediator (by the plaintiff for the mediator nominated by the defendant) and the interest in an eventual future collaboration, that the parties finally agreed, during the course of only one meeting subsequently set in advance by the mediation agreement.

- In conclusion, taking into account the fact that one mediation out of three is heavy, that a unique mediator is difficult to designate, that the latter may need assistance, that it is desirable that he be able to exchange his views with a third party, the referral to the mediation by two persons could be interesting for many reasons.

5. The Choice of the User

- The success of mediation not only depends on the quality of the competence of the person in charge of each party but also that of the mediators. *A priori*, mediation should be attempted by all parties to a dispute, since the experience demonstrates that a heavy and difficult atmosphere could also evolve into a more relaxed attitude even user-friendly, a initial absence of an opening toward a compromise could easily be transformed into a dialogue.

- The first choice to make is thus mediation "en coup de poing" or the mediation by "successive stages". The mediation "en coup de poing" being a method quasi-forced, the success of the mediation will depend on a true will and the preparation of the parties. The mediator will have little opportunity to progressively convince each one of the parties. It will rather be his responsibility to rapidly express an opinion. The chances of success in such a case could appear weak, notably concerning a dispute between the government and a private business or between two different mentalities (for example a business in a developing country and a business from an industrial nation). The only advantages that can be invoked for the "en coup de poing" are probably the cost and its duration. The negative aspect of the "en coup de poing" mediation is that it is risky and it depends on a very particular environment, where the two parties have strong reasons for avoiding arbitration and are constrained to finding an arrangement (political, business pressure etc.). Such a system could find its confirmation for example in business within a consortium or between the main business and the subcontractor.

- The second choice is that of the selection of mediators and the detailed method of mediation.

At first, all competent persons, independent and blessed with common sense should be able to play a role as a mediator, independently from one or other type of mediation. Has not the principle of mediation been used throughout the ages? The interests being considerable and vital for each party, it is worthwhile, as in the framework of the designation of an arbitration court, to proceed without precipitation and to start out on the right foot!

Not only should the mediator have sufficient knowledge of management at a technical, financial and contractual level, but he should be independent, have good sense and be available. He must be similarly able to gain the respect and the trust of the two parties by way of an opening of the dialogue with different languages and mentalities, by a sense of stimulated diplomacy and especially by the knowledge linked to the dispute resolution by way of the civil courts. The experience in mediation is an important supplementary asset.

It is thus important for each party to choose its multidisciplinary person. The issue is not to know if it is necessary to have a lawyer or an engineer: it is just as well to have a practitioner/lawyer with a great understanding of technical problems as an engineer which is interested in legal aspects which can assume such a role if they possess the qualities announced above.

6. An Example of Mediation Technique

- The different examples set forth below confirm that several techniques can be envisaged. The nature of the contract and the disputes as well as the context in which the mediation takes place and the constraints of each party influence the choice of the mediation technique. It would be thus risky to give a simple "kitchen recipe".

- The example developed below is thus to be used but not without reservations. It is to be adapted according to the criteria set forth above and to the respective will of the parties. This example provides for the mediation taking place in 5 phases:

1. *Preliminary phase*, when the mediators are informed of the contents of the files of the parties and agree with the parties with respect to the procedure;

- Le deuxième choix est celui de la sélection des médiateurs et par là de la méthode détaillée de médiation.

A première vue, toute personne compétente, indépendante et dotée de bon sens devrait être en mesure de jouer le rôle de médiateur, indépendamment de l'un ou l'autre type de médiation. Le principe de la médiation n'a-t-il pas été utilisé de tous temps ? Les intérêts étant considérables et vitaux pour chacune des parties, il convient, comme dans le cadre de la désignation d'un tribunal arbitral, de procéder sans précipitation et de miser sur le « bon cheval » !

Non seulement le médiateur devrait posséder à la fois des connaissances suffisantes de gestion au niveau technique, financier et contractuel, être indépendant, de bon sens et disponible mais il devrait également être en mesure de gagner le respect et la confiance des deux parties par le biais d'une ouverture au dialogue avec des mentalités et des langues différentes, par un sens de la diplomatie aiguisé et surtout par des connaissances liées à la résolution des litiges par voie judiciaire. L'expérience dans la médiation est un atout supplémentaire non négligeable.

Il est donc de l'intérêt de chacune des parties de porter son choix sur une personnalité pluridisciplinaire. La question n'est pas de savoir s'il faut plutôt un juriste ou un ingénieur : aussi bien un juriste praticien avec une compréhension éveillée des problèmes techniques qu'un ingénieur s'intéressant aux aspects juridiques peuvent remplir un tel rôle s'ils possèdent les qualités énoncées ci-dessus.

6. Un exemple de technique de médiation

- Les différents exemples décrits ci-dessus confirment que plusieurs techniques peuvent être envisagées. Aussi bien la nature du contrat et des différends, que le contexte dans lequel doit se dérouler la médiation et les contraintes de chacune des parties influencent le choix de la technique de médiation. Il serait donc hasardeux de vouloir donner une simple « recette de cuisine ».

- L'exemple développé ci-après est donc à prendre avec toutes les réserves. Il est à adapter en fonction des critères décrits ci-dessus et du désir respectif des parties. Cet exemple a vu la médiation se dérouler en 5 phases :

1. *phase préliminaire* où les médiateurs ont pris connaissance des dossiers des parties et se mettent d'accord avec les parties sur la marche à suivre ;

2. *phase d'audition* où chaque partie peut être entendue séparément par les médiateurs. Chaque représentant des sociétés impliquées peut faire état de la situation rencontrée, de ses griefs et de ses états d'âme ;

3. *phase de préparation* des médiateurs, conduisant à la formulation de leurs opinions respectives provisoires ;

4. *phase de négociation* proprement dite, scindée en deux étapes principales, où les médiateurs confrontent leurs idées avec celles des parties, les convainquent à leur soumettre, à titre confidentiel,

- une proposition de règlement sur la base d'arguments purement techniques, financiers et contractuels ;

- une nouvelle proposition s'appuyant sur des arguments complémentaires au niveau commercial.

Pour ce faire, et dans le but de confirmer aux parties leur statut d'indépendance et leur engagement à une confidentialité absolue, les médiateurs peuvent signer au début de leur mandat une déclaration selon laquelle ils s'engagent à ne jamais révéler les chiffres énoncés par l'une partie à l'autre ;

5. *phase de clôture* où les médiateurs rédigent leur rapport de mission, faisant état de leur appréciation respective sur le préjudice subi, tant sur le plan qualitatif que quantitatif.

- La phase de **négociation indirecte** divisée en deux étapes a un double objectif, à savoir pour les parties :

- identifier, avec les médiateurs, quelle pourrait être la décision qu'un éventuel tribunal saisi serait à même de prendre sur la base d'arguments techniques, financiers et juridiques présentés et d'en estimer les conséquences financières ;

- évaluer, avec les médiateurs, la situation sur la base d'arguments purement commerciaux propres à chacune des parties et des efforts pouvant être consentis par chacune des parties. Au-delà des coûts externes propres à une procédure (tribunal, avocats, experts etc.), de la durée de la procédure, il s'agira d'estimer aussi les coûts internes (mobilisation de personnel, rédaction des mémoires techniques, coordination et perte de ressources humaines qui auraient pu être affectées à d'autres tâches génératrices de développement) et l'impact commercial à moyen terme.

Une analyse de risques est également à conduire dans le cadre de cette appréciation, risques liés à la cohérence de chacun des dossiers, à la nature juridique des réclamations et des demandes reconventionnelles, au dérapage éventuel de la procédure et de ses recours.

2. *Hearing stage*, where each party can be heard separately by the mediators. Each representative of the businesses involved can make a statement concerning the situation encountered, his grievances and his uncertainties;

3. *Preparation stage*, of the mediators, leading to the formulation of their respective tentative opinions;

4. *Negotiation stage*, divided into two principle parts, where the mediators confront their ideas with those of the parties, convince them to agree with them, while remaining confidential,

- a proposal of a rule on the basis of purely technical, financial and contractual arguments;

- a new proposal supporting the complementary arguments at a commercial level.

In order to carry that out, and with the object of confirming to the parties their independent status and their commitment towards absolute confidentiality, the mediators can sign at the beginning of their mandate a declaration according to which they are committed never to reveal the amounts indicated by one party to the other;

5. *Closing stage*, where the mediators redraft their report concerning the mission, stating their respective assessments on the damages incurred, qualitatively and quantitatively.

- The **indirect negotiation** separated into two stages has a double objective, namely for the parties:

- to identify, with the mediators, what would be the decision of a possible court to which that matter is referred if it were to make the decision on the basis of the technical, financial and legal arguments presented and to calculate the financial consequences;

- to evaluate, with the mediators, the situation on the basis of the purely commercial arguments deriving from each party and the efforts possibly consented to by each of the parties. Beyond the external costs for the proceedings (courts, attorneys, experts, etc.), and the duration of the procedure, it concerns also the internal costs (mobilization of personnel, drafting of technical memorandums, coordination and loss of human resources that could have performed other tasks generating development) and the commercial impact at a middle course time period.

A risk analysis is similarly to be conducted within the framework of this assessment, risks linked to the coherence of each of the files, to the legal nature of the claims and the counterclaims, to the possible retreat from the procedure and further recourse.

- In the framework of this indirect negotiation, the proposals backed by figures submitted by the parties will remain absolutely confidential. At no moment, neither one nor the other parties will be aware of the proposal presented to the mediator. The only information disclosed will be purely qualitative, it will consist of setting forth that the disparity separating the parties remains substantial or not.

- The mediation is thus characterized by a profound trust witnessed by the parties to the mediator. In case of failure, the mediator should thus not function as an arbitrator, judicial expert or advisor of one of the parties. The appearance as a witness in a subsequent proceeding must remain open, on the condition that he does not disclose the proposals that were suggested to him, that he is limited to factual elements and the explanation of his appraisal.

- Finally, the technique of mediation to be chosen can only be considered according to the well determined situation. The scheme developed below is only one illustration of a practical method among others, but which has been tested.

V. ARBITRATION, AS PERCEIVED BY THE MANAGER

1. Some Basic Strategic Limitations

- The arbitration can be considered by some far from reality as a simple legal act sanctioning the default of one or the other party, without modifying their commercial relationship. As a general rule, however, it is for the user a difficult and ultimate voyage, where strong resentment will remain for a long period. That is why only following amicable attempts set forth above and that failed, should a legal procedure commence. It is further incorrect to use the notion of *Alternative Dispute Resolution* (ADR): it concerns rather the modes of complementary resolution to a legal proceeding.

- Some benefits of arbitration often emphasized with respect to a civil court proceeding are cost, rapidity and confidentiality. Originally, such advantages of arbitration could be a reality; today, by rendering

- Dans le cadre de cette négociation indirecte, les propositions chiffrées émises par les parties resteront absolument confidentielles. A aucun moment, ni l'une ni l'autre des parties n'aura connaissance de la proposition présentée au médiateur. La seule information divulguée sera au niveau purement qualitatif ; elle consistera à signaler si le fossé qui sépare les parties reste important ou non.

- La médiation est donc caractérisée par une profonde confiance témoignée par les parties au médiateur. En cas d'échec, le médiateur ne devrait donc pas fonctionner en tant qu'arbitre, expert judiciaire ou conseiller de l'une des parties. Sa comparution à titre de témoin dans une procédure ultérieure doit rester ouverte, à la condition qu'il ne dévoile pas les propositions qui lui ont été suggérées, qu'il se limite aux éléments de fait et à l'explication de son appréciation.

- En résumé, la technique de médiation à choisir ne peut être considérée qu'en fonction d'une situation bien déterminée. Le schéma développé page 163 n'est qu'une illustration d'une méthode pratique parmi bien d'autres (39), mais qui a donné ses preuves.

V. SUR L'ARBITRAGE TEL QUE PERÇU PAR LE GESTIONNAIRE

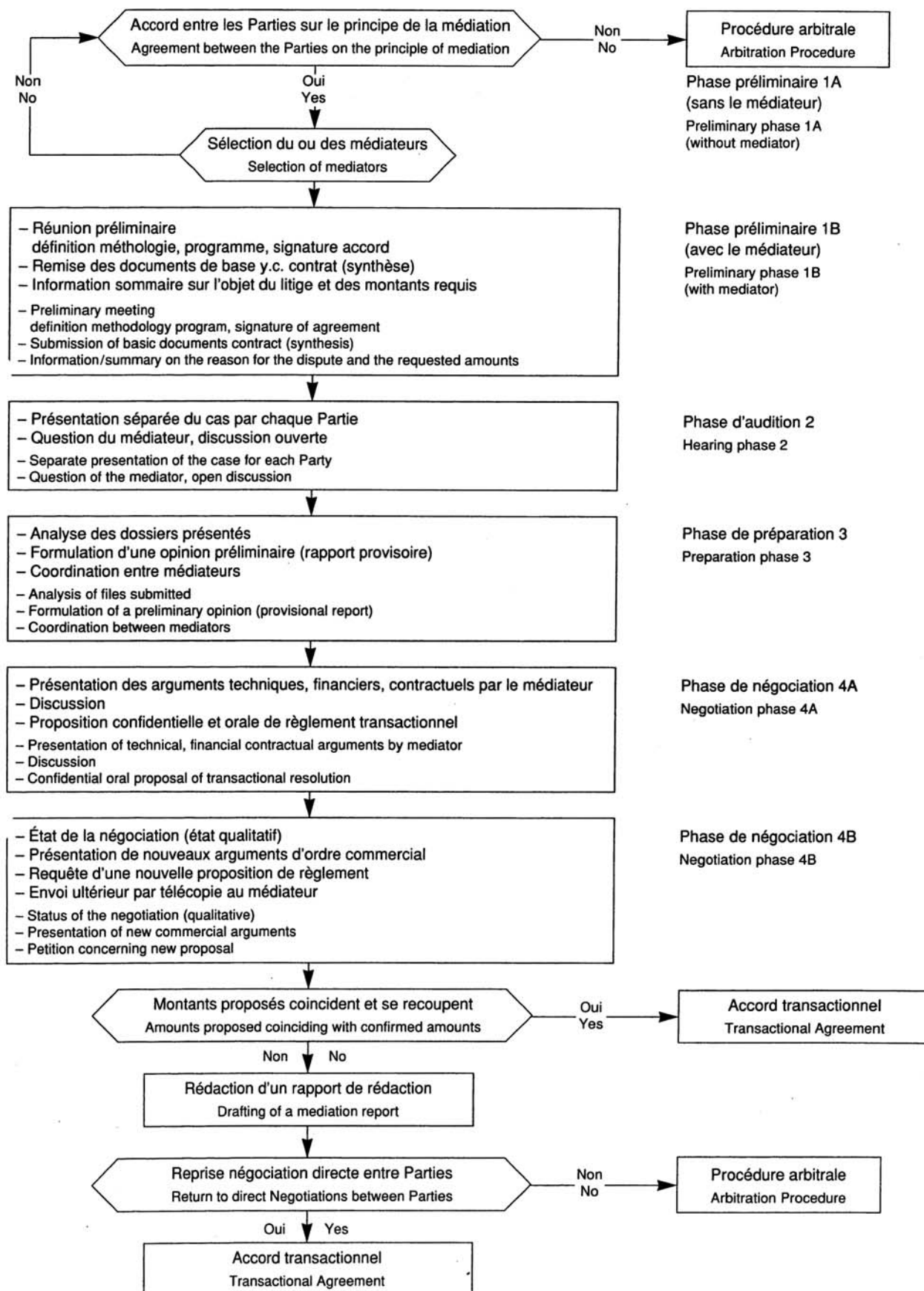
1. Quelques considérations stratégiques de base

- L'arbitrage peut être considéré par certains, de loin, comme un simple acte juridique sanctionnant « *in fine* » la défaillance de l'une ou l'autre des parties, sans pour autant altérer leurs relations commerciales. En règle générale cependant, il s'agit pour l'utilisateur d'un pénible et ultime voyage, où de forts ressentiments vont durablement subsister. C'est pourquoi ce n'est qu'à l'issue de tentatives amiables telles que décrites ci-dessus et réputées échouées, qu'une procédure judiciaire devrait être engagée. Il est ainsi incorrect d'utiliser la notion d'alternative (ADR – *Alternative Dispute Resolution*) : il s'agit plutôt de modes de résolution « complémentaires » à la procédure judiciaire.

- Quelques atouts de l'arbitrage souvent mis en exergue face à la procédure des tribunaux civils sont ceux du coût, de la rapidité et de sa confidentialité. A l'origine, de tels avantages de l'arbitrage pouvaient être réels ; aujourd'hui,

DÉROULEMENT-TYPE D'UNE MÉDIATION (exemple)

OPERATION MODEL – TYPE D 'A MEDIATION'



legal the arbitration process, arbitration procedures appear less evident and even transform themselves into disadvantages: how many users have even complained of the costs of arbitration and of the duration of the procedures? Each case is particular and it would be overly daring to generalize. It is the man and not only the procedure that is however at the heart of the debate.

- Other criteria which are equally important are to be retained, as the execution of a sentence notably in the international context (possibilities of limits of further recourse) and especially the professionalism, the multidisciplinary nature of the arbitrators. A careful preparation of the files, and similarly the meticulous choices of arbitrators able to render a positive influence on the issue of arbitration by their comprehension and their practical experience, are strategic reflections for the success of an arbitration procedure. Thus, the user must take the necessary time to knowledgeably designate a good arbitrator. He must especially let the two arbitrators selected have the first possibility of choosing a third arbitrator.

- The education and experience required of the arbitrators. Is it desirable to integrate the non-lawyer arbitrators into an arbitration court? Yes, in the past, the non-lawyer such as the engineer could have certain hesitations in assuming the function of an arbitrator, nowadays one observes a return to the sources. The user desires more representatives in the court deriving from management components and having a familiarity notably with the realization of large projects. That is why it concerns favoring the designation of multidisciplinary arbitrators and practitioners. The choice should be based on lawyers with experience, openness and a comprehension of technical, financial and management issues, or engineers with the same qualities and in addition, confirmed interest, and even experience in the law. The president of the arbitration tribunal, if it consists of one or three, should first focus on someone with a legal education and experience.

In the area of construction projects, infrastructure and industrial realizations, experience shows that a tolerance and a flexible approach are desirable due to the nature of the disputes. For the user, it is necessary that a pragmatic approach be adopted, based certainly on a coherent legal analysis, also on an assessment for example of the formation of the

par la «juridicalisation» de l'arbitrage, ils paraissent s'estomper et peuvent même se transformer en inconvénients : combien d'utilisateurs ne se sont-ils pas plaints des coûts de l'arbitrage et de la durée des procédures ? Chaque cas est particulier et il serait osé de généraliser. C'est l'homme et non pas seulement la procédure qui est à mettre au centre du débat.

- D'autres critères tout aussi importants sont à retenir comme la mise à exécution d'une sentence notamment dans un contexte international (possibilités restreintes de recours) et surtout le professionnalisme pluridisciplinaire des arbitres. Une préparation soignée des dossiers, mais également le choix minutieux des arbitres aptes à influencer positivement l'issue d'un arbitrage par leur compréhension et leur expérience pratique, sont des réflexions stratégiques pour le succès d'une procédure arbitrale. L'utilisateur doit ainsi prendre le temps nécessaire pour désigner, en toute connaissance de cause, le « bon arbitre ». Il doit surtout laisser aux deux arbitres retenus la possibilité première de choisir le troisième arbitre, le « *primus inter pares* ».

- Se pose alors la question de la formation et de l'expérience requises des arbitres. Est-il souhaitable d'intégrer dans un tribunal des arbitres non-juristes ? Si, dans le passé proche, le non-juriste tel que l'ingénieur pouvait avoir certaines réticences à fonctionner à titre d'arbitre (40), l'on commence aujourd'hui à observer un « retour aux sources ». L'utilisateur souhaite voir plus représentées au sein du tribunal les composantes de gestion et de familiarisation notamment avec la réalisation de grands ouvrages. C'est pourquoi il s'agit de favoriser la désignation d'arbitres polyvalents et praticiens. Le choix devrait se porter sur des juristes ayant une expérience, une ouverture et une compréhension des questions techniques, financières et de gestion, ou d'ingénieurs ayant les mêmes qualités et en plus un intérêt confirmé, voire une expérience en matière de droit. La présidence du tribunal arbitral, si elle est unique ou à trois, devrait revenir à première vue à une personnalité de formation et d'expérience juridiques.

Dans le domaine des projets de construction, d'infrastructure et de réalisations industrielles, l'expérience montre qu'une tolérance et une souplesse d'approche sont souhaitables de par la nature des litiges. Pour l'utilisateur, il est important qu'une approche pragmatique soit adoptée, reposant certes sur une analyse juridique cohérente mais aussi sur une appréciation, par exemple, de la formation du

contrat, des intentions et possibilités des parties, de la prise et de l'attribution des risques, du comportement de chacune des parties, des méthodologies à appliquer.

• La plupart des litiges importants dans la construction sont le résultat de retards et/ou bouleversements dans l'exécution des travaux. Le tableau ci-après illustre la fréquence et la nature des causes. Pour résorber les retards, l'entreprise est souvent contrainte à adopter des mesures d'accélération avec comme corollaire une explosion des coûts.

Tableau 1
Analyse des causes de dépassement de devis (41)

Cause*	Nombre projet	%**
Retard dans l'achèvement des travaux	84	78
Planification de coordination du maître de l'ouvrage	22	20
Modifications du projet	22	20
Retard de tiers	16	15
Retard livraison matériaux chantier	11	10
Erreur de planification	10	9
Intempéries	10	9
Renforcement de personnel	9	8
Grèves	8	7
Mesures d'accélération	7	6
Retard livraison matériaux	6	6
Autres raisons	9	8

* Pour les réalisations industrielles, la question du respect des garanties de performance est à ajouter.

** Pour un même projet, plusieurs sources de différend peuvent être invoquées.

• Le tribunal constitué est ainsi souvent confronté à des questions pointues où une solide appréciation des faits, des causes et effets, une profonde compréhension et une saine interprétation lui sont demandées. Cette tâche n'est pas simple.

2. Aléas et risques d'appréciation en arbitrage

• Les quelques exemples pratiques vécus décrits ci-après sont révélateurs des risques que toute partie peut rencontrer en cours de procédure, mais aussi des atouts qu'un tribunal compétent par sa polyvalence et par son approche pragmatique peut apporter à l'arbitrage et à ses utilisateurs.

a) L'interprétation des clauses contractuelles

Deux parties signent un contrat et acceptent le libellé de chacune des clauses. En théorie, certains diront qu'elles l'ont fait

contract, intentions and possibilities of the parties, of the taking and attributing risks, of practices of each of the parties, and of the methodologies to apply.

• Most of the important disputes in construction are the result of delays and/or disruptions in the execution of the works. The table below illustrates the frequency and the nature of the causes. In order to absorb the delays, the business is often constrained to adopt measures of acceleration with a corollary including a drastic increase in prices.

Chart 1
Analyzes the causes of exceeding the estimate

Cause	Number of projects	%
Delay in the completion of the works	84	78
Planning of coordination of the owner	22	20
Modifications of the project	22	20
Tardiness of third parties	16	15
Tardiness of delivery of materials to the work site	11	10
Error in planning	10	9
Bad weather conditions	10	9
Reinforcement of personnel	9	8
Strikes	8	7
Acceleration measures	7	6
Late delivery of material	6	6
Other reasons	9	8

• The court constituted is thus often confronted to precise questions, where a solid assessment of the facts, the clauses and effects, a profound comprehension and a reasonable interpretation are requested of him. This is not a simple task!

2. Risks of Assessment in Arbitration

• Some practical examples set forth below reveal the risks that any party can encounter during the procedure, but also the benefits of a competent court by its polyvalence and by its pragmatic approach can contribute to the arbitration and its users.

a) The Interpretation of Contractual Clauses

Two parties sign a contract and accept the wording of each of the clauses. Theoretically, some will say

that they are drafted with complete knowledge of all the parties, or with complete freedom. In practice, however, and considering the intense competition, the contract remains a compromise where each party seeks during the negotiation to preserve his interests. A contract is often unacceptable with respect to all the details and lends itself to diverse interpretations. Must the interpretation of the contract be word for word or must it also take into account different usages or practices in the profession? Must the court seek the intentions of the parties (for example with the aid of "escrow bid" documents)? To what extent are principles applicable concerning good faith and "contra proferentem"?

Such questions are asked in the framework of a large infrastructure project, where one of the amounts of remuneration provided for in the contract was according to the actual geological conditions encountered and that subsequently it was considered exorbitant by one of the parties. To limit the effect of such a technical-financial clause, the owner and the engineer attempted to apply a complex technical interpretation. In order to resolve the problem, would it not have been preferable to submit it to the specialized arbitration group consisting of practitioners or to an arbitration group consisting only of lawyers that should have recourse to the assistance of an expert or a group of experts virtually constrained to render a decision?

b) The Theoretical Assessment

The experience and the main activities of the arbitrators could lead to very abstract decisions rendered on the basis of pure law and making a total abstraction of the idea of justice. The arbitration, being a procedure more flexible than civil procedure, a decision is the reflection "in abstracto" of the personality of the designated arbitrators, detached from the business scene.

Such was the case of a large service company Y, mandated to carry out the planning and the direction of complex agro-chemical works, which had hired a subcontractor to carry out a limited mission concerning the inspection of the execution of the works. During the work, this limited mission was greatly extended and complied with by Z at the satisfaction of all the parties concerned. The payment of these services was subsequently refused by business X, the client of Y, on the grounds that Z should have received advanced confirmation from X of such a mandate. That was included in the contract between X and Y, but only included in the annex of the contract between Y and Z.

en pleine connaissance de cause, voire en pleine liberté. En pratique cependant, et en regard de la concurrence féroce, le contrat demeure un compromis où chacune des parties cherche durant la négociation à préserver ses intérêts. Souvent un contrat n'est pas accepté dans ses détails et peut faire l'objet de différentes interprétations. L'interprétation du contrat doit-elle se faire à la lettre ou doit-elle aussi tenir compte des usages dans la profession ? Le tribunal doit-il rechercher les intentions des parties (par exemple à l'aide des « escrow bid » documents) (42) ? Dans quelle mesure les principes d'un droit relatif à la bonne foi et à la règle du « contra proferentem » (43) sont-ils applicables ?

De telles questions se sont posées dans le cadre d'un grand projet d'infrastructure où l'une des rémunérations prévues au contrat était fonction des conditions géologiques effectives rencontrées et qui s'est par la suite révélée exorbitante aux yeux d'une partie. Pour limiter l'effet d'une telle clause technico-financière, le maître de l'ouvrage et l'ingénieur ont tenté de recourir à une interprétation technique complexe. Pour résoudre ce problème, aurait-il été préférable de le soumettre à un collège arbitral spécialisé formé de praticiens ou à un collège arbitral formé de seuls juristes qui aurait dû recourir à l'assistance d'un expert ou d'un collège d'experts pratiquement contraints à imposer la décision ?

b) L'appréciation « théorique »

L'expérience et les activités principales des arbitres peuvent conduire à des sentences très abstraites rendues en pur droit et faisant totalement abstraction du « sentiment de justice ». L'arbitrage étant une procédure plus souple que la procédure civile, une sentence est le reflet « in abstracto » de la personnalité des arbitres désignés, détachés du monde des affaires.

Ceci a été le cas d'une grande société de service Y, mandatée pour la planification et la direction des travaux d'un complexe agro-chimique, qui avait confié à un sous-traitant Z une mission limitée relative au contrôle de l'exécution des travaux. Au cours des travaux, cette mission limitée a été étendue très largement et remplie par Z à la satisfaction de toutes les parties concernées. Le paiement de ces prestations a par la suite été refusé par la société X, client de Y, au simple motif que Z aurait dû recevoir au préalable confirmation d'un tel mandat de la part de X. Ceci figurait dans le contrat entre X et Y, mis en annexe au contrat entre Y et Z.

Le tribunal a finalement retenu comme argument juridique principal la non-observation des clauses contractuelles, écartant la réalité des faits et leurs conséquences en droit.

c) L'appréciation « doctrinale »

Un tribunal peut, malgré une convergence d'appréciation au niveau juridique, avoir des opinions différentes en ce qui concerne la primauté des arguments juridiques des éléments de fait et leur évaluation au niveau de la gestion d'un contrat. Les arbitres peuvent ainsi avoir des sentiments partagés lorsque leur intime conviction est influencée par des éléments plus subjectifs liés à la doctrine en droit, à la jurisprudence de certains tribunaux civils. Dans un tel contexte, une décision dépend étroitement de la personnalité et de l'expérience des arbitres désignés.

A titre d'exemple, une entreprise générale a subi de lourdes conséquences suite à une grave défaillance de son sous-traitant principal, fournisseur du composant-clé d'une installation. Le sous-traitant doit-il être condamné dans les seules limites de son contrat ? Le plafond des pénalités figurant au contrat doit-il être dépassé ? Pour le gestionnaire, la faute était estimée être lourde, le corollaire manifeste était le déplaçonnement des pénalités. Pour le praticien du droit, l'appréciation de la gravité de la faute était plus délicate. Malgré le caractère sérieux de la faute, et en présence d'une jurisprudence trop conservatrice, la « foi doctrinale » a incité les praticiens du droit à une appréciation plus réservée quant à l'importance de la faute et à écarter le principe du déplaçonnement des pénalités...

d) L'interprétation « unilatérale »

Un tribunal arbitral peut être amené à rendre une sentence sur la base d'arguments essentiellement procéduraux, par seule méconnaissance des méthodes d'appréciation variées et complexes d'un dommage.

Ceci a été le cas d'un dommage qui avait été soumis par un tribunal arbitral à l'appréciation d'un expert. L'expert, pour des motifs techniques et de bon sens, n'avait pas suivi la méthodologie du calcul présenté. Il avait refait le calcul du dommage sur la base d'une autre méthode plus adaptée et avait suggéré au tribunal la prise en compte d'un dommage équivalent aux 2/3 du montant requis. Le tribunal, dans sa sentence, a rejeté totalement la demande en argumentant que celle-ci n'était pas fondée dans son calcul et que ce n'était pas à l'expert à se substituer à la demanderesse.

The court had finally accepted the legal principle of the non-compliance with contractual clauses, setting aside the material facts and their legal consequences.

c) The Doctrinal Assessment

A court may, despite the conciliation with regards to the legal assessment, have different opinions concerning the relative importance of the legal arguments, the material facts and their evaluation with respect to the management of the contract. Arbitrators may thus have shared beliefs, when their intimate conviction is influenced by the most subjective elements linked to the legal doctrine, to the case law of certain civil courts. In such a context, a decision greatly depends on the personality and the experience of the designated arbitrators.

For example, a general business entity was subjected to heavy consequences subsequent a serious fault of its main sub-contractors, the supplier of a key component in the installation. Must the sub-contractor be judged within the sole confines of the contract? Must the penalty ceilings included in the contract be lifted? For the manager, the fault was assessed as being serious, the clear corollary was the removal of the penalty ceilings. For the legal practitioner, the assessment of the seriousness of the fault, and with overly conservative case law, the faith in the doctrine has incited the legal practitioners to maintain a more conservative assessment according to the seriousness of the fault and to set aside the removal of penalty ceilings...

d) The Unilateral Interpretation

An arbitration tribunal can be led to render a decision on the basis of essentially procedural arguments, due only to the fact of a lack of knowledge as to the various complex methods of assessment of the damages.

That was the case of a damage which was submitted to the assessment of an expert by the arbitration court. The expert, for technical reasons and common sense, had not followed the methodology of the present calculation. It had redone the calculation of the damages based on another method more adapted and had suggested to the court to take into account an equivalent determination of the damages which is assessed at 2/3 of the amount requested. The court, in its decision, totally rejected the request stating that the calculation was not well-founded and that the expert would not serve as the substitute for the plaintiff.

- These examples attempt, on the basis of isolated cases, to demonstrate the risks which the user could confront in certain circumstances during a proceeding. The importance of the human factor in every decision is significant. That is why, the arbitration remaining a pragmatic tool in the business world, it is only recommended to integrate various personalities having an open and pragmatic spirit with respect to all required disciplines. A judgment based on a sensible multidisciplinary assessment enables the reinforcement of trust that the user has in arbitration procedures.

VI. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

All large infrastructure projects and substantial industrial realizations sooner or later will have to confront disputes. The interests of the buyer and the seller being on the one hand partially opposing, the strong competition leading, on the other hand, to weak risk margins, the conflict is thereby virtually programmed.

One could only recommend that one should take the utmost care in drafting the dispute resolution clause and to integrate therein the techniques allowing to anticipate, if possible, judicial procedure.

That is why, in the interests of all parties, it is suggested to users, being either the buyer, seller, owner or the business,

- to integrate into the contract a dispute resolution clause in 2 or 3 stages (for the large projects: DRB, mediation, arbitration procedure);

- appoint a DRB from the moment the contract is signed (integrating the names of the members) and to agree on a flexible procedure, enabling the DRB to simultaneously advise on the principle issues and the recommendation/decision on the substantive matters;

- to be open to the possibility of a mediation process. This amicable phase, preliminary to all judiciary procedures, can take place at any moment during or after the execution of the work. The method used depends on the nature and the context in which the dispute is found. The mediation by successive steps appears preferable to the method "en coup de poing".

- to consider arbitration as a pragmatic judicial procedure and a proceeding which is close to the user. In order to guaranty to the arbitrage procedure a pro-

- Ces exemples tentent, sur la base de cas bien sûr isolés, de montrer les risques et aléas auxquels l'utilisateur peut être confronté dans certains cas lors d'une procédure. L'importance du facteur humain dans toute sentence y prend alors sa valeur. C'est pourquoi, l'arbitrage devant rester un outil pragmatique du monde des affaires, il ne peut être que recommandé d'y intégrer des personnalités dotées d'un esprit ouvert et pragmatique à toutes les disciplines requises. Une sentence reposant sur une saine appréciation polyvalente permet de renforcer la confiance de l'utilisateur en la procédure arbitrale.

VI. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Tout grand projet d'infrastructure et de réalisation industrielle importante aura tôt ou tard à faire face à des différends. D'une part, les intérêts de l'acheteur et du vendeur étant partiellement opposés, la forte concurrence conduisant d'autre part à des marges de risque faibles, le conflit est virtuellement programmé.

Réaliser étant prévoir, il ne peut qu'être recommandé de rédiger avec toute l'attention nécessaire la clause des litiges et d'y intégrer les techniques permettant de prévenir, si faire se peut, la procédure judiciaire.

C'est pourquoi, dans l'intérêt de toutes les parties, il est suggéré aux utilisateurs, qu'ils soient acheteur, vendeur, maître de l'ouvrage ou entreprise,

- d'intégrer au contrat une clause des litiges à 2 voire à 3 étapes (pour les grands projets : DRB, médiation, procédure arbitrale) ;

- de nommer un DRB dès la signature du contrat (y intégrant même les noms des membres) et de s'accorder sur un processus souple, permettant à la fois le conseil sur des questions de principe et la recommandation/décision sur des questions de fond ;

- de s'ouvrir à la possibilité du processus de médiation. Cette phase amiable, préalable à toute procédure judiciaire, peut se dérouler à tout moment pendant ou après l'exécution des travaux. La méthode à retenir dépend de la nature et du contexte dans lequel s'inscrit le différend. La médiation par « étapes successives » paraît préférable à la méthode « coup de poing » ;

- de considérer l'arbitrage comme une procédure judiciaire pragmatique et proche de l'utilisateur. Pour garantir à la

procédure arbitrale une approche professionnelle et polyvalente, il est de l'intérêt des parties de vouer toute l'attention nécessaire à la désignation et au processus de nomination des arbitres.

Les clauses-type permettant de mettre en œuvre un DRB/DAB suivi de la procédure arbitrale sont énoncées à l'article 67 du supplément au *Red Book*. Il conviendra d'y apporter les correctifs suggérés.

En ce qui concerne la médiation, le « *CPR Institute for Dispute Resolution* » a diffusé des clauses-modèle détaillées favorisant la négociation, la médiation et le « *Mini-Trial* ». Ces clauses ont été rédigées par d'éminents juristes constituant le « *European Advisory Committee* » (ECA). Le texte suggéré pour la médiation, suivie si nécessaire par l'arbitrage, est rédigé en ces termes (44) :

« The Parties shall endeavour to resolve any dispute arising out of or relating to this agreement by mediation under the CPR Mediation Procedure for Business Disputes in Europe. Unless the Parties agree otherwise, the mediator will be selected from one of the CPR of Distinguished Neutrals and, if they require it, the Parties shall notify CPR to initiate a selection process. Any controversy or claim arising out of or relating to this contract or the breach, termination or validity thereof, which remains unresolved 45 days after appointment of a mediator, shall be settled by arbitration under (here insert appropriate arbitration provision, including specified venue, appointing authority, administering body (if any), governing procedural rules (if any) and governing procedural law). Judgment upon the award rendered by the arbitrator(s) may be entered by any court having jurisdiction thereof. »

Tenant compte des réflexions présentées ci-dessus et des expériences acquises sur le terrain, une clause à 2 étages du type suivant pourrait être suggérée :

- a) « En cas de différend et préalablement à toute procédure arbitrale, les parties conviennent en premier lieu de recourir à un processus de médiation. Cette médiation sera conduite par 2 médiateurs, désignés l'un par la partie demanderesse, l'autre par la partie défenderesse. Ce collège de 2 médiateurs aura comme mission, après avoir reçu sous forme écrite la position respective de chacune des parties et après avoir entendu chacune des parties, de formuler une recommandation motivée. Une telle recommandation qui

professionnel et multidisciplinaire approach, it is in the interest of the parties to give all necessary attention to the designation and to the process of the nomination of arbitrators.

These model clauses allow to apply a DRB/DAB followed by the arbitration procedure and are announced in article 67 of the *Red Book* supplement (see annex). It is appropriate to make the suggested corrections.

With respect to mediation, the « *CPR Institute for Dispute Resolution* » has diffused the detailed model clauses favoring negotiation, the mediation and the « *Mini-Trial* ». These clauses were drafted by eminent lawyers constituting the « *European Advisory Committee* » (ECA). The text suggests that mediation, followed if necessary by arbitration, is drafted in those terms.

« The parties will endeavor to resolve any dispute arising out of or relating to this agreement by mediation under the CPR Mediation Procedure for Business Disputes in Europe. Unless the Parties agree otherwise, the mediator will be selected from one of the CPR of Distinguished Neutrals and, if they require it, the Parties shall notify CPR to initiate a selection process. Any controversy or claim arising out of or relating to this contract or the breach, termination or validity thereof, which remains unresolved 45 days after appointment of a mediator, shall be settled by arbitration under (here insert appropriate arbitration provision, including specified venue, appointing authority, administering body (if any), governing procedural rules (if any) and governing procedural law). Judgment upon the award rendered by the arbitrator(s) may be entered by any court having jurisdiction thereof. »

Taking into account the observations presented above and the experiences acquired on the field, a model of the 2nd stage clause can be suggested:

- a) « In the event of a dispute and in advance of any arbitration procedure, the parties agree first to refer to a mediation procedure. This mediation process will be led by 2 mediators one designated by the plaintiff, the other by the defendant. This group of 2 mediators will have as a mission, after having received in writing the briefs containing the arguments of all the parties and sub-sequent to having heard each party, to form a recommendation with an attached explanation. Such a recommendation that has not been

rejected within 28 days from the date of reception thereof by the parties, will be considered as having been accepted by each party.

In the event that the recommendation is not transmitted within the agreed time period or is contested by one of the parties, each party will be thereafter free to refer to arbitration proceedings as defined below.

The mediators must not subsequently function either as an arbitrator or as an advisor to a party. They can be reserved as a witness by the court to which the case is referred."

b) Arbitration procedure (for example the ICC)

"In the event that the mediation procedure is not continued until judgment, all disputes deriving from the present contract will be definitively decided by the Resolution of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or several arbitrators appointed in conformance with the Rules."

Finally, whether the resolution of the dispute be amicable or by the civil courts, it not only concerns technical issues, the proceedings, but essentially a human factor. There is similarly issues of professional aptitudes, the range of knowledge, the knowledge of different mentalities and cultures as well as the human element of mediators, experts and arbitrators, that play an important role in this process. The latter must listen attentively, be open, have tolerance and be able to place themselves in the shoes of each of the parties.

n'aura pas été rejetée par écrit dans un délai de 28 jours à dater de sa réception par les parties sera considérée comme acceptée par chacune des parties.

Au cas où la recommandation ne serait pas émise dans les délais convenus ou serait contestée par l'une des parties, chaque partie sera libre de recourir à la procédure arbitrale telle que définie ci-après.

Les médiateurs ne devront fonctionner par la suite ni comme arbitre ni comme conseil d'une partie. Demeure réservée leur audition à titre de témoin par le tribunal saisi.»

b) Procédure arbitrale (par exemple CCI)

«Au cas où la procédure de médiation ne devrait pas aboutir, tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.»

Finalement, que la résolution du différend soit par voie amiable ou par voie judiciaire, il s'agit non seulement de questions techniques, de procédés, mais essentiellement d'une question d'hommes. Ce sont aussi bien les aptitudes professionnelles, l'éventail des connaissances, la connaissance des mentalités et des cultures différentes que les qualités humaines des médiateurs, experts et arbitres qui comptent. Ces derniers doivent être à l'écoute, empreints d'ouverture, de tolérance et pouvoir se mettre dans la situation de chacune des parties.

Notes

1. Bruno Oppetit, *Arbitrage, médiation et conciliation*, Revue de l'arbitrage, 1984, p. 322.
2. *Règlement de conciliation facultative de la Chambre de Commerce Internationale* (1993).
3. DRB/DAB: Dispute Review Board/Dispute Adjudication Board.
4. Benjamin Davis, O.G. Glain, M. Volkovitch: *Where Doctrines Meet: Fast Track Arbitration and the ICC Experience*, International Litigation and Arbitration Seminar (April 1984).
5. Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC – association des organismes faïtières nationaux et non d'individus).
6. Institution of Civil Engineers (ICE – organisme anglo-saxon actif dans le monde entier).
7. Center for Public Resources (CPR).
8. ADR Task Committee of FIDIC: *Amicable Settlement of Construction Disputes* (1992).
9. Guide de l'arbitrage, p. 35 (CCI-1983).

10. Publiée par *The American Review of International Arbitration*, 1993/Vol. 4. N° 4 et également dans cette revue *RDAl* 1996, n° 2, pp. 221/253.
11. Jean-Claude Goldsmith, *op. cit.*, p. 448.
12. *Avoiding and Resolving Disputes During Construction* (ASCE-1991).
13. *New Engineering Contract (NEC)* – Édition 1991, *Engineering and Construction Contract (ECC)* – Édition 1995.
14. *Avoiding and Resolving Disputes in Underground Construction* (1989).
15. F. Nicklisch, *The Role of the Engineer: A Contract Administrator and Quasi-Arbitrator in International Construction and Civil Engineering Projects* (1990).
16. Pierre M. Genton, *La gestion contractuelle* (bulletin SIA-mai 1994).
17. Matyas, Mathews, Smith, Sperry, *Construction Dispute Review Board Manual* (1996).
18. Matyas Mathews, Smith, Sperry, *Construction Dispute Review Board Manual* (ch. 1.2.6).
19. *Ibid*, ch. 1.2.7.
20. *FIDIC Conditions of Contract*, Supplement to 4th Edition 1987, art. 67.2.
21. *FIDIC Supplement to the Red Book, Guide to Amended Clause 67 p. A-5*.
22. Le contrat relatif à l'octroi de la concession pour le construction du Pont sur le Tage comporte deux comités d'experts habilités à rendre une décision : un comité technique et un comité financier (qui a la charge des aspects juridiques...).
23. Liste des experts près des cours d'appel des tribunaux français.
24. *Supplement to the Red Book*, *ibid* art. 67.2 al. 3.
25. *Ibid* art. 67.2 al. 2 pt.e/f.
26. *FIDIC Conditions of Contract – Fourth Edition* (1992) art. 67.1 al. 1.
27. Randall J. Essex, *Means of Avoiding and Resolving Disputes* (1996).
28. *Supplement to Fourth Edition of Conditions of Contract*, Section A, Appendix A.
29. Jean-François Bourque, *Revue de l'arbitrage*, 1995, N° 2, p. 258.
30. Jean-Claude Goldsmith, *Études sur les modes de règlement alternatif*, 1993, ch. 2..2.2.4/3.2.2.6).
31. American Society of Civil Engineers, *Avoiding or Resolving Disputes during Construction* (1989, ch. 3.4).
32. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol. 8/N° 1, p. 8.
33. François Vermeille, *Le choix de l'expert et le déroulement de l'expertise*, Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage, 1994/2.
34. *Construction Dispute Review Board Manual* (ch. 1.25) : Le Partnering a été utilisé notamment par la US Federal Highway Administration et plusieurs départements de transport d'États américains.
35. Marc Blessing in Hansell/Vogt/Schneider: *Einleitung zum 12. Kapitel Nr. 308*.
36. Michael E. Schneider, *La résolution des litiges dans la construction*.
37. Éric A. Schwartz, *La conciliation internationale de la CCI*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol. 5/N° 2, novembre 1994.
38. *Règlement du Centre International d'Expertise de la Chambre Internationale de Commerce* (1993) p. 6 et arts. 4 et 5, p. 11.
39. Marc Blessing: « *Mediation Rules of WIPO and others; a Ticket to Paradise or into a Better Trap?* ».
40. J.-F. Demont/F.Vermeille, *L'arbitrage, son tribunal, sa procédure vus par l'expert*, recueil de travaux sur l'arbitrage international (congrès ICCA 1984).
41. Dr. Ing. H.W. Swoboda, *Methoden für Quantifizierung und Nachweis von Zusatzansprüchen*, Betriebsberater, Annexe 15 – 10.7.91.
42. *Avoiding and Resolving Disputes during Construction* by ASCE, ch. B 3.
43. *Principles of International Commercial Contracts*, art. 1.7/4.6, Rome 1994.
44. *CPR Model Dispute Resolution Clauses for Business Contracts in Europe*, p. 5.