

Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction

Dominique Brown-Berset, LL.M., DEA, avocate, Lausanne
Matthias Scherer, LL.M., avocat, Genève¹

- I. Introduction**
- II. Le contentieux de la construction**
- III. Les modes alternatifs de règlement des différends : état des lieux**
 - A Introduction terminologique
 - B Clauses des ADR et contrat de construction
 - C L'arbitrage
 - 1. Sur le plan international
 - 2. En Suisse
 - 3. L'importance de l'arbitrage pour le règlement des différends de construction
 - D Autres modes alternatifs de règlement des différends
 - 1. ADR imposés par le législateur
 - a) La médiation judiciaire
 - b) Adjudication
 - 2. ADR prévu contractuellement
 - a) « Partnering »
 - b) La médiation
 - c) L'expertise arbitrage
 - d) Les « dispute Boards »
 - e) Les formes hybrides
 - f) Synthèse
- IV. Les coûts d'une procédure**
- V. L'accord transactionnel conclu dans le cadre d'une médiation**
- VI. Le rôle de l'avocat ou du juriste d'entreprise dans la médiation**
- VII. La rédaction d'une clause de résolution de différend**
 - A Clauses arbitrales (clause compromissoires)
 - B Clauses de médiation / négociation
 - C Clauses prévoyant un « Dispute Board »
- VIII. Conclusions**

- Annexes : 1) Bibliographie sommaire
2) Ad hoc Mediation Agreement entered into in ICC ADR no

¹ Me Dominique Brown Berset (dbrown-berset@lalive.ch) et Me Matthias Scherer (mscherer@lalive.ch) sont associés à l'étude LALIVE, Genève (www.lalive.ch). Ils pratiquent le droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de règlement des différends (en particulier en tant qu'arbitres ou médiateurs, ou comme conseils), ainsi que le droit des contrats et du droit du commerce international.

I. Introduction

Le domaine de la construction est l'un des plus propices à la survenance de différends. Ses particularités, la complexité du produit et le nombre d'intervenants dans chaque projet engendrent presque inévitablement des conflits. Chaque projet est unique, réalisé sur mesure et demande la coordination d'un grand nombre d'interventions tout en tenant compte des réglementations applicables durant toute la durée des travaux.

L'essor du secteur de l'industrie de la construction a longtemps été restreint au territoire national et freiné par des obstacles de nature politique et/ou réglementaire. Tel n'est plus le cas désormais. Le secteur s'est libéré de nombreuses contraintes en Suisse et doit, comme d'autres secteurs de l'économie, faire face à la globalisation, pour le meilleur et le pire. Les entreprises doivent affronter la concurrence sur leur propre marché, mais elles bénéficient aussi de l'ouverture des marchés publics organisés par de nombreux Etats pour prendre part à de nouveaux projets à l'extérieur de nos frontières. Tout ceci n'est pas sans risques et les conflits sont inévitables. C'est dans ce contexte que se sont développés des processus dit « alternatifs » de règlement de ces différends. Ces processus séduisent de plus en plus les entreprises, parce qu'ils leur permettent de gérer la résolution des conflits qui jalonnent la vie de leurs contrats, tout en conservant la maîtrise de la procédure à laquelle elles se soumettent et de son issue.

Ce succès relève de la recherche d'une alternative à la voie judiciaire ou arbitrale, orientée sur le droit plutôt que sur les intérêts des parties et souvent perçue comme mal adaptée aux réalités commerciales de ce début de XXI^e siècle. Ceux-ci se révèlent souvent peu performants, car trop onéreux, trop rigides, trop lents, voire parfois même trop rapides selon la nature du différend. Surtout, leur mise en œuvre est centrée sur l'analyse et la sanction de faits déjà passés, qui aboutit souvent sur une solution "perdant-gagnant", la fameuse alternative win-lose du vocabulaire anglo-saxon.

Une telle solution répond de moins en moins aux attentes des parties, qui ont considérablement modifié leur mode de fonctionnement ces dernières années. Une culture d'entreprise moins hiérarchique et plus dirigée vers la concertation que vers l'affrontement a favorisé l'émergence de formes de responsabilité partagée. Ce changement de culture et l'évolution du management vers une organisation de plus en plus horizontale ont tout naturellement conduit les dirigeants d'entreprise à s'impliquer de manière plus importante dans la résolution de leurs différends. Ces dirigeants sont plus en phase avec les réalités du contentieux ou du conflit et la nécessité d'une victoire sur le cocontractant, le partenaire ou le fournisseur n'est plus essentielle pour eux. La recherche d'une solution de règlement à l'amiable participe d'une gestion efficace, économique et rapide des conflits que mettent aujourd'hui en œuvre les entreprises (ou, dans la langue du commerce international, du phénomène de l'*effective conflict* ou *dispute management*).²

L'industrie de la construction participe pleinement à ce développement et en est même devenue l'un des moteurs. Elle constitue l'un des secteurs les plus novateurs en matière de développement de techniques alternatives de règlement des différends.³ Le dénominateur commun de ces techniques alternatives est d'offrir aux utilisateurs une plateforme où ces conflits pourront être résolus par les parties elles-mêmes, ou par l'intervention de tiers bénéficiant de solides connaissances techniques en matière de construction, ou à tout le moins d'une sensibilité technique non négligeable. Ces tiers écoutent les parties, les aident à trouver une solution au problème posé ou leur en proposent une au terme d'une procédure favorisant la communication et le dialogue.

² BROWN-BERSET, La Médiation commerciale : le Géant s'éveille, Revue de Droit Suisse, NF 121, I, 2002, p. 32ss, en particulier p. 323.

³ Sur la distinction « conflit » et « différend », cf. id, p.331-332.



II. Le contentieux de la construction

Afin de mieux comprendre le rôle de pionnier de l'industrie de la construction dans le domaine du règlement des différends, il sied d'en rappeler l'une des caractéristiques essentielles : les conflits et les différends qui peuvent survenir dans le sillage d'un projet de construction ou d'un chantier sont multiples et protéiformes. Ils sont le plus souvent liés à des contrats sous-jacents au projet⁴. Dans l'hypothèse la plus simple, il n'y a qu'un contrat, conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, mais en pratique ce cas de figure est plutôt rare. Les divers intervenants concluent le plus souvent des accords à plusieurs niveaux, d'importance inégale, qui leur font jouer plus d'un rôle à la fois, à moins que leurs rôles n'évoluent au cours du temps.⁵ Les relations suivantes peuvent intervenir entre les diverses protagonistes du projet :

1 ^{ère} partie	2 ^e partie	Nature du contrat ⁶
Entrepreneur	Intermédiaire/agent	Mandat de services pour la mise en relation avec le maître de l'ouvrage ; « lobbying »
Entrepreneur	Entrepreneur	Contrat de société simple ; de joint-venture, ou de consortium ; dont les objectifs sont variés, par exemple une soumission commune (« Bietergemeinschaft »), ou l'exécution de concert des travaux confiés au consortium
Entrepreneur	Entrepreneur	Contrat de sous-traitance
Entrepreneur	Fournisseur	Contrat d'achat, de fourniture, ou d'entreprise (par exemple montage)
Entrepreneur	Maître de l'ouvrage / Acheteur	Contrat d'entreprise ou de livraison
Entrepreneur	Assureur	Assurances couvrant le projet ; couverture du risque à

⁴ Nous nous limitons, pour le présent tour d'horizon, à survoler les différends contractuels entre les intervenants dans le projet de construction, à l'exclusion des litiges de *nature* administrative, opposant le maître de l'ouvrage et/ou l'entrepreneur à l'administration publique, par exemple pour l'obtention d'autorisations, ou le respect de normes, ou encore des litiges qui trouvent leur fondement dans un acte illicite ou dans un enrichissement illégitime, telles que des infractions prétendument commises par un entrepreneur ou un maître de l'ouvrage, par exemple, le versement de pots de vin ou la manipulation d'une procédure de soumission. Notons, toutefois, que de tels différends peuvent avoir des répercussions sur les contrats commerciaux entre les intervenants du chantier et engendrer à leur tour des contentieux.

⁵ Ainsi, il n'est pas rare qu'une société de construction soit à la fois partenaire contractuel du maître de l'ouvrage, membre d'une société commune active sur le chantier et sous-traitant/fournisseur de celui-là.

⁶ Cette liste n'a pas la prétention d'être exhaustive et privilégie une classification des contrats selon leur objet plutôt que selon leur qualification juridique, laquelle dépend forcément d'un système juridique national donné.



		l'exportation
Entrepreneur	Institution financière	Constitution de garantie en tous genres ; financement du projet
Maître de l'ouvrage	Architecte	Contrat d'architecte

L'on a tendance, dans les milieux de l'arbitrage, à parler de « construction dispute » ou « différend relevant du domaine de la construction » dès que le contrat concerné se trouve dans la mouvance d'un projet de construction. Les puristes réserveront sans doute ce qualificatif aux seuls litiges découlant d'un contrat d'entreprise, mais en tout état de cause n'importe quel différend relatif à une construction ou un chantier, même défini de manière restrictive, soulève le plus souvent des questions à la fois techniques et d'ordre contractuel. Si, par exemple, un mur s'effondre lors de la construction d'un immeuble, les parties s'interrogeront sur les raisons techniques de cet incident. Une fois les causes établies, elles devront en tirer des conclusions sur le plan de la responsabilité contractuelle. L'analyse ne sera donc plus uniquement technique mais aussi juridique.

Il peut arriver que les questions à régler soient d'ordre exclusivement contractuel. Par exemple : Un consortium peut-il exclure unilatéralement un de ses membres lorsque celui-ci ne répond pas aux appels de fonds émis par le chef de file ?⁷ Une réclamation de l'entrepreneur est-elle tardive au regard des échéances prévues dans le contrat ? En revanche, il est rare que les différends qui surgissent soient de nature exclusivement technique, tant il est vrai que la réponse à une question technique est souvent un préalable à la réponse aux questions juridiques. Par exemple : les barres d'acier utilisées pour armer le béton correspondent-elles aux spécifications contractuelles garanties par l'entrepreneur ?

S'il est certain (ou presque) qu'un projet de construction donnera lieu à des conflits qui, s'ils ne sont pas résolus rapidement, dégèneront en contentieux, il n'en demeure pas moins impossible d'anticiper leur complexité ou de prévoir leur caractère essentiellement technique et/ou contractuel. Face à ces incertitudes, les parties ont tout intérêt à prévoir le recours à des modes de règlement des différends flexibles, rapides et appropriés au domaine de la construction, qui leur permettront de résoudre leurs problèmes en cours de travaux.

III. Les modes alternatifs de règlement des différends : état des lieux

A Introduction terminologique

L'expression « mode alternatif de règlement des différends » est la traduction littérale d'« *alternative dispute resolution* », qui, dans les pays anglo-saxons où cette approche a vu le jour, signifiait à l'origine « *recherche d'une voie moins lourde, plus rapide et moins onéreuse que celle de la procédure contradictoire de la common law. Ce phénomène donna naissance à la notion d'Alternative Dispute Resolution (ADR), au sens originel du terme, soit aux modes de résolution des différends alternatifs à la voie judiciaire. L'arbitrage était alors considéré aux Etats-Unis comme étant un ADR(...). La mise en œuvre des ADR, en particulier de la médiation, aux États-Unis dès 1976 a rapidement débouché sur la recherche de méthodes non plus alternatives à la voie judiciaire, mais appropriées au type de litige à résoudre (Appropriate Dispute Resolution). C'est à ce stade que le vent ADR a commencé à souffler sur les pays européens de tradition civiliste, alors que s'y manifestait une certaine désaffection pour le droit*

⁷ ATF du 14 juin 2000, *Dumez GTM c/ Capenon Bernard, Hochtief, Spie Batignolle*, in ASA Bull. 3/2000, p. 582.



et les solutions judiciaires »⁸. C'est aux ADR pris dans ce sens que les acteurs de la construction s'intéressent de plus en plus.

C'est donc ainsi que nous entendrons l'expression « ADR ».

B Clauses ADR et contrat de construction

Il serait irresponsable pour les parties à un contrat international de ne pas traiter de la question du mode de règlement approprié au règlement des différends qui surgiront sans doute, sauf à accepter d'avance qu'en cas de désaccord la partie la plus diligente puisse saisir n'importe quel tribunal ou autorité qu'elle estimera compétents. Ne faudrait-il pas en réalité que tout contrat du domaine de la construction, qu'il soit suisse ou international, prévoie le recours à une méthode appropriée de règlement des différends (ADR) ? Comment y parvenir, quelles dispositions faut-il insérer dans les contrats à cet effet ?

Il n'existe pas de nomenclature universellement reconnue, même si l'on accorde à Franck Sander la paternité de la classification retenue ici. Il a été le premier à distinguer les divers processus concernés en fonction du degré de contrainte qui leur est associé.⁹ Cela dit, une certaine confusion continue à régner. Suivant le pays, certains termes sont synonymes ou correspondent à des notions génériques au contenu mal défini, voire même sont utilisés comme de simples acronymes la à traduction incertaine.¹⁰

Ainsi, certains auteurs continuent de dire que les modes alternatifs de règlement des litiges sont ceux qui ne font pas appel à un juge étatique, mais à un tiers privé. Pour d'autres, l'adjectif « alternatif » désigne tout mode de règlement des différends, avec ou sans intervention d'un tiers, qui ne conduit pas à une décision contraignante pour les parties.¹¹

Si l'on retenait cette dernière définition, les procédures judiciaires et arbitrales, qui toutes deux débouchent sur une décision contraignante, ne constituent pas un mode alternatif de règlement des différends. En pratique, on constate que les vrais mécanismes ADR (au sens de « moyens appropriés » au règlement d'un différend défini ci-dessus) sont de plus en plus souvent utilisés en amont par les parties, comme préalable à l'arbitrage.

Une conférence sur les ADR serait toutefois incomplète si elle ne rappelait pas le rôle prépondérant de l'arbitrage dans les projets de construction. Notre expérience montre que l'arbitrage est le mode de règlement des différends préféré des parties en matière internationale et que les parties y ont recours plutôt qu'aux juridictions étatiques dès lors que la négociation ou le recours à une procédure ADR particulière a échoué.

⁸ BROWN-BERSET, *op.cit.*, p. 242ss, en particulier 343.

⁹ C'est au cours de la fameuse *Pound Conference*, tenue en 1996 à St-Paul (Minnesota) à l'initiative du *Chief Justice Warren Burger*, que Frank Sander, professeur à Harvard Law School, présenta son concept de *multi-door Courthouse*, selon lequel le palais de justice ne serait plus seulement, d'ici 2000, un lieu dans lequel se déroule le procès mais deviendrait un véritable centre de résolution des différends, où les citoyens se verraient offrir toute une palette de modes de résolution. "... [a] flexible and diverse panoply of dispute resolution processes, with particular types of cases being assigned to differing processes (or combinations of processes), according to some of the criteria previously mentioned. Conceivably such allocation might be accomplished for a particular class of cases at the outset by the legislature. That in effect is what was done by the Massachusetts legislature for malpractice cases. Alternatively, one might envision by the year 2000 not simply a court house but a Dispute Resolution Centre, where the grievant would first be channelled through a screening clerk who would then direct him to the process (or sequence of processes) most appropriate to his type of case." (cf. BROWN/MARRIOTT, n° 5-039, cité par BROWN-BERSET, *op. cit.*, 343; cf. également *id.*, p. 345-346.)

¹⁰ GENTON/VERMEILLE, Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets, RDAI/IBLJ 2/1998, p. 131-170 ; RISSE, ADR and Business, in GOLDSMITH, POINTON & INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, 2006, p. 6 ; BROWN-BERSET, *op. cit.*, 345-346.

¹¹ JENKINS/STEBBINGS, International Construction Law Arbitration, Kluwer 2006, p. 60 ; RISSE, *Wirtschaftsmediation*, C.H.Beck 2003, p. 522 ss.

Quelques observations et chiffres pour illustrer l'importance de l'arbitrage pour notre pays, et pour l'industrie de la construction en général.

C L'arbitrage

L'arbitrage est considéré dans certains pays comme un ADR, notamment aux USA. Tel n'est pas le cas *stricto sensu* car l'arbitre dispose d'une « *juris dictio* », c'est-à-dire d'un pouvoir de dire le droit, de trancher.

L'arbitrage est une voix mixte, uni-contractuelle mi-juridictionnelle, le caractère contractuel l'emportant souvent dans la tradition de la *common law*, à l'inverse des conceptions civilistes du continent. La question du degré contractuel ou juridictionnel de la clause arbitrale reste un sujet souvent débattu¹².

Il résulte de cette nature mixte que le règlement du différend imposé par l'arbitre repose sur l'application d'une norme objective, à savoir le droit applicable, à l'aune de laquelle il décide qui a raison (résultat *win-lose*). Dans les processus « alternatifs », au contraire, le règlement du conflit est déterminé par la volonté des parties avec l'aide d'un tiers, en tenant compte des intérêts commerciaux des parties (et non pas seulement des règles de droit applicables)¹³.

1. Sur le plan international

L'arbitrage est incontestablement devenu depuis les années 1970, le mode de règlement des différends préféré des acteurs du commerce international. En particulier, les contrats relatifs aux fusions et acquisitions, aux transferts de technologies, de savoir-faire, de propriétés industrielles, les contrats dans le secteur des télécommunications et les projets d'infrastructure, prévoient systématiquement le recours à l'arbitrage.

Les avantages de l'arbitrage par rapport au contentieux judiciaire sont nombreux. Il permet aux parties de régler leurs désaccords sur un terrain « neutre » et évite de donner un « Heimvorteil » à l'une ou l'autre des parties : aucune des parties n'agit devant sa juridiction nationale et ne se trouve donc avantagée de ce fait par rapport à l'autre. Les parties sont libres dans le choix des arbitres. Elles peuvent nommer des personnes ayant les compétences et la disponibilité souhaitées par les parties. Les procédures arbitrales sont en général plutôt rapides car seul le tribunal arbitral peut statuer sur le fond du litige. Il n'y a, en principe, pas d'appel.¹⁴

Le plus gros avantage de l'arbitrage n'est cependant pas la rapidité ou le coût de la procédure mais bien plutôt le régime favorable dont bénéficient les sentences par rapport aux jugements lorsqu'il s'agit de les faire reconnaître et exécuter à l'étranger. En effet, la plupart des Etats ont ratifié un traité international qui les oblige à reconnaître et exécuter presque automatiquement toute sentence arbitrale rendue dans un autre Etat signataire (la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, dite « Convention de New York »).

C'est là **un avantage décisif de l'arbitrage** par rapport aux procédures devant les tribunaux étatiques car les traités internationaux instaurant un régime similaire pour l'exécution de jugements rendus par un tribunal d'un autre Etat sont extrêmement rares (à l'exception, très importante, de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 entre la Suisse et l'Union Européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile

¹² BROWN-BERSET, *op. cit.*, p. 341.

¹³ *Id.*, p. 312.

¹⁴ Dans la plupart des pays, les tribunaux étatiques ne peuvent pas revoir le bien-fondé d'une sentence arbitrale, mais uniquement vérifier si elle aboutit à un résultat acceptable du point de vue de l'ordre public et si la procédure était en conformité avec les règles fondamentales des droits de la défense et de l'égalité des parties. Le régime suisse est encore plus limitatif dans la mesure où seul un recours direct au Tribunal fédéral est ouvert contre les sentences arbitrales internationales rendues en Suisse (Art. 190 LDIP).

et commerciale, qui a pour objet de « faciliter la reconnaissance et d'instaurer une procédure rapide afin d'assurer l'exécution des décisions, des actes authentiques et des transactions judiciaires »).

Le contraste entre l'extraordinaire bienveillance témoignée par la communauté des nations à l'égard des tribunaux arbitraux privés et la réserve, voire la méfiance, affichée et persistante à l'égard des autorités judiciaires d'Etats tiers est saisissant. Il est en règle générale plus facile de faire exécuter une sentence arbitrale rendue en Europe aux Etats-Unis, par application de la Convention de New York, qu'un jugement d'un tribunal étatique européen. La nouvelle Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for a essayé de promouvoir un traité international permettant l'exécution d'un jugement rendu dans un pays membre dans les autres Etats signataires, mais en vain.

Les parties sont libres de choisir les règles de procédure applicables à la conduite de la procédure arbitrale, dans les limites du droit applicable au siège du tribunal arbitral. Ainsi, tout arbitrage international ayant son siège en Suisse est soumis au Chapitre 12 de la Loi sur le droit international privé (LDIP), la *lex arbitri* (« loi de l'arbitrage » en latin). De la même manière, tout arbitrage de droit interne suisse est régi par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage, adopté par la conférence des directeurs cantonaux de la justice le 27 mars 1969 et approuvé par le Conseil fédéral le 27 août 1969. Ces textes contiennent des règles de procédure générales. Si les parties souhaitent des règles plus élaborées, elles sont libres de les rédiger elles-mêmes, d'adopter les règles de procédures proposées par la Conférence des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹⁵ ou de confier cette tâche aux arbitres. Les parties ont également la possibilité de soumettre le litige à un **arbitrage administré** par une institution spécialisée, en adoptant son règlement d'arbitrage.

Les institutions d'arbitrage les plus connues sont la Cour d'arbitrage international de la Chambre de commerce international (CCI), située à Paris, qui administre des arbitrages partout dans le monde.

Les « Swiss Rules of International Arbitration » ont été conçues et adoptées par les six plus importantes chambres de commerce en Suisse (soit, Bâle, Berne, Genève, Tessin, Vaud et Zurich). Elles constituent un règlement d'arbitrage international uniforme et ont été adoptées en 2004. Les autres institutions d'arbitrage les plus connues comprennent notamment la London Court of International Arbitration (LCIA), le Règlement d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm; l'Association d'Arbitrage Américaine (AAA) et sa branche internationale, le *International Centre for Dispute Resolution (CEDR)*. En Asie on songera notamment à la *China Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*, au Singapore International Arbitration Centre (SIAC) et au Hong Kong International Arbitration Centre (HKIA). Un centre d'arbitrage qui a connu un succès fulgurant ces dernières années est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁶. Le CIRDI est une institution spécialisée, qui a sa source dans la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investisseurs entre Etats et ressortissants d'autres Etats, à laquelle la plupart des pays ont adhéré. Elle permet à un investisseur d'un Etat signataire d'instituer unilatéralement une procédure arbitrale à l'encontre de l'Etat hôte de l'investissement s'il a donné son consentement à l'arbitrage CIRDI dans un contrat d'investissement ou dans un traité bilatéral d'investissement (TBI ou « BIT » en anglais¹⁷) et manque à ses engagements contractuels ou internationaux.

¹⁵ Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, acronyme pour Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL en anglais).

¹⁶ ICSID de son nom anglais.

¹⁷ En résumé, un TBI accorde un certain degré de protection aux investisseurs étrangers qui ont réalisé un investissement au sein du pays d'accueil de l'investissement et interdit à ce dernier de discriminer, d'exproprier sans compensation ou de spolier l'investisseur étranger.

Chacun de ces règlements et institutions a ses avantages et ses inconvénients, lesquels peuvent varier en fonction du contrat en jeu ou des parties en question. Le temps nous manque ici pour approfondir cette question, qui mériterait, à elle seule, de faire l'objet d'une conférence.

Il est prudent de ne pas modifier les clauses modèles proposées par ces diverses institutions sans avoir recueilli au préalable l'avis d'un spécialiste.

Dans la mesure où la plupart des arbitrages commerciaux se déroule de manière confidentielle et à l'abri du regard du public (ce qui est généralement perçu comme un avantage par les utilisateurs), aucune **statistique** globale sur le nombre de procédures arbitrales en cours ou réglées n'est disponible. Il est toutefois possible de mesurer l'importance de l'arbitrage à travers les statistiques publiées par la CCI. Selon celles-ci, 521 nouvelles affaires ont été enregistrées en 2005, ce qui porte le nombre total des affaires traitées par la CCI depuis sa création à plus de 14.000¹⁸. De plus, en 2006, c'est en Suisse que se trouvait le siège du plus grand nombre d'arbitrage CCI (Genève/Zürich se trouvant devant Paris et Londres).

La Suisse fournit le contingent le plus important d'arbitres. Notons aussi que le droit suisse est fréquemment choisi comme droit applicable à des contrats internationaux.¹⁹

2. En Suisse

En ce qui concerne les différends internes, le Concordat sur l'arbitrage du 27 août 1969 est applicable. S'il n'existe pas de statistiques précises à ce sujet, il nous apparaît clair que le recours à l'arbitrage est moins fréquent qu'il ne l'est en matière de construction à dimension internationale.

3. L'importance de l'arbitrage pour le règlement des différends de construction

Pour apprécier l'importance de l'arbitrage dans le domaine de la construction, il suffit de rappeler quelques chiffres évoqués dans les statistiques de la CCI : les différends en matière de construction, de génie civil et d'ingénierie forment la plus grande partie des affaires soumises à l'arbitrage de la CCI (en 2005 : ils représentaient 14,4% de toutes les affaires). De même, les contrats de construction et d'ingénierie tiennent la première place parmi les contrats à la base des différends. A cela, s'ajoute une partie des contrats de consortium et joint venture mentionnés séparément dans les statistiques CCI²⁰.

Autre signe du rôle crucial de l'arbitrage : la plupart des contrats modèles de construction répandus ont des clauses d'arbitrage.²¹ C'est le cas, par exemples, des contrats FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) ou des modèles de l'Institution of Civil Engineering (ICE).

L'utilisation du contrat modèle FIDIC est exigée par les banques et les agences de développement internationales pour les projets d'infrastructures qu'elles financent.²²

Depuis quelques années, les sociétés de construction actives à l'étranger s'en remettent également de plus en plus fréquemment à la protection des traités bilatéraux relatifs à la

¹⁸ Rapport statistique 2005, Bulletin CCI 1/2006, p. 5.

¹⁹ Selon le rapport statistique de la CCI (Bulletin CCI 1/2006, p. 5 ss.) en 2005 133 arbitres suisses, dont 52 arbitres uniques et 53 présidents de tribunaux arbitraux (14.03%) ont siégés nommées dans les arbitrages CCI (suivis des Français, des Anglais et des Allemands), 96 sur 443 ont eu lieu en Suisse (France 85, Royaume-Uni 50), Genève (58) et Zurich (35) étant les villes les plus populaires (avec Paris, 85, et Londres, 50)., Comme dans les années précédentes, le choix de droit matériel le plus courant a porté sur la loi suisse (suivi du droit français et du droit américain).

²⁰ Bulletin CCI 1/2006, p. 5, 12 s.

²¹ JENKINS/STEBBINGS, p. 14.

²² Selon JENKINS/STEBBINGS, p. 14, 110 : United Nations Development Programme (UNDP), Asian Development Bank, Commission européenne, Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Banque européenne d'investissement (BEI), Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD).

protection des investissements conclus entre leur pays d'origine et celui dans lequel la construction a lieu. Le premier arbitrage CIRDI à avoir lieu, au début des années 1980, concernait d'ailleurs un différend relatif à la construction d'un complexe hôtelier au Maroc (Holiday Inn c/ Maroc).²³

En Suisse, le recours à des modes alternatifs de résolution de litiges n'est pas aussi fréquent que sur le plan international. Signalons toutefois l'existence du « Règlement de conciliation et Tribunal arbitral Construction + Immobilier » mis en place par la Société suisse des entrepreneurs en janvier 2007 (<http://www.sia.ch/f/societe/prestations/juridique/documents.cfm>), ainsi que les procédures prévues dans le cadre du projet de construction des deux nouvelles lignes ferroviaires à travers les Alpes (NLFA).

D Autres modes alternatifs de règlement des différends

Ainsi qu'il a été dit plus haut, la terminologie en matière d'ADR n'est pas clairement établie. Pour les besoins de cet article, ces divergences ne revêtent cependant pas une grande importance. L'approche la plus pertinente nous semble être celle de l'identification des caractéristiques essentielles des différends modes alternatifs de règlement des différends. Ce qui importe en effet pour l'utilisateur est de savoir à qui faire appel en cas de différends et quelles sont les tâches et les compétences des tiers à qui il peut faire appel.

1. ADR imposés par le législateur

a) La médiation judiciaire imposée

Dans certains pays anglo-saxons convertis à la doctrine du *case management*, qui impose aux tribunaux de pratiquer une juste et efficace gestion des dossiers et de la procédure, le recours aux ADR, en particulier à la médiation, est devenu un élément essentiel de la procédure civile.

²³ Incidemment, le premier arbitrage CIRDI portait non seulement sur un projet de construction (d'un complexe hôtelier au Maroc) mais impliquait également une équipe de conseils suisses (cf. LALIVE, *The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems*, 51 Brit. Y.B. Int'l L. 123 (1980)). On peut citer, à titre d'exemple de procédures menées devant le CIRDI relatives à des projets de construction : *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c/ Royaume du Maroc* (affaire n° ARB/00/4), concernant la construction d'une section d'autoroute ; sentence sur la compétence du tribunal arbitral du 23 juillet 2001, original français : J.D.I. – Clunet 2002, p. 196 ; traduction anglaise : 42 *ILM* 609 (2003), 6 *ICSID Rep.* 400 (2004) ; procédure interrompue en 2004 ; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c/ République Bolivarienne du Venezuela* (affaire n° ARB/00/5), concernant la construction d'un réseau d'autoroutes ; sentence sur la compétence du tribunal arbitral du 27 septembre 2001, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/decjuris.pdf> ; sentence finale du 23 septembre 2003, http://www.worldbank.org/icsid/cases/Award_Total.pdf ; *Consortium R.F.C.C. c/ Royaume du Maroc* (affaire n° ARB/00/6), concernant la construction d'une section d'autoroute, sentence sur la compétence du tribunal arbitral du 16 juillet 2001, original français : <http://www.worldbank.org/icsid/cases/rfcc-decision.pdf>, sentence finale du 22 décembre 2003, original français : 20 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* Issue 2 (2005), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/rfcc-award.pdf>, décision du Comité ad-hoc sur la demande d'annulation de la sentence finale, rendue le 18 janvier 2006 (non publiée) ; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c/ Jordanie* (affaire n° ARB/02/13), concernant la construction d'un barrage ; sentence sur la compétence du tribunal arbitral du 29 novembre 2004, 20 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 148 (2005) ; 44 *ILM* 569 (2005) ; traduction française : J.D.I. – Clunet 2005, p. 182 (extraits), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/salini-decision.pdf>, sentence finale du 31 janvier 2006, http://www.worldbank.org/icsid/cases/SaliniJordanAward_IncludingAnnex.pdf ; *Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ Algérie* (affaire n° ARB/03/8), concernant la construction d'un barrage, sentence finale du 10 janvier 2005, original français : 19 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 426 (2004), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/lesi-sentence-fr.pdf> ; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c/ République du Chili* (affaire n° ARB/01/7), concernant la construction d'un complexe résidentiel, sentence finale du 25 mai 2004, <http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf>, procédure concernant la demande d'annulation de la sentence en cours ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c/ République Islamique du Pakistan* (affaire n° ARB/03/29), concernant la construction d'une autoroute, sentence sur la compétence du tribunal arbitral du 14 novembre 2005, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0329Decisionjurisdiction.pdf>.

C'est le cas par exemple aux Etats-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et, dans une moindre mesure, au Canada.²⁴

En Australie, par exemple, les juges peuvent, dans tous les Etats, ordonner le renvoi d'une affaire à la médiation.²⁵ La décision de renvoi détermine le cadre de la médiation ou de l'ADR en précisant les détails, les exigences en matière d'échange d'informations, la répartition des frais et d'autres questions pratiques. Le médiateur est choisi par les parties et son nom est mentionné dans l'ordonnance de renvoi. En règle générale, le processus de médiation reste informel et librement organisé par le médiateur et les parties. Le juge reste en retrait,²⁶ même si le médiateur est tenu de lui rendre compte du résultat de la médiation. Si la médiation échoue, la procédure judiciaire reprend son cours normal. Si elle se solde par une transaction, les parties peuvent requérir une ordonnance constatant les termes de leur accord.

Dans un système de médiation judiciaire imposée, tel que celui de l'Australie, la médiation n'est plus une alternative au procès mais devient « une option interne à un processus judiciaire qui l'englobe ».²⁷ Une telle conception remet en cause la philosophie extrajudiciaire du processus, et soulève des questions de droit constitutionnel, d'organisation judiciaire, de procédure ainsi que des questions relatives au rôle du juge, en particulier dans la gestion des dossiers, qui vont bien au-delà du champ de nos observations.

b) Adjudication

Au **Royaume-Uni** le *UK Construction Act* de 1996 a introduit la procédure d'**adjudication** au cours de laquelle un « *adjudicator* » neutre procède à une évaluation sommaire d'un aspect ponctuel du différend et rend une décision exécutoire sur les points qui lui ont été soumis.

L'adjudication est obligatoire pour tout contrat d'entreprise et toute construction sur le territoire du Royaume Uni. Tout différend résultant d'un tel contrat doit obligatoirement être soumis à un « *adjudicator* ». Une fois sa décision rendue, la partie qui n'est pas satisfaite par cette décision peut saisir le juge ou un arbitre (si le contrat comporte une clause compromissoire). La procédure est extrêmement rapide : l'« *adjudicator* » n'a que 28 jours pour se prononcer. Cela dit, les résultats de la mise en œuvre de cette procédure sont positifs et encourageants.

La rapidité de la procédure ne permet guère à l'« *adjudicator* » de rendre une décision qui tienne compte de toutes les facettes du différend. Elle favorise souvent le demandeur qui a tout loisir pour préparer sa demande alors que le défendeur n'a que quelques jours pour y répondre.

L'**Union Européenne** prône pour sa part l'utilisation de la **médiation** et la Commission a présenté un livre vert sur l'utilisation des ADR dans les différends commerciaux, suivi d'une proposition de Directive.²⁸

En **Suisse**, la médiation commerciale en est encore à ses débuts. Seul le canton de Genève a instauré à ce jour un système de médiation commerciale.²⁹

2. ADR prévus contractuellement

a) « Partnering »

²⁴ BROWN/MARRIOTT, op. cit., n° 5-001 ss.

²⁵ BROWN/MARRIOTT, op. cit., n° 5-062 à 5-071.

²⁶ Id.

²⁷ Id.

²⁸ Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale [SEC(2004) 1314] (présentée par la Commission le 22 octobre 2004) COM(2004) 718 final, 2004/0251 (COD), disponible à http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0718fr01.pdf. Voir également le communiqué de presse de la Commission du 22 octobre 2004, disponible à <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1288&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>. Voir aussi, BROWN-BERSET, op. cit., p. 383-392.

²⁹ SAMBETH-GLASNER, Mediation in Switzerland, IBA Mediation Committee Newsletter, December 2006, p. 30-32.

Il existe des mécanismes qui peuvent être introduits dans la relation contractuelle entre les parties en amont de tout différend. Leur objet est d'empêcher l'avènement d'un différend ou, à tout le moins de permettre son règlement à un stade très préliminaire. Les techniques appelées « *partnering* » et « *alliancing* » jouissent d'une popularité croissante aux Etats-Unis, en Angleterre et en Australie.³⁰ Ces techniques novatrices ont été utilisées, notamment, dans le cadre d'appels d'offres organisés par des entités publiques, lasses des rapports conflictuels et forcément stériles qui peuvent caractériser les relations entre maître de l'ouvrage et entrepreneur. Comment cela fonctionne-t-il ? Tous les intervenants d'un chantier ou un certain nombre d'entre eux se mettent d'accord afin de travailler dans un esprit constructif vers un but commun : la construction d'un ouvrage de qualité dans les meilleurs délais. Pour ce faire, les parties concluent une « *partnering charter* » qui peut être plus ou moins contraignante. En général, la charte inclut des dispositions concernant les échanges d'information, la coopération directe sans passer par les voies hiérarchiques, le dialogue - au lieu des notifications formelles (et, partant, coûteuses) ou des réclamations traditionnelles -, et enfin la mise en place d'un comité composé de représentants de tous les membres, lequel trouvera une solution en cas de controverses (par exemple, dans le cadre d'un contrat à prix plafonné, la question de savoir si une modification de la commande doit donner lieu à un supplément de paiement peut être soumis au comité).

Pour renforcer l'esprit de coopération entre les parties, les chartes prévoient souvent une récompense ou une pénalité en fonction du degré d'achèvement général du projet, cette récompense ou pénalité n'étant pas liée à la performance individuelle des intervenants.

Les utilisateurs qui se sont exprimés sur le sujet et l'ont expérimenté s'en sont dits satisfaits dans la majorité des cas. Toutefois, le système du « *partnering* » présente certaines faiblesses qu'il ne faut pas négliger. Les intérêts de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage sont certes communs ou parallèles sur certains points mais divergent toutefois fondamentalement sur d'autres. Il est indéniable que la meilleure manière d'éviter des différends demeure la conclusion d'un contrat sain, fondé sur la connaissance des risques liés au projet, un contrat dans lequel aucune des parties n'arrache aux autres des concessions qui ne peuvent qu'envenimer l'exécution du projet en incitant une partie à récupérer ce qu'elle a concédé au moyen d'une interprétation « agressive » du contrat. Tel est par exemple le cas de l'entrepreneur qui a été contraint de faire des sacrifices importants lors de la procédure de soumission et qui formule par la suite des réclamations incessantes en arguant de changements plus ou moins imaginaires (« *change orders* »). Un autre exemple classique est celui du maître de l'ouvrage qui, lors d'une période de pénurie de mains d'œuvres, doit payer des travaux au prix fort.

Le « *partnering* » est le plus utile s'il est mis en œuvre avant même que le contrat n'ait été signé, et si les négociations pour le conclure, voire le développement du projet, sont menées de manière transparente et dans un esprit de coopération. Si le contrat n'est pas conclu sur une telle base, il est peu probable que la conclusion d'un « *partnering* » à un stade ultérieur permette d'éviter les différends à venir.

En tout état de cause, si un différend survient dans le cadre d'un contrat de « *partnering* », les parties doivent pouvoir conserver la possibilité de recourir à un autre mode de règlement de leurs différends. Il est donc recommandé que la charte détermine si le comité instauré par la charte a des pouvoirs décisionnels, si une partie peut revenir sur certaines des concessions qu'elle a concédées dans le cadre d'un rapport de « *partnering* », si un processus engagé par

³⁰ JENKINS/STEBBINGS, p. 99 ; ROE/JENKINS, *Partnering and Alliancing in Construction Projects*, London, 2003; BENNET/PEACE, *Partnering in the Construction Industry: Code of Practice for Strategic Collaborative Working*, Butterworth, 2006.

application d'une disposition de la charte interrompt la prescription³¹, et qu'elle règle un certain nombre d'autres questions pratiques.

La plupart des modes de règlement des différends font appel à l'intervention d'un tiers, le plus souvent un tiers neutre et indépendant (par rapport au différend et pas nécessairement aux parties). D'autres modes de règlement de différends laissent parfois le processus entièrement entre les mains des parties. Ainsi, un contrat peut-il prévoir que les différends seront soumis (souvent de manière successive) à un comité composé de représentants des parties ou de cadres supérieurs des entreprises participantes (ces représentants ou cadres ne devant pas être déjà impliqués dans le projet). Une forme particulière de ce genre de négociation est connue sous le nom de « *Mini-Trial* ». Il s'agit d'une procédure dans le cadre de laquelle les parties demandent à un haut responsable, qui n'est pas déjà impliqué personnellement dans le projet ou le différend, de participer à un panel dont la mission sera précisément de trancher les différends. Le panel est généralement composé de deux responsables de haut niveau et d'un tiers neutre et indépendant.

b) La médiation

La **médiation** est une forme de négociation assistée au cours de laquelle un tiers neutre, le médiateur, aide les parties dans la résolution du conflit ou du différend qui les oppose en favorisant la communication et le dialogue. En général, le médiateur n'émet pas de recommandation écrite et ne rend pas de décision³². Si malgré les efforts du médiateur les négociations n'aboutissent pas, le médiateur peut, dans certains cas, suggérer aux parties qu'il formule une proposition motivée, comme dernier moyen d'aboutir à une transaction.³³

La CCI a publié un Règlement ADR qui a pour ambition de répondre à toutes les éventualités.³⁴ Les parties peuvent prévoir soit une procédure ADR purement facultative, soit l'obligation d'envisager une procédure ADR, soit l'obligation de soumettre le différend à une procédure ADR assortie d'un mécanisme d'expiration automatique, soit encore de soumettre le différend à une procédure ADR, puis à un arbitrage CCI si nécessaire. Un modèle d'accord de médiation *ad hoc* est proposé en annexe de cette contribution³⁵

La CNUDCI a conçu un projet de loi modèle sur la médiation.³⁶

Il faut aussi mentionner la **co-médiation**, qui permet, lorsque plusieurs parties participent à la médiation et que les problèmes soulevés nécessitent des connaissances dans des domaines techniques et/ou juridiques particuliers, de recourir à deux médiateurs qui se complètent. Ces deux médiateurs peuvent améliorer l'efficacité du processus à condition qu'ils forment une équipe soudée.

c) L'expertise-arbitrage

Lors d'une **expertise-arbitrage** (« *Schiedsgutachten* » ; « *Expert determination* »), l'expert prend une décision sur les questions de fait ou de droit que les parties lui soumettent.³⁷ Ses conclusions, pour autant qu'elles ne portent que sur les seuls points qui lui ont été soumis contractuellement, ne peuvent être attaquées qu'en cas d'erreur grave ou de violation de règles de procédure élémentaires.³⁸ L'expertise-arbitrage peut amener les parties à régler leur différend à l'amiable.

³¹ Sur le risque de prescription et la médiation, cf. BROWN-BERSET, *op. cit.*, p. 367-374.

³² Sur la typologie médiation-conciliation (« *Vermittlung-Schlichtung* »), cf. BROWN-BERSET, p. 329-330.

³³ RISSE, p. 373.

³⁴ http://www.iccwbo.org/drs/french/adr/pdf_documents/reglement_adr_fr.pdf. cf. WOLRICH, ADR under the ICC ADR Rules, in GOLDSMITH, POINTON & INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, 2006 Kluwer Law International, p. 73

³⁵ V. *infra* Annexe 2).

³⁶ ABASCAL, *Some Remarks on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, in ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 415; BROWN-BERSET, *op. cit.*, p. 375-383.

³⁷ STUBBE, *Schiedsgutachten als modernes ADR-Instrument*, *SchiedsVZ* 3/2006, p. 150-155.

³⁸ HÜRLIMANN, *Schiedsgutachten und deren Anfechtung*, *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Schulthess 2005, p. 401 ss.

Toutefois, la décision rendue par l'expert ne constitue pas une décision exécutoire. Si une partie refuse de reconnaître et d'exécuter une demande fondée sur une expertise-arbitrage, l'autre partie devra saisir l'autorité compétente afin que cette dernière tranche le fond du différend.³⁹

L'expertise-arbitrage doit être distinguée de l'expertise demandée par une partie au cours d'une procédure arbitrale ou judiciaire. Ces expertises constituent un moyen de preuve, dont la pertinence est soumise à la libre appréciation de l'arbitre ou du juge.

d) Les « *Dispute Boards* »

De nombreux projets de construction complexes et/ou internationaux sont dotés d'un organe qui accompagne le projet tout au long de son exécution : le « *Dispute Review Board* » (DRB) ou « *Dispute Adjudication Board* » (DAB). Les premiers n'émettent que des recommandations, les seconds disposent du pouvoir de rendre des décisions qui lient les parties jusqu'au prononcé d'une nouvelle décision par l'autorité compétente pour juger du fond du différend. Un tel panel peut disposer des deux facultés (« *Combined Dispute Board* »). Le nom générique pour toutes les formes de panels de « *Dispute Boards* » (DB) est souvent rencontré en pratique.⁴⁰ Les conditions FIDIC et la Banque Mondiale préconisant l'utilisation des DB, leur rôle a été crucial dans l'expansion des DB. Dans les versions antérieures à 1999, les conditions FIDIC étaient largement inspirées du modèle anglais de l'« *Engineer* ». En cas de différend, l'entrepreneur devait soumettre sa réclamation à l'ingénieur/architecte qui jouait un rôle double : un rôle de représentant du maître de l'ouvrage, mais aussi un rôle d'arbitre neutre.⁴¹ Les parties désirant saisir le tribunal arbitral étaient obligées de faire appel au préalable à l'ingénieur, le tribunal arbitral n'étant conçu que comme une sorte de deuxième instance. Dans la pratique internationale, ce modèle, inconnu dans les pays de tradition civiliste, n'a pas eu le succès escompté et n'a pas réussi à s'imposer. La plupart des architectes étaient peu à l'aise dans ce double rôle, et leurs décisions étaient rarement favorables aux entrepreneurs. Par conséquent, ces derniers considéraient que cette première étape de règlement du différend était souvent inutile. Pour répondre aux critiques, la FIDIC a abandonné ce modèle. Un comité d'experts a ainsi pris la place de l'ingénieur dans les conditions FIDIC publiées en 1999.

En 2004, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) a mis en place un système de DB en publiant les « *ICC Dispute Board Rules* », les « *Standard Dispute Board Clauses* » et un « *Model DB Member Agreement* ». ⁴² Selon ce modèle, une partie qui conteste la décision d'un DB peut porter le différend devant un tribunal arbitral. Si elle ne le fait pas dans les délais impartis par le règlement, l'autre partie peut demander au tribunal arbitral de considérer la décision du DB comme constitutive d'une obligation contractuelle liant les parties et de l'appliquer en tant que telle.⁴³

³⁹ Id.

⁴⁰ Sur les origines des DRB, voir KOCH, *The New Dispute Board Rules of the ICC*, in *ASA Bull* 2005, p. 53, 54 ss, et GENTON/VERMEILLE, p 136 s. GENTON, *An efficient dispute management tool: The Dispute Board and the ICC DB Rules*, in GOLDSMITH, POINTON & INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, 2006 Kluwer Law International, p. 93

⁴¹ Le système judiciaire anglais connaît une particularité semblable. En Suisse, les avocats et les experts nommés par les parties n'ont pas d'obligation générale d'attirer l'attention du tribunal sur les éventuels précédents contraires aux intérêts de leurs parties. En Angleterre, en revanche, les experts juridiques, même s'ils sont nommés par les parties, et les avocats, sont soumis à des obligations assez strictes d'évoquer non seulement les précédents favorables à la position de leurs clients, mais également d'identifier les précédents qui pourraient leur être défavorables.

⁴² Les documents sont disponibles sur le site internet de la CCI: http://www.iccwbo.org/drs/english/dispute_boards/db_rules_2004.pdf.

⁴³ KOCH, p. 86.

Les DB sont en passe de devenir un outil important dans le règlement des différends en matière de construction, notamment ceux basé sur un contrat FIDIC.⁴⁴

Il est manifeste que l'existence d'une autorité investie d'un pouvoir de décision, même provisoire, peut avoir des effets bénéfiques de deux ordres : d'une part, il permet de soumettre des différends ou de simples controverses à un panel de spécialistes conformément à une procédure préétablie. En cas de controverse, les parties connaissent la manière de procéder et n'ont pas besoin de déclencher une procédure longue et coûteuse, qui risquerait de nuire irrémédiablement à leurs rapports et de mettre en péril le bon achèvement du projet. D'autre part, l'existence d'un DB décourage l'instrumentalisation d'un différend à des fins purement dilatoires. Le demandeur invoquant des arguments fallacieux ne peut pas espérer gagner beaucoup de temps. En effet, même si le DB ne peut pas rendre de décision finale, il peut et doit examiner rapidement le bienfondé de la réclamation, ce qui lui permettra, le cas échéant, d'exposer rapidement l'éventuelle absence de sérieux d'une réclamation.

e) Les formes hybrides

Il existe **de nombreuses variantes** combinant plusieurs processus de règlement de différends, soit au sein de la même procédure, soit de manière successive, par étapes (ce que les anglais appellent « *tiered* », ou « *multi-tiered proceedings* »).

C'est le cas, par exemple, des processus dits de « *Med-Arb* », dans lesquels un tiers neutre est d'abord médiateur et si les parties ne parviennent pas à s'entendre au terme de la médiation, prend le rôle d'arbitre et rend une sentence.

f) Synthèse

La plupart des clauses de règlement des différends que l'on trouve dans les contrats portant sur des projets de construction importants prévoient des procédures en deux étapes ou plus. Les ADR, c'est-à-dire les procédures qui responsabilisent les parties sans aboutir à une décision exécutoire sont devenues un véritable outil de management des différends.⁴⁵

Le tableau ci-après tente d'illustrer les caractéristiques essentielles des procédures que nous venons d'évoquer :

Procédure	Soumission à un tiers	Degré de Formalisme	Pouvoir/obligation du tiers de décider	Caractère exécutoire de la décision
Négociation	Non	Peu		Non
<i>Partnering</i>	Non	Peu		Non
<i>Mini-Trial</i>	Non	Moyennement		Non
Médiation	Oui	Peu	Non	Non (sauf si le résultat de la médiation intervient pendant

⁴⁴ Voir KOCH, p. 54, qui rapporte que la Fondation des *Dispute Resolution Board* (DRBF) montre une augmentation considérable du nombre de DB. S'il a été reporté en 1988 seulement 19 projets incluant un DB, la DRBF en a reporté 1.062 en 2003.

⁴⁵ Le terme est utilisé par le directeur juridique de Bouygues, dans sa contribution à un récent ouvrage consacré aux ADR (GUILLEMIN, *Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution*, in GOLDSMITH, POINTON & INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, 2006 Kluwer Law International, p. 22).

				une procédure d'arbitrage et est entériné dans une sentence).
<i>Dispute Boards</i>	Oui	Moyennement	Oui pour le « <i>Dispute Adjudication Board</i> »	Contraignante jusqu'à décision de l'autorité compétente au fond
Expertise-arbitrage	Oui	Moyennement	Oui	Contraignante mais pas exécutoire
<i>Med-Arb</i>	Oui	Élevé (pour l'arbitrage)	Oui pour l'arbitre	Sentence exécutoire
Arbitrage	Oui	Elevé	Oui	Sentence exécutoire
Arbitrage avec exclusion de tout recours contre la sentence (Art. 192 LDIP : possible en cas d'arbitrage international seulement)	Oui	Elevé	Oui	Sentence exécutoire, sans possibilité de s'opposer à son exécution.

IV. Les coûts d'une procédure ADR

Quels sont les **coûts** liés à la mise en œuvre de ces processus ADR ? Il s'agit tout d'abord des coûts directs, donc les coûts de la procédure concernée (qui n'est pas nécessairement suffisante pour résoudre le différend de manière définitive). On pensera notamment aux frais des participants (donc, selon le cas, les parties, leurs avocats, le(s) médiateurs/arbitres/experts/membres d'un « *Dispute Board* ». Le coût du « *management time* » est difficile à évaluer et souvent sous-estimé, car il constitue en pratique un facteur important. Une société de construction partie à une procédure d'arbitrage ou à un procès doit se préparer de manière efficace. Pour ce faire, elle est obligée de mettre son personnel, souvent haut placé, à disposition de ses avocats, lesquels prépareront le dossier des réclamations, et, le cas échéant, les témoignages écrits (« *witness statements* »).

Le temps investi par les participants est le facteur le plus important pour les coûts. Une procédure plus souple ne prend pas forcément moins de temps qu'une procédure judiciaire de première instance ou un arbitrage. Une bonne préparation pour une audience de médiation exige un investissement en temps important. Si, en plus, le médiateur doit émettre un avis ou une recommandation motivé(e), les parties souhaiteront en principe lui soumettre des mémoires écrits.

La médiation est-elle **moins chère que l'arbitrage ou le procès devant un tribunal étatique** ? Tout est affaire de circonstances. Cela dit, la médiation a prouvé qu'elle était un outil de management

des différends efficace lorsqu'elle est utilisée à bon escient. Selon les statistiques publiées, la médiation aboutit à un arrangement dans 80-87% des cas⁴⁶. Les parties seront peut être contraintes au final d'engager une procédure devant l'instance une juridiction arbitrale ou étatique, mais cela n'arrive que dans une minorité de cas. Il n'est donc pas possible de donner une réponse générale.

V. L'accord transactionnel conclu dans le cadre d'une médiation

Si la négociation ou la médiation aboutit, il sera nécessaire de rédiger un contrat qui en décrive les termes aussi précisément que possible. Elle devra notamment répondre aux questions suivantes : **Qui** doit exécuter une obligation quelconque ? **Quand**, **Comment** et **Où** ? Ces questions sont apparemment simples, mais peuvent être assez compliquées en pratique. Ainsi, les démarches nécessaires pour mettre en œuvre la transaction peuvent parfois être complexes, notamment lorsqu'une exécution simultanée n'est pas possible.

Il est recommandé d'inclure dans la transaction des stipulations relatives au droit applicable et au mode de règlement des différends éventuels. Il n'est pas impossible de voir des contentieux découler d'une transaction.⁴⁷ Bien qu'il soit envisageable de prévoir une nouvelle médiation en cas de différend au sujet de l'exécution de la transaction, il sera souvent plus approprié de stipuler un mode plus contraignant, tel par exemple l'arbitrage.

VI. Le rôle de l'avocat ou du juriste d'entreprise dans la médiation

Lors d'une médiation, il est primordial que chaque partie soit représentée par une personne disposant des pleins pouvoirs pour transiger. En principe, il s'agit d'un dirigeant, et non pas d'un avocat ou d'un juriste d'entreprise.

Dans le cadre de la procédure judiciaire ou de la procédure arbitrale, l'avocat occupe les devants de la scène et est littéralement le « *Fürsprecher* », celui qui parle à la place de son client. La médiation, en revanche, est une procédure qui responsabilise les parties. Si une partie est représentée par un avocat-conseil, interne ou externe, il est capital pour le bon déroulement de la médiation que l'avocat-conseil s'efface devant son client.

Bien évidemment cela ne signifie aucunement que l'avocat doit rester inactif. Il lui incombe de préparer son client pour l'audience de médiation. Il doit connaître les faits, doit se préparer comme pour une audience, décortiquer le dossier, interroger les témoins, s'assurer que le représentant dispose de toutes les informations nécessaires lors de la médiation, évaluer des scénarios de transaction possibles, rédiger avec le client les « *opening statements* » (mais en évitant un style de plaidoiries !),

Lors de l'audience, l'avocat devra observer attentivement le déroulement de la médiation, sans intervenir, à moins que le médiateur ne l'interpelle pour lui demander par exemple de résumer la position juridique de son client ou d'attirer l'attention de ce dernier sur des renseignements erronés qu'il reçoit ou donne. L'avocat devra écouter attentivement les débats afin, d'une part, de recueillir des renseignements qui seront éventuellement utiles lors d'un procès ultérieur (si la médiation échoue), et d'autre part, d'évaluer la portée et l'efficacité des arguments soumis par les parties au médiateur, et de mesurer la crédibilité des déclarations des témoins.

Idéalement, la tâche de la rédaction de l'accord transactionnel devrait être laissée aux parties et au médiateur. Tout comme pendant les négociations, le rôle de l'avocat accompagnant est celui

⁴⁶ BROWN-BERSET, op. cit., p. 358-361, en particulier 360.

⁴⁷ Voir par ex. l'arbitrage CCI n° 9617, in J.D.I. – Clunet 2005, p. 1291.



d'un appui discret, laissant les devants de la scène à son client. L'avocat doit cependant veiller scrupuleusement à ce que l'accord soit juridiquement valable et, aspect essentiel en pratique, que les dispositions de l'accord soient suffisamment précises pour permettre son exécution sans encombres. Il appartient à l'avocat de s'assurer que la transaction ne contienne pas d'ores et déjà les germes de différends supplémentaires à venir.

VI. La rédaction d'une clause de résolution de différend

En règle générale, tout mode alternatif de règlement de différend est de nature contractuelle⁴⁸. Sans contrat, il n'y a pas d'alternative à la compétence des tribunaux étatiques. Il est donc capital de rédiger les clauses soigneusement, en particulier celles prévoyant un mécanisme à plusieurs étages, pour s'assurer de leur efficacité. A moins d'utiliser les clauses modèles recommandées par une institution d'arbitrage appropriée, ce qui est le plus souvent le choix le plus sûr, il est vivement conseillé de consulter un spécialiste pour la rédaction de ces clauses. Une clause prévoyant un mécanisme *ad hoc*, c'est-à-dire qui n'est pas soumis aux règles préétablies d'un organisme spécialisé, nécessite une attention particulière. Elle doit stipuler plus de détails.

Les clauses de règlement de différends devraient tenir compte notamment des éléments ci-après.

A Clauses arbitrales (clauses compromissoires)⁴⁹

Constater l'accord des parties à l'effet que tout différend soit soumis exclusivement à un tribunal arbitral (le cas échéant, après épuisement d'autres modes de règlement de différends) ;

S'assurer que la matière soumise à l'arbitrage est arbitrabile (ce qui sera le cas, en principe, pour tout différend impliquant un intérêt économique)⁵⁰ ;

Si d'autres modes de règlement des différends sont prévus, s'assurer que leur portée respective soit clairement délimitée. Quel mode doit être enclenché à quel moment ? Quelles sont les compétences des intervenants (médiateur, expert, arbitre) ?

Identification de la portée de la clause (par exemple, « tous les différends résultant du présent contrat » ;

Choix d'une institution (seules les institutions avec une expérience démontrée en arbitrage sont recommandables. Eviter les institutions « exotiques » ou peu utilisées) ;

Désigner une ville comme siège de l'arbitrage (choix crucial par lequel l'arbitrage se trouvera lié au droit de l'arbitrage du pays du siège. Eviter les sièges dans les pays qui n'ont pas fait leurs

⁴⁸ Il existe aussi des cas exceptionnels dans lesquels un traité entre Etats confère à une partie privé le droit de déclencher un mode de résolution des différends particulier. Tel est le cas des nombreux **traités de protection d'investissements étrangers**, bilatéraux ou multilatéraux. Normalement, ils prévoient des négociations suivies d'un processus judiciaire ou arbitrale. Notons toutefois que l'application de ces traités est soumise à des restrictions matérielles et personnelles. Le différend doit porter sur une violation du traité (de droit international public) et non pas une simple violation d'un contrat et la partie privée doit être un investisseur étranger du pays ayant signé le traité (pour un survol de traités signés par la Suisse, voir LIEBESKIND, *The Legal Framework of Swiss International Trade and Investments*, Part I and II, *Journal of World Investment & Trade*, juin et août 2006).

⁴⁹ L'Association suisse de l'arbitrage (ASA) a publié un guide utile sur la rédaction de clauses arbitrales et des choix stratégiques et erreurs à éviter au moment du litige (« Do's and Don'ts », 5^e édition, 2005).

⁵⁰ Notons toutefois que les réglementations de **protection des consommateurs** posent certaines limites à l'exclusion ou au retardement du recours aux tribunaux étatiques. Ainsi la Cour de justice des communautés européennes a décidé récemment qu'une clause arbitrale dans un contrat conclu par un consommateur était nulle et qu'il appartenait au juge d'examiner d'office si une telle clause était valable, même si le consommateur ne fait valoir l'invalidité pour la première fois dans le cadre du recours contre la sentence arbitrale (Aff. C-168/05, Décision du 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*). En matière de construction, cette limitation ne sera cependant applicable que dans de rares cas.

preuves comme pays accueillant favorablement les arbitrages. La notion du « siège » doit être distinguée du lieu où les audiences se dérouleront, qui peut être dans un autre lieu que le siège) ;

Nombre, méthode de nomination et éventuellement compétences particulières des arbitres (éviter des exigences trop restrictives et de nommer des arbitres dans la clause arbitrale) ;

Langue de l'arbitrage ;

Choix du droit applicable au fond ;

- Formalités : s'assurer que **toutes** les parties qui devront être soumises à l'arbitrage signent la clause arbitrale (par un représentant dûment autorisé !) Attention en cas de groupes de société. Il peut être utile de préciser que telle ou telle société du groupe est ou n'est pas soumise à l'arbitrage, pour éviter/ permettre que l'arbitrage soit étendu à des sociétés du groupe non signataire, mais étant intervenu dans la négociation ou l'exécution du contrat) ;

En cas de présence d'Etats ou de sociétés d'Etat parmi les parties, exclure leur immunité autant que faire se peut.

B Clauses de médiation / négociations

Préciser si la médiation/négociation est obligatoire ou facultative ;

Préciser que la médiation doit être menée par des représentants des parties investis des pouvoirs nécessaires pour signer un accord éventuel ;

Préciser le rôle du médiateur et la place de ses documents/décisions éventuels dans une procédure ultérieure (confidentialité ou non) ;

Préciser la nature de l'intervention du médiateur. A-t-il le pouvoir/obligation de rendre des décisions (contraignantes ou non) ou seulement de faire des recommandations ?

Le cas échéant, préciser quel mode de règlement de différend suivra si la décision du DB n'était pas acceptée par toutes les parties (arbitrage ? tribunaux ? lesquels ?).

Ajoutons que toute partie qui envisage une médiation doit au préalable procéder à une évaluation neutre et approfondie, un véritable **audit**⁵¹ de sa position contractuelle et de celle de sa partie adverse. Elle doit également analyser les avantages et inconvénients de la médiation de son point de vue et de celui de l'autre partie.

C Clause prévoyant un « Dispute Board »⁵²

Plusieurs organismes ont publié des règles auxquelles les parties peuvent se référer. Parmi les points qu'il sied de régler en tout état de cause on rappellera les éléments suivants :

Prévoir la mise en place d'un DB permanent plutôt qu'ad hoc ;

Sélectionner des membres neutres, disponibles et expérimentés en matière de différends de construction ;

⁵¹ Pour Jean-François Guillemain, directeur juridique de Bouygues : « The term "audit" has strong connotations but we have used it deliberately. Practitioners will agree that failure to conduct an in-depth audit is often the reason for poor dispute resolution clauses or litigation strategies which prove to be dangerously ineffective ». (*in* Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution, in GOLDSMITH, POINTON & INGEN-HOUSZ (dir.), *ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures*, 2006 Kluwer Law International, S. 26.

⁵² BUNNI, Dispute Boards – Dos and Don'ts, *Construction Law International* 3/2006, p. 10 ; JAYNES, Dispute Boards – Good News and Bad News: The 2005 „Harmonised“ Conditions of Contract Prepared by Multilateral Development Banks and FIDIC, *Int'l Construction Law Review* 2006, p. 102-112.



Prévoir la nomination des membres du DB au plus tard au moment du début des travaux, pour une durée allant jusqu'à l'expiration du délai de garantie ;

Prévoir un mécanisme de remplacement des membres ;

Prévoir des visites du chantier régulières ;

Prévoir des délais raisonnables pour le DB (par exemple, pour une visite en cas de contentieux, pour le prononcé d'une décision) ;

Préciser le rôle des membres du DB et des documents/décisions du DB dans une procédure ultérieure (confidentialité ou non) ;

Préciser la nature des décisions du DB (contraignante ou non) ;

Le cas échéant, préciser quel mode de règlement de différend suivra si la décision du DB n'était pas acceptée par toutes les parties (arbitrage ? tribunaux ? lesquels ?).

VII. CONCLUSIONS

Ces dernières années, sous l'impulsion notamment des contrats modèle FIDIC, très répandus, des processus novateurs de règlement et de prévention des différends en matière de construction nouveaux ont fait leur apparition en matière internationale. Un nombre croissant de contrats instaurent un « *Dispute Board* », permanent ou *ad hoc*, auquel les parties soumettent leurs différends au fur et à mesure que ceux-ci surgissent. Seuls les différends tranchés par le « *Dispute Board* » peuvent être ensuite soumis à un tribunal arbitral ou à un tribunal étatique compétent si une des parties concernées conteste la décision rendue par le DB dans les délais impartis.

Une autre tendance est la soumission des différends commerciaux à la procédure de la médiation, qui est soit ordonnée par un tribunal, soit initiée par les parties de leur propre gré. Il est vraisemblable que les acteurs du commerce international auront davantage recours à la médiation dans le futur, tout en se réservant la possibilité de faire appel à un tribunal arbitral ou étatique dans l'hypothèse où la médiation venait à échouer.

Quelles sont les conclusions que l'on peut en retenir en matière de construction en Suisse ?

En premier lieu, il est manifeste que ces processus de règlement des différends, qui sont particulièrement appropriés à ce domaine d'activité, ont fait leurs preuves. En ce qui concerne les projets d'une certaine envergure et d'une certaine complexité, il apparaît éminemment sensé de prévoir une alternative, même temporaire, au recours aux tribunaux. Il est à cet égard symptomatique que les contrats conclus dans le cadre du projet de construction des deux nouvelles lignes ferroviaires à travers les Alpes (NLFA) mettent en place un mécanisme de règlement des différends extérieur au système judiciaire classique.

La Suisse est un centre d'excellence tant pour la technique de construction que pour la technique de règlement des différends. Ses écoles polytechniques fédérales sont parmi les meilleures au monde. La Suisse est historiquement le siège de procédures arbitrales préféré au monde. Le droit suisse est l'un des plus populaires au monde.

Si nous ne pouvions former qu'un vœu, ce serait celui-ci : celui de voir une présence suisse accrue sur les chantiers du monde, plus de « *claims consultants* », de directeurs de projet, d'architectes et d'entrepreneurs. Quant aux modes alternatifs de règlement de différends, ils présentent non seulement des opportunités d'économies substantielles pour l'industrie de la construction, mais également un potentiel pour des techniciens et juristes polyglottes suisses désireux d'offrir leurs services dans ce secteur.

ANNEXES

1) Bibliographie sommaire

José Maria ABASCAL, Some Remarks on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, in ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 415

John BENNET / Sarah PEACE, Partnering in the Construction Industry: Code of Practice for Strategic Collaborative Working, Butterworth 2006

Klaus Peter BERGER, Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, RIW 2001, p. 881

Marc BLESSING, Streitbeilegung durch ADR und proaktive Verhandlungsführung, Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, ASA Bull. 1996, p. 123

Dominique BROWN-BERSET, La médiation commerciale : le géant s'éveille, Revue de Droit Suisse, NF 121, I, 2002

Nael G. BUNNI, Dispute Boards – Dos and Don'ts, Construction Law International 3/2006, p. 10

Pierre M. GENTON et François VERMEILLE, Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets, RDAI/IBLJ 2/1998, p. 131-170

Jan-Claude GOLDSMITH, Gerald H. POINTON, Arnold INGEN-HOUSZ (dir.), ADR in Business, Practice and Issues Across Countries and Cultures, Kluwer 2006

Gordon JAYNES, Dispute Boards – Good News and Bad News: The 2005 „Harmonised“ Conditions of Contract Prepared by Multilateral Development Banks and FIDIC, Int'l Construction Law Review 2006, p. 102-112

Jane JENKINS and Simon STEBBINGS, International Construction Law Arbitration, Kluwer 2006, p. 55

Doug JONES, Various Non-binding (ADR) Processes, ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 367

Christopher KOCH, The New Dispute Board Rules of the ICC, ASA Bull 2005, p. 53

Pierre LALIVE, The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems, 51 Brit. Y.B. Int'l L. 123 (1980).

Pierre LALIVE, The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – A Swiss View, ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 556

Julian D.M. LEW QC, Multi-Institutional Conciliation and the Reconciliation of Different Legal Cultures, ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 421

Arthur MARRIOTT QC, Arbitrators and Settlement, ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 533

Jörg RISSE, Wirtschaftsmediation, C.H.Beck 2003

Birgit SAMBETH GLASNER, Mediation in Switzerland, IBA Mediation Committee Newsletter, December 2006, p. 30-32

Christian STUBBE, Schiedsgutachten als modernes ADR-Instrument, SchiedsVZ 3/2006, p. 150-155

TANG Houzhi, Combination of Arbitration with Conciliation – Arb-Med, ICCA Congress Series No. 12, Kluwer 2005, p. 547

François VERMEILLE, Le règlement à l'amiable des différends en matière de projets de construction : quelques expériences pratiques, in Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, ASA Bull. 2006, p. 229



2) Ad hoc Mediation Agreement entered into in ICC ADR no -----

Memorandum of Understanding

and

ICC ADR Agreement

between

X

and

Y⁵³

Considering the existing disputes between X and Y (“the Parties”) which they were unable to settle in direct discussions between them;

Considering the joint desire of the Parties to preserve their good relations and to settle all their disputes amicably;

Considering that the Parties agree to submit their disputes to ADR proceedings by a Mediator, including a non-binding proposal by the Mediator;

Now, therefore, the Parties agree

CLAUSE 1: Agreement to ICC ADR Proceedings

The Parties agree to submit all their disputes to a sole Mediator. The mediation shall be conducted pursuant to the International Chamber of Commerce (ICC) ADR Rules of 1 July 2001, except where these rules conflict with any of the terms within this Memorandum of Understanding.

CLAUSE 2: The Language and the Place of the Proceedings

The language of the ADR proceedings shall be English.

The place of the ADR proceedings shall be Geneva without prejudice for the Parties and the Mediator to meet in any other convenient location.

CLAUSE 3: The Appointment of the Mediator

⁵³ **N.B. : le texte présenté ici a été élaboré dans le cadre d’une médiation réelle, par les parties concernées. Chaque accord de médiation doit être adapté aux circonstances particulières de l’affaire en cause et répondre aux besoins spécifiques des parties concernées. Le document présenté ici ne doit donc pas être repris tel quel pour les besoins d’autres médiations ; il peut seulement fournir des indications quant aux éléments pouvant être intégrés dans les accords de ce type.**

The Parties have agreed on the appointment of Professor A as their Mediator.

In the event that Professor A does not agree to serve as the Parties' Mediator or cannot serve in such capacity, the Parties shall promptly meet or consult to jointly select another Mediator without reference of the matter to the ICC.

CLAUSE 4: The Disputes Subject to ADR Proceedings

4.1 The Parties desire to have the totality of their disputes currently known to exist between them resolved by mediation.

4.2 Without thereby restricting this desire, but subject to a more specific identification of the dispute during the course of the proceedings, possibly with the help of the Mediator, the Parties have described their dispute as including the following issues: ...

4.3 This description of the disputes does not restrict either Party in the presentation of its case.

CLAUSE 5: The Procedure

5.1 Upon execution of the present MoU, the Parties shall contact the Mediator in order to set up a conference call at the earliest convenience of all concerned with the objective of fixing the procedure, in particular the dates for the meetings with the Mediator. In function of the dates so agreed for the principal meeting with the Mediator, the dates for the exchange of the Parties' presentations and the submission of the Joint File to the Mediator shall be fixed, bearing in mind the Parties' objective of completing the mediation within six months (see below, Clause 7).

5.2 The Parties believe that for the principal meeting with the Mediator three days should be reserved and one day for a follow-up meeting.

5.3 In preparation of the principal meeting with the Mediator the Parties wish to prepare a presentation of their case, a response to the other Party's presentation and a Joint File for the Mediator, comprising the Parties' presentations and a set of the documents. They expect that a month or possibly more time is required for the preparation of each of these presentations.

5.4 Immediately upon the production of the response, the Parties shall consult with the objective of preparing the Joint File for submissions to the Mediator, including a joint bundle of documents. If the Parties have failed to agree on the joint bundle one week after the production of the response, they may submit to the Mediator the Memoranda previously exchanged with supporting documentation, each Party being free in its choice of the documents to be submitted and in the manner of their presentation.

5.5 At the principal meeting or a suitable occasion before the principal meeting, the Parties shall make a joint presentation on the technology, each Party being at liberty to add other technical explanations. The entire technical presentation shall not exceed half a day.

5.6 If no amicable settlement is found in the Mediation, either Party may request that the Mediator, after he has reviewed the respective submissions of the Parties, provide, in the form he finds most suitable, a non-binding opinion on the disputes and an equally non-binding settlement proposal.

CLAUSE 6: Legal Representation



There are no objections to the presence of the Parties' respective legal counsel in the proceedings.

CLAUSE 7: Time Frame

The Parties are committed to complete the proceedings within 6 months from the signing of this memorandum of understanding.

CLAUSE 8: The Costs of the Proceedings

All costs of the proceedings, including deposits, fees and costs of the ICC and the Mediator shall be borne by the Parties in equal parts.

Each Party pays its own legal and internal costs.

CLAUSE 9: General Commitment of the Parties

The Parties are committed to undertake every effort to allow the ADR proceedings to proceed effectively and rapidly. They will cooperate in good faith with each other and the Mediator.

For X

For Y

Date : _____

Date : _____

Made in 2 originals