



Actualités



PROCÉDURE CIVILE
232

« Tandis que le Dispute Board a pour objectif de voir le projet aboutir, un tribunal arbitral est formé uniquement pour résoudre un litige »

3 questions à M^e Khayat, responsable de l'équipe Contentieux et arbitrage international de Mayer Brown à Paris et co-responsable des litiges au Moyen-Orient (Mayer Brown) et M^e López-Ortiz, associé dans le département Contentieux et arbitrage international (Mayer Brown)

À l'heure où le rôle des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) devrait encore s'accroître, les Dispute Boards (DB) restent méconnus en France (V. *Procédures 2017, alerte 11, S. Chiappino*). M^e Khayat et M^e Lopez-Ortiz, riches de leur expérience professionnelle, nous font part des avantages à recourir à cet outil, notamment dans les contrats à forts enjeux financiers et commerciaux.

Qu'est-ce qu'un dispute board (DB) et comment se distingue-t-il des MARL plus traditionnels ?

A. L.-O. : Le DB est un mécanisme contractuel de règlement des différends que l'on retrouve surtout en matière de construction à l'échelle internationale ou concernant des projets d'infrastructure complexes. Il commence à être utilisé en relation avec d'autres types de contrats de longue durée comme certains contrats d'approvisionnement ou des contrats pétroliers. En pratique, les parties s'accordent dès l'origine du projet sur les termes du DB. Il existe des modèles en matière de construction, les modèles FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils), qui prévoient les DB depuis 1999. À l'occasion de la dernière actualisation de ces modèles en 2017, l'utilisation du DB permanent est désormais prévue dans tous les modèles, c'est-à-dire un DB constitué dès l'origine du projet et qui va le suivre jusqu'à son aboutissement. Ce DB est formé par un panel d'un ou de trois membres qui combinent généralement une double qualification technique (ingénieurs) et juridique. Le DB peut intervenir sur le projet de deux façons : pour régler un litige né soumis par les parties ; de manière préventive, en répondant aux problématiques qui se présentent et pourraient mener à un litige.

La dynamique des DB est très différente de celle des autres MARL du fait de la connaissance que le DB permanent a du projet, du contrat et des acteurs en présence (ingénieurs, témoins) : il suit l'évolution du projet, procède à des visites régulières et aide les parties à éviter des désaccords, ce qui constitue l'un des avantages clés. La courbe d'apprentissage que l'on retrouve en arbitrage n'existe pas. Par ailleurs, l'état d'esprit du panel est dévoué à la finalisation du projet, tandis qu'un tribunal arbitral va résoudre le différend d'un point de vue juridique, même si cela pourrait conduire, le cas échéant, à l'échec du projet.

D. K. : Le DB a une nature plus technique que l'arbitrage et un effet plus contraignant que la médiation ou la conciliation. En matière d'arbitrages relatifs à des projets d'infrastructure et de construction, les juristes perçoivent plus difficilement les aspects techniques et financiers du projet. Le DB est composé de personnes plus à même de comprendre ces différentes problématiques. Quant à la médiation ou la conciliation, leur efficacité est probablement moindre comparée à celle des DB car elles interviennent rarement en cours de projet et en tout cas, les décisions ne sont pas contraignantes, contrairement aux DB. En termes de célérité, le DB est sans doute le plus rapide si on

le compare à l'arbitrage, ce que les parties apprécient dans le contexte d'un projet d'infrastructure où le temps est un facteur essentiel.

A. L.-O. : En effet, le DB doit rendre une décision dans un délai de 84 jours selon les contrats FIDIC ou 90 jours selon le règlement de la CCI. Il existe deux types de DB : le *Dispute Review Board* (DRB), plus utilisé aux États-Unis : le panel rend une décision non obligatoire, les parties peuvent la contester dans les 28 jours et à défaut de contestation, elle devient obligatoire ; et le *Dispute Adjudication Board* (DAB), plus utilisé internationalement : la décision est obligatoire dès son prononcé, et les parties doivent l'exécuter sans délai, même si elle est contestée. En pratique, elle ne sera contestée que lorsqu'une partie est certaine d'obtenir le résultat inverse devant le tribunal arbitral, ce qui décourage les procédures dilatoires. Cela constitue un avantage considérable en matière de construction, puisque l'exécution immédiate des décisions garantit le *cash flow*, et par conséquent l'aboutissement du projet. C'est une sorte d'assurance que le projet va effectivement progresser. On dit souvent que « le cash flow est le sang d'un projet ».

La confiance est-elle un élément fondamental dans cette relation contractuelle ?

D. K. : Vous avez raison, c'est

très intéressant par rapport à la manière dont on résout les différends habituellement : lorsqu'on intervient *post facto*, la partie est parfois au bord de la faillite, il s'agit surtout d'indemniser, tandis que le DB doit faire en sorte que le projet aille jusqu'au bout et de la meilleure manière possible. Compte tenu des enjeux, on parvient généralement à avoir une discussion raisonnable même avec les acteurs publics, dans des États où la situation politique est compliquée. Une partie peut toujours faire échouer un DB, mais elle prend des risques en ce qui concerne à la fois le projet et l'arbitrage qui suivra potentiellement. Pour des parties qui ont des relations d'affaires régulières, ce type de réaction est rare et c'est en cela que le DB est efficace.

A. L.-O. : La confiance est également déterminante lors de la sélection du panel. Contrairement à l'arbitrage où il est habituel que chaque partie nomme un arbitre, les parties doivent s'accorder sur deux membres et ceux-ci nomment le troisième, généralement un juriste doté de l'expérience nécessaire pour rédiger une décision juridique motivée qui agit en qualité de président. Le président a une voix prépondérante. Il est parfois plus facile de se mettre d'accord sur les membres du DB au début du projet que lorsqu'il existe déjà un litige entre les parties. La confiance est enfin fon-



damentale lors de l'exécution de la décision, et en pratique, les décisions sont généralement exécutées. Si, exceptionnellement, une partie refuse d'exécuter la décision, l'autre partie va saisir un tribunal arbitral dont la mission sera limitée à la question de savoir si la partie a violé l'obligation d'exécuter la décision du DB. L'arbitrage peut donc être très rapide.

Vous avez présenté les avantages du DB, cependant ce mode semble encore insuffi-

samment exploité. Pourquoi ?

A. L.-O. : On retrouve un DB plus habituellement lorsque les parties se sont fondées sur un contrat FIDIC, or, ce type de contrat n'est pas très utilisé en France. Ces modèles sont le plus souvent utilisés en Europe de l'Est, et dans une moindre mesure dans le monde arabe, en Amérique latine ou en Afrique. De plus, la perception des coûts peut être un frein : les membres du DB doivent être rémunérés mensuellement, à cela s'ajoutent les frais de visite et les coûts as-

sociés à chaque litige. Cela dit, des études ont établi que le coût d'un DB permanent revient à 0,05 % du projet global. Si on considère ce montant comme favorisant grandement la réalisation du projet, il paraît justifié. Lorsque les parties sont dans une démarche constructive, et qu'elles ont des positions raisonnables, c'est très efficace. Il existe néanmoins des cas dans lesquels les parties contestent chaque aspect du projet et où le projet présente en soi un problème fondamental. Dans ce

genre de situations, le DB peut alourdir le mécanisme de résolution de litiges, et les parties doivent faire en sorte de trouver des accords pour pallier à cela.

D. K. : En général, lorsqu'un DB a bien fonctionné au cours d'un projet, les parties choisiront d'intégrer ce mécanisme régulièrement dans leurs relations ultérieures car cette capacité de résoudre les litiges au fil de l'eau est un avantage considérable.

**Propos recueillis par
Virginie Hodel, Éditrice,
rédaction Procédures**