

**Université Paris II- Panthéon-Assas**  
**École doctorale de droit privé**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 21 décembre 2018

**LES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES  
LITIGES EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION  
APPLIQUANT LES CONTRATS-TYPES FIDIC**



**NGUYEN THI HOA**

Sous la codirection de:

**Hugues PÉRINET-MARQUET et Philippe THÉRY**

Professeurs émérites de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

**DURAND-PASQUIER Gwenaëlle**

Professeur à l'Université Rennes I

**MAYER Lucie**

Professeur à l'Université Paris-Sud

**JAMES Perry**

Avocat, arbitre international et ingénieur de la FIDIC



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*La France et Paris m'ont fait connaître des contes de fée !*

***Mes remerciements :***

*À Monsieur le Professeur Philippe Théry pour ses précieux conseils, sa disponibilité et son empressement à la résolution de tous mes problèmes tant scientifiques qu'administratifs.*

*À Monsieur le Professeur Hugues Périnet-Marquet spécialement pour avoir fait naître en moi un esprit jusqu'au-boutiste dans la recherche.*

*À Maître Ngo-Folliot Thi My Hanh du Barreau de Paris pour avoir non seulement corrigé mes travaux avec patience et bienveillance mais aussi pour m'avoir encadrée et invitée aux différentes conférences qu'elle préside en France ainsi qu'au Vietnam et grâce auxquelles j'ai pu bénéficier des partages d'expériences d'experts sur les questions relevant de ma thèse et tout particulièrement en matière d'arbitrage.*

*À Monsieur James Perry, avocat, arbitre international et ingénieur de la FIDIC pour ses bons conseils et son aide utile dès le début de mes recherches.*

*Enfin, mes remerciements sincères à ma famille :*

*À ma mère pour m'avoir toujours donné le courage ;*

*À mon père grâce à qui ma passion de recherches est née ;*

*À mes frères pour m'avoir toujours soutenue.*

## RÉSUMÉ

La présente thèse est consacrée aux procédures de règlement des litiges en matière de construction internationale appliquant les contrats-types FIDIC en vertu desquels les litiges entre les parties à ces contrats peuvent être réglés par l'ingénieur, le comité de règlement des litiges (CRL), la procédure amiable et l'arbitrage.

Sous l'angle du droit, toutes ces procédures sont favorisées. Cependant, il existe une limite. Le droit français distingue, dans la période de garantie des désordres, deux types de responsabilités - légale et contractuelle - de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage de sorte que les procédures contractuelles ne s'appliquent pas aux litiges relatifs aux désordres relevant de la responsabilité légale. Cette limite n'existe pas en droit anglais et vietnamien selon lesquels tous litiges relatifs à la responsabilité de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage pour des dommages de l'ouvrage relèvent de la responsabilité contractuelle et sont donc soumis à la procédure contractuelle.

Quant à l'application de chaque procédure, la question la plus notable tient à la mise à exécution des décisions résultant de chaque procédure. Sur ce point, la reconnaissance de la valeur arbitrale dans la décision du DAB doit être considérée. En outre, pour que ces procédures soient efficaces dans la pratique, nous proposons à la FIDIC la modification de certaines stipulations autour de cette procédure et également de la procédure amiable de règlement des litiges.

Quant à l'arbitrage, dans le contexte actuel, il n'est plus de mise de penser que l'arbitrage en droit et celui en équité ne sont qu'une alternative. On peut les combiner en vue de l'arbitrage en équité précédent et celui en droit subséquent. Dans le cas d'absence de convention des parties sur le droit applicable aux litiges, la primauté de l'arbitrage en équité au lieu de celui en droit mérite d'être considérée. Hormis ce problème, nous recherchons aussi un nouveau fondement pour reconnaître la jurisprudence arbitrale internationale selon lequel on reconnaît le droit des parties ainsi que des arbitres de se référer à la solution d'une sentence précédente dans le cas similaire lorsque les conditions pour appliquer une jurisprudence sont réunies. De surcroît, il convient de porter l'attention sur la détermination de la compétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers-non signataire du contrat. Enfin, l'annulation de la sentence entraîne ipso facto la nullité de la clause d'arbitrage comme en droit vietnamien où cette disposition inadéquate nécessite d'être modifiée.

*Descripteurs : le comité de règlement des litiges ; FIDIC ; Livre Rouge ; responsabilité légale ; responsabilité de l'entrepreneur ; nature arbitrale ; jurisprudence arbitrale ; arbitrage en équité ; partie non signataire ; compétent au fond ; effet d'annulation.*

## SUMMARY

The subject of this thesis deals with international construction dispute settlement procedures stipulated in the FIDIC standard forms of contracts under which disputes between the parties to these contracts may be settled by the Engineer, the Dispute Adjudication Board (DAB), the amicable mechanism and arbitration.

From the standpoint of law, these procedures are favored. However, there is a limit under French law. This limit lies in the fact that French law distinguishes, after handing over of the works, between two kinds of - legal and contractual - responsibilities of the contractor towards the employer. In this way, the contractual procedures do not apply to disputes relating to correct defective works which are relevant to legal liability of the contractor, which does not exist in English and Vietnamese laws where the contractor is only responsible towards the employer for damage to the work under the contract and so disputes between them has to be settled by the contractual procedure.

In application of the contractual procedures, attention should be paid to the implementation of the decision from these procedures. On this point, the arbitral nature of DAB's decision must be considered so that it can be rapidly enforced. In addition, in order to make these procedures effective in practice, we also propose that the FIDIC should modify certain points of the "*claim, Dispute and Arbitration*" clause.

As far as arbitration is concerned, in the actual context, it is no longer correct to think that *ex aequo and bono* arbitration and arbitration in law are only an alternative but we can combine them for the purpose of previous fairness arbitration and subsequently the arbitration in law. In the absence of the parties' agreement on the rules of law to be applied by the arbitral tribunal, the tribunal shall assume the powers of an amiable compositor. Apart from this problem, we also seek a new basis for recognizing the precedent value of the international arbitral award according to which the right of the parties as well as arbitrators to refer to the solution of a previous award in the similar case is recognized when the conditions to apply a precedent are met. In addition, attention should be paid to the determination of the jurisdiction of the arbitral tribunal towards the third-party non signatory to the arbitration clause. Finally, the setting aside of the award lead ipso facto to nullity of the arbitration clause as in Vietnamese law is an inadequate provision of the law that requires modification.

*Keywords: Dispute Adjudication Board ; FIDIC ; legal responsibility; obligation of contractor; arbitral nature; arbitral precedent; fairness arbitration; third-party non signatory; effect of the setting aside of the award.*

## LES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

|                          |   |
|--------------------------|---|
| ASA :                    | Association suisse de l'arbitrage   |
| B. U. L. Rev :           | Boston University Law Review  |
| CA :                     | Cour d'appel  |
| Cah. Arb. :              | Cahier d'Arbitrage  |
| Cass. Req. :             | Cassation – Chambre des requêtes  |
| CCAG :                   | Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux |
| CCH :                    | Code de la construction et d'habitation   |
| CCI/ICC :                | Chambre de commerce international   |
| CE :                     | Conseil d'État  |
| CG :                     | Conditions générales  |
| C.J.Q :                  | Civil Justice Quarterly   |
| Conf. Int'l. Dr.         | Conférence internationale du droit  |
| Const. L. Int'l. :       | Construction Law International  |
| Const. L. Rev. :         | Construction Law Review   |
| CP :                     | Conditions particulières  |
| CPC :                    | Code de procédure civile  |
| CPE :                    | Contrat de performances énergétiques  |
| CRL :                    | Comité du Règlement des litiges   |
| DAB :                    | Dispute Adjudication Board  |
| Dalloz. Act. D. Const. : | Dalloz action droit de la construction  |
| DBO :                    | Disigne - Build - Operation   |
| FIDIC :                  | Fédération International des Ingénieurs-Conseils  |

|   |   |
|---|---|
| Gal. Pal. :                             | Gazette du Palais   |
| Int'l. A. L. R. :                       | International Arbitration Law Review  |
| Int'l. Bus. L. J :                      | International Business Law Journal  |
| Int'l. Constr. L. Rev. :                | International Construction Law Review   |
| JDI :                                   | Jurisclasseur droit international   |
| J. Alternative. Disp. Resol. :          | Journal of Alternative Dispute Resolution   |
| J. Bus. L. :                            | Journal of Business Law   |
| JCP-E :                                 | Jurisclasseur périodique - La Semaine juridique<br>édition entreprise et affaires |
| J. Int'l. Arb. :                        | Journal of International Arbitration  |
| Law & Pol'y. Int'l. Bus. :              | Law and Policy International Business   |
| MARC :                                  | Modes alternatifs de règlement des conflits                                       |
| MARD :                                  | Modes alternatifs de règlement des différends                                     |
| MARL :                                  | Modes alternatifs de règlement des litiges  |
| Mich. J. Int'l. L :                     | Michigan Journal of International Law   |
| Nat'l. Italian. Am. B. Ass'n L.<br>J. : | National Italian American Bar Association Law<br>Journal                          |
| L. Rev. :                               | Law Review  |
| N. Y. Jur. :                            | New York Jurisprudence  |
| Queen's L. J :                          | Queen's Law Journal   |
| R.C.D.I.P :                             | Revue critique de droit international privé                                       |
| RDI :                                   | Revue du droit immobilier   |
| Rép. Com. Dalloz :                      | Encyclopédie Dalloz, Répertoire du droit commercial                               |
| Rép. D. Eur. :                          | Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit européen                                 |



|                      |  |
|----------------------|--|
| Rép. D. I. Dalloz    | Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international privé |
| Rép. Pr. Civ. :      | Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile          |
| Rev. Arb :           | Revue d'arbitrage  |
| RTD. Civ.            | Revue trimestriel de droit commercial et économique          |
| RTD. Comm. :         | Revue trimestriel de droit commercial et économique          |
| Thè. Comm. :         | Thèmes et Commentaires                                       |
| Tex. Const. L. :     | Texas Construction Law                                       |
| Turk. Com. L. Rev. : | Turkey Commercial Law Review                                 |
| Wm. & Mary L. Rev    | William & Mary Law Review                                    |

## TABLE DES MATIERES

|  |           |
|--|-----------|
| Thèse de Doctorat / 12/2018 .....  | 1         |
| <b>INTRODUCTION.....</b>   | <b>18</b> |
| <b>CHAPITRE 1 : LA TENDANCE DU DÉVELOPPEMENT DES MODES<br/>ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES (MARL) .....</b>           | <b>18</b> |
| Section 1 : L’environnement propice au développement des MARL .....  | 19        |
| §1. Les inconvénients de la justice institutionnelle .....   | 20        |
| A. Les inconvénients de la justice étatique .....  | 20        |
| B. Les inconvénients de la justice arbitrale .....   | 21        |
| §2. Les avantages des MARL.....  | 22        |
| A. Les avantages des MARL pour les parties .....   | 22        |
| 1. Les MARL - voie d’éviction des obstacles de la justice institutionnelle .....   | 23        |
| 2. Les MARL - instrument pour préserver les intérêts dans l’avenir .....   | 24        |
| B. Les MARL - un bon outil pour améliorer le système judiciaire .....  | 25        |
| Section 2 : La tendance des MARL dans le domaine de la construction .....  | 27        |
| §1. La préférence d’un mode alternatif de règlement des litiges dénommé le DAB .....                                       | 27        |
| §2. Les raisons de l’application courante d’un mode alternatif de règlement des litiges sous<br>forme de DAB.....          | 30        |
| A. Le besoin de coopération des parties.....   | 30        |
| B. La nécessité d’achèvement rapide de la construction .....   | 31        |
| C. Les intérêts réalistes préservés grâce à la coopération des parties et à l’achèvement<br>rapide de la construction..... | 33        |
| <b>CHAPITRE 2.....</b>   | <b>36</b> |
| <b>LA FIDIC ET L’APPLICATION COURANTE DE SES CONTRATS-TYPES .....</b>  | <b>36</b> |
| Section 1 : La FIDIC .....   | 36        |
| §1. L’histoire de l’ingénieur .....  | 36        |
| §2. Le fondement de la FIDIC.....  | 38        |
| §3. La naissance des contrats-types de la FIDIC .....  | 40        |
| A. Le Livre Rouge-Red Book .....   | 41        |
| B. Le Livre Jaune-Yellow Book.....   | 42        |
| C. Le Livre Blanc-White Book .....   | 42        |
| D. Le Livre Argent-Silver Book et le Livre Vert-Green Book .....   | 43        |
| E. Le Livre Or-Gold Book.....  | 43        |
| Section 2 : La nécessité des contrats-types dans le domaine de la construction .....                                       | 44        |
| Section 3 : L’application courante des contrats-types FIDIC dans un marché structurel .....                                | 45        |
| §1. Les éléments en faveur de l’application courante des contrats-types FIDIC .....  | 45        |

|  |           |
|--|-----------|
| §2. La technique d'application des contrats-types FIDIC.....   | 48        |
| <b>ANNONCE DU PLAN .....</b>   | <b>50</b> |
| <b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.....</b>  | <b>51</b> |
| <b>LES QUESTIONS COMMUNES AUX PROCÉDURES CONTRACTUELLES DE<br/>RÈGLEMENT DES LITIGES.....</b>                          | <b>51</b> |
| Section 1 : Les justiciables des procédures contractuelles prévues dans les cahiers FIDIC .....                        | 52        |
| §1. Le contrat de construction établi sur la base des cahiers FIDIC relevant du contrat de<br>louage d'ouvrage.....    | 52        |
| §2. L'absence de litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur soumis aux procédures<br>contractuelles .....              | 53        |
| Section 2 : Le champ et le délai d'application des procédures contractuelles .....                                     | 54        |
| §1. Les types de litiges soumis aux procédures contractuelles .....  | 55        |
| A. La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité légale .....                              | 58        |
| B. L'application des procédures contractuelles aux litiges relatifs à la responsabilité légale<br>.....                | 60        |
| §2. Le délai des procédures contractuelles applicables aux litiges relatifs à la responsabilité<br>contractuelle ..... | 64        |
| §3. Le délai de la procédure applicable par le DAB en vertu du Livre Or .....  | 67        |
| Section 3 : La primauté des procédures contractuelles .....  | 70        |
| §1. Les procédures pré-arbitrales de la FIDIC sous l'angle du droit français .....                                     | 70        |
| §2. L'effet d'une fin de non-recevoir sur les procédures pré-arbitrales prévues dans les<br>contrats-types FIDIC ..... | 71        |
| Conclusion du chapitre .....   | 73        |
| <b><i>PREMIÈRE PARTIE .....</i></b>  | <b>75</b> |
| <b><i>PROCÉDURES PRÉ-ARBITRALES.....</i></b>   | <b>75</b> |
| <b>TITRE 1 : LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR L'INGÉNIEUR<br/>.....</b>                                       | <b>76</b> |
| CHAPITRE 1 .....   | 77        |
| L'INGÉNIEUR DANS LE RÔLE.....  | 77        |
| DE RÈGLEMENT DES LITIGES .....   | 77        |
| Section 1. L'ingénieur - technicien choisi par les parties pour le règlement des litiges.....                          | 77        |
| §1. La compréhension de la notion d' « ingénieur » .....   | 78        |
| §2. Les raisons du recours des parties à l'ingénieur pour le règlement des litiges .....                               | 79        |
| A. Les qualités et le rôle opérationnel de l'ingénieur .....   | 79        |
| 1. L'ingénieur possédant de bonnes connaissances techniques .....  | 80        |
| 2. L'ingénieur maître de l'opération tout au long de l'exécution du marché .....                                       | 81        |

|  |   |     |
|--|---|-----|
| B.   | Les singularités des litiges soumis à l'ingénieur .....   | 82  |
| 1.   | Les litiges survenant en cours d'exécution des travaux .....  | 82  |
| 2.   | Les litiges survenant après achèvement des travaux .....  | 84  |
| 3.   | Les litiges relatifs aux avis, instructions, déterminations, certificats ou<br>évaluations de l'ingénieur .....           | 85  |
| Section 2.   | Le pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur en vertu des Livres Rouges<br>1987 et 1999 .....                       | 86  |
| §1.  | La justification de l'élargissement du champ d'études au Livre Rouge 1987 .....   | 87  |
| §2.  | Les éléments permettant la détermination du pouvoir de règlement des litiges de<br>l'ingénieur .....                      | 89  |
| A.   | Le Livre Rouge 1987 : la compétence de l'ingénieur pour le règlement des litiges<br>89                                    |     |
| B.   | Le Livre Rouge 1999 : l'absence de référence à la compétence de l'ingénieur pour<br>le règlement des litiges.....         | 90  |
| 1.   | La perte du pouvoir discrétionnaire de l'ingénieur et son obligation d'agir pour<br>le compte du maître de l'ouvrage..... | 90  |
| 2.   | L'absence de « litige » déféré à l'ingénieur .....  | 91  |
| CHAPITRE 2   | .....   | 102 |
| LA MISE À EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE L'INGÉNIEUR                          | .....   | 102 |
| Section 1.   | La nature juridique de la décision de l'ingénieur .....   | 104 |
| §1.  | Le débat sur la nature juridictionnelle de la décision de l'ingénieur .....   | 104 |
| A.   | Le point de vue des arbitres .....  | 104 |
| B.   | Le point de vue des juges .....   | 105 |
| 1.   | En droit français .....   | 105 |
| 2.   | En droit anglais.....   | 106 |
| C.   | Le point de vue doctrinal .....   | 107 |
| §2.  | La nature contractuelle de la décision de l'ingénieur .....   | 112 |
| Section 2.   | Les conditions pour exécuter la décision de l'ingénieur.....  | 112 |
| §1.  | Le sens de la « décision de l'ingénieur devenant définitive et obligatoire » dans les<br>cahiers de la FIDIC .....        | 113 |
| §2.  | Les éléments examinés avant la mise à exécution de la décision de l'ingénieur .....                                       | 114 |
| CHAPITRE 3   | .....   | 117 |
| LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR<br>L'INGÉNIEUR | .....   | 117 |
| Section 1.   | La disponibilité de l'ingénieur .....   | 117 |
| §1.  | Identification de l'ingénieur compétent pour le règlement des litiges .....   | 118 |
| §2.  | Le remplacement de l'ingénieur .....  | 121 |
| Section 2.   | La naissance d'un litige en vertu de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987 .....   | 124 |

|  |            |
|--|------------|
| §1. Le point de vue de la soumission à l'article 53.1 comme une condition sine qua non de la naissance d'un litige au sens de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987 ..... | 125        |
| §2. L'application de l'article 2.6 du Livre Rouge 1987 pour la détermination de la naissance d'un litige en vertu de l'article 67.1 .....                              | 127        |
| Section 3. Les obligations de l'ingénieur lors du règlement des litiges .....  | 129        |
| §1. Les contradictions dans les stipulations sur les obligations de l'ingénieur .....  | 130        |
| §2. L'impartialité de l'ingénieur lors du règlement des litiges .....  | 131        |
| §3. L'impossibilité de la délégation à l'égard de la « fonction judiciaire » de l'ingénieur .....  | 132        |
| Remarques sur la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur .....  | 134        |
| Sur le Livre Rouge 1987 .....  | 134        |
| Sur l'articulation du Livre Rouge 1999 .....   | 135        |
| Quant à la faiblesse de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur .....  | 135        |
| <b>TITRE 2.....</b>  | <b>137</b> |
| <b>LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR LE <i>DISPUTE</i></b>   |            |
| <b><i>ADJUDICATION BOARD (DAB)</i> .....</b>   | <b>137</b> |
| CHAPITRE 1 .....   | 138        |
| L'IDENTIFICATION DU DAB DES CONTRATS-TYPES FIDIC .....   | 138        |
| Section 1. Le DAB devant l'ingénieur-miroir .....  | 138        |
| §1. Le DAB susceptible de répondre aux besoins spéciaux des litiges en matière de construction .....   | 138        |
| §2. La suprématie du DAB par rapport à l'ingénieur .....   | 140        |
| Section 2. L'identification du DAB de la FIDIC parmi les comités compétents pour régler des litiges en matière de construction .....                                   | 142        |
| §1. Les désignations des comités compétents pour régler des litiges .....  | 143        |
| §2. L'identification du DAB par le caractère obligatoire de sa décision de règlement des litiges .....   | 145        |
| Section 3. Les similitudes entre la procédure du DAB et l'arbitrage .....  | 147        |
| CHAPITRE 2 .....   | 150        |
| <b>LA RECONNAISSANCE DE LA NATURE ARBITRALE DANS LA DÉCISION DU DAB DES CONTRATS-TYPES FIDIC.....</b>  | <b>150</b> |
| Section 1. La réflexion sur le caractère contractuel de la décision du DAB .....   | 151        |
| §1. Les défenseurs de la valeur contractuelle de la décision du DAB .....  | 151        |
| §2. La nature contractuelle dans la décision du DAB et le mauvais exemple de l'arbitrage dans l'histoire .....   | 152        |
| A. La sentence arbitrale déjà considérée comme un acte contractuel dans l'histoire ..  | 152        |
| B. Les raisons conduisant à la considération de la nature contractuelle de la décision du DAB.....   | 153        |

|   |     |
|---|-----|
| 1. L'absence de dénomination d'arbitrage à l'égard du DAB par les parties .....   | 154 |
| 2. L'absence de respect du principe de la contradiction par le DAB .....  | 156 |
| 3. Le non-règlement des questions de droit par le DAB .....   | 158 |
| Section 2. La pertinence dans la reconnaissance de la nature arbitrale dans la décision du DAB .....  | 160 |
| §1. L'insuffisance de fondement pour la reconnaissance de la nature arbitrale en droit de la procédure du DAB .....   | 161 |
| §2. Le fondement pour ériger la procédure de règlement des litiges par le DAB en arbitrage ex aequo et bono .....   | 163 |
| A. Les éléments caractérisant la nature arbitrale .....   | 163 |
| B. Les éléments de garantie d'un arbitrage en équité .....  | 164 |
| C. La leçon dans l'histoire sur la technique de reconnaissance d'un arbitrage en amiable composition .....  | 167 |
| Section 3. L'intérêt et les solutions pour les incidences éventuelles de la reconnaissance de la nature arbitrale dans la décision du DAB .....   | 170 |
| §1. L'intérêt de la reconnaissance de la nature arbitrale de la décision du DAB .....   | 171 |
| §2. Les solutions à la problématique née de la reconnaissance de la nature arbitrale en équité de la procédure du DAB .....   | 173 |
| CHAPITRE 3 .....  | 175 |
| LES PROPOSITIONS D'ARTICULATION DES CONTRATS-TYPES FIDIC AUTOUR DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR LE DAB .....   | 175 |
| Section 1. Le regard général sur l'articulation des cahiers de la FIDIC dédiée à la procédure du DAB .....  | 176 |
| Section 2. Les principes fondamentaux reconnus dans la pratique à l'égard de la procédure de règlement des litiges par le DAB .....   | 178 |
| §1. Le principe de la soumission obligatoire à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage .....  | 178 |
| A. L'obligation de soumission à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage aux termes des contrat-types FIDIC .....  | 178 |
| B. Le respect, dans la pratique, de l'obligation de soumission à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage .....  | 179 |
| §2. Le principe de l'exécution spontanée de toutes sortes de décisions du DAB .....   | 182 |
| Section 3. Les propositions pour réécrire les stipulations des contrats-types FIDIC dans la procédure de règlement des litiges par le DAB .....   | 183 |
| §1. Le regroupement des trois sous-clauses - 20.2 sur la mise en place du DAB, 20.3 sur le défaut de consentement sur la constitution du DAB et 20.8 sur l'expiration du délai de la mise en place du DAB - dans une seule clause ..... | 184 |
| §2. La reconstruction de la sous-clause 20.4 intitulée « la prise de décision du DAB » ..   | 187 |
| Remarques sur la procédure de règlement des litiges par le DAB .....  | 189 |

|   |            |
|---|------------|
| <b>DEUXIÈME PARTIE.....</b>   | <b>191</b> |
| <b>PROCÉDURE ARBITRALE.....</b>   | <b>191</b> |
| <b>TITRE 1.....</b>   | <b>192</b> |
| <b>LES QUESTIONS JURIDIQUES POSÉES PAR L'APPLICATION DE LA<br/>PROCÉDURE ARBITRALE DES CONTRATS-TYPES FIDIC.....</b>                  | <b>192</b> |
| CHAPITRE 1 .....  | 193        |
| LES QUESTIONS POSÉES DU PHÉNOMÈNE .....   | 193        |
| <i>D'ARBITRAGE SUR ARBITRAGE.....</i>   | 193        |
| Section 1. La recevabilité d'appel contre la sentence en matière d'arbitrage international<br>devant un autre tribunal arbitral ..... | 194        |
| Section 2. Une combinaison de l'arbitrage en équité précédant l'arbitrage en droit subséquent<br>.....                                | 200        |
| §1. La différence entre le règlement des litiges en droit et en équité par le tribunal arbitral<br>.....                              | 201        |
| A. Le débat animé sur la distinction entre l'arbitrage en droit et en équité .....  | 201        |
| B. La preuve de la suprématie de l'arbitrage en équité par rapport à l'arbitrage en droit<br>.....                                    | 204        |
| 1. L'arbitrage en droit plus lourd que celui en équité .....  | 204        |
| 2. L'arbitrage en droit judiciaire allant plus loin dans la mission de l'arbitrage que<br>celui en équité .....                       | 206        |
| §2. La manière de combiner l'arbitrage en équité et celui en droit .....  | 211        |
| La conclusion du chapitre .....   | 212        |
| CHAPITRE 2 .....  | 213        |
| <b>LA PROCÉDURE ARBITRALE POUR TRANCHER À NOUVEAU LE LITIGE DÉJÀ RÉGLÉ<br/>    PAR LE DAB ET L'INGÉNIEUR.....</b>                     | <b>213</b> |
| Section 1. Les conditions d'ouverture de l'arbitrage après achèvement de la procédure de<br>l'ingénieur et du DAB .....               | 213        |
| §1. Le moment du recours à l'arbitrage .....  | 214        |
| §2. La prorogation du délai de recours à l'arbitrage .....  | 217        |
| §3. Le règlement amiable des litiges préalable à l'arbitrage .....  | 221        |
| Section 2. Le champ de compétences du tribunal arbitral .....   | 223        |
| §1. Les litiges arbitrables en vertu des contrats-types FIDIC après la décision de règlement<br>des différends du DAB .....           | 224        |
| §2. Les limitations de la compétence du tribunal arbitral.....  | 225        |
| La conclusion du Chapitre .....   | 229        |
| CHAPITRE 3 .....  | 231        |
| <b>LA JURISPRUDENCE ARBITRALE.....</b>  | <b>231</b> |

|   |            |
|---|------------|
| Section 1. Le besoin de jurisprudence arbitrale .....   | 233        |
| §1. La jurisprudence.....   | 233        |
| §2. Les justifications du besoin de jurisprudence arbitrale.....  | 233        |
| Section 2. La manière de reconnaître la jurisprudence arbitrale .....   | 237        |
| §1. Les obstacles dans la reconnaissance de la jurisprudence arbitrale .....  | 237        |
| §2. La reconnaissance du droit de se référer à une solution des sentences arbitrales<br>précédentes des parties ainsi que du tribunal arbitral.....                     | 240        |
| La conclusion du chapitre .....   | 245        |
| <b>TITRE 2.....</b>   | <b>246</b> |
| <b>L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE EN MATIÈRE DE<br/>CONSTRUCTION APPLIQUANT DES CONTRATS-TYPES FIDIC.....</b>  | <b>246</b> |
| CHAPITRE 1 .....  | 247        |
| LA RENONCIATION AU RECOURS EN ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE<br>INTERNATIONALE.....  | 247        |
| Section 1. Les conditions pour renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale .   | 247        |
| §1. La renonciation expresse des parties au recours en annulation de la sentence arbitrale<br>.....   | 248        |
| §2. La détermination du caractère international de l'arbitrage .....  | 250        |
| Section 2. L'inopportunité de l'intégration du régime de renonciation au recours en<br>annulation de la sentence arbitrale internationale en droit vietnamien .....     | 253        |
| La conclusion du chapitre .....   | 256        |
| CHAPITRE 2 .....  | 257        |
| LES CAUSES DE L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE EN MATIÈRE DE<br>CONSTRUCTION APPLIQUANT LES CONTRATS-TYPES FIDIC .....   | 257        |
| Section 1. L'incompétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers-la partie non signataire de la<br>convention d'arbitrage.....   | 258        |
| Section 2. L'incompétence du tribunal arbitral en raison du non respect des conditions<br>préalables à l'arbitrage .....  | 265        |
| La conclusion du chapitre .....   | 279        |
| CHAPITRE 3 .....  | 280        |
| LES EFFETS DE L'ANNULATION DE .....   | 280        |
| LA SENTENCE ARBITRALE .....   | 280        |
| Section 1. L'invalidité ipso facto de la clause d'arbitrage en raison de l'annulation de la<br>sentence arbitrale .....   | 280        |
| Section 2. La nécessité de l'autorisation du pourvoi en cassation contre la décision<br>d'admission ou de refus du recours en annulation de la sentence arbitrale ..... | 286        |
| Conclusion du chapitre .....  | 290        |



|   |            |
|---|------------|
| <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....  | <b>292</b> |
| 1. Le délai applicable aux procédures contractuelles de règlement des litiges ..... | 292        |
| 2. Les problèmes de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur .....     | 293        |
| 3. Les problèmes de la procédure de règlement des litiges par le DAB .....          | 294        |
| 4. Les problèmes de la procédure arbitrale .....                                    | 297        |
| A. Quant aux stipulations des contrats-types FIDIC .....                            | 297        |
| B. Quant aux dispositions du droit .....  | 298        |
| C. La jurisprudence arbitrale .....   | 299        |
| <b>Bibliographie</b> .....  | <b>302</b> |
| <b>Annexes</b> .....  | <b>339</b> |
| <b>Index</b> .....  | <b>383</b> |

# INTRODUCTION

---

## CHAPITRE 1 : LA TENDANCE DU DÉVELOPPEMENT DES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES LITIGES (MARL)

1. « Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». Aujourd'hui, cet ancien et célèbre adage prend encore tout son sens car comme l'ont fait observer les experts en la matière à l'occasion du quarantième anniversaire du Code de procédure civile français (CPC), la justice du XXI<sup>e</sup> siècle sera amiable<sup>1</sup>. Les différends seront réglés par les modes amiables qui s'entendent comme des processus de pacification et de régulation sans recours au juge<sup>2</sup>, encore appelés modes alternatifs de règlement des litiges. Selon les experts français, ces modes viennent du *Common Law*, notamment des États-Unis et de la Grande Bretagne, du mouvement d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) et se répandent aujourd'hui en Europe<sup>3</sup> et dans le monde<sup>4</sup>. À titre

---

<sup>1</sup> C'est une observation du rapporteur après la recherche de différents rapports déposés en 2013, 2014 et 2015, voir : Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Catherine PUIGELIER, Dominique d'AMBRA, d'économie et de sciences sociales de Paris UNIVERSITÉ DE DROIT, CENTRE DE RECHERCHES EN THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT, INSTITUT JEAN FOYER DE DROIT PARLEMENTAIRE and ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (FRANCE), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, 2016, p. 74.

<sup>2</sup> Natalie FRICERO, Charlotte BUTRUILLE-CARDEW, Linda BENRAÏS, Béatrice GORCHS-GELZER and Guillaume PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris : Dalloz, 2015, p. 2.

<sup>3</sup> Dès 1999, le Conseil de l'Europe a engagé un programme d'action au niveau communautaire y compris en modes alternatifs du règlement des litiges au Sommet de Tampère : voir Pierre CHEVALIER (ed.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les*

d'exemple, en France, la nouvelle Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, dans le Titre II intitulé *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends*, à l'article 4, prévoit qu' « à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : [...] (2<sup>o</sup> si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». <sup>5</sup> Ainsi, en droit français, les parties doivent recourir en priorité aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux. C'est aussi la conclusion des experts du *Common Law*<sup>6</sup>. D'où la nécessité d'approfondir les facteurs du développement des modes alternatifs de règlement des litiges (Section 1) et la tendance de ce développement (Section 2).

## Section 1 : L'environnement propice au développement des MARL

2. « MARC » (Modes alternatifs de règlement des conflits) ou « MARL » (Modes alternatifs de règlement des litiges) ou encore « MARD » (Modes alternatifs de règlement des différends) désignent différentes techniques de résolution des litiges alternatives de la juridiction étatique. À titre d'illustration, en France, on trouve dans le droit commun de la procédure

---

*voies nouvelles d'une autre justice/ sous la dir. de Pierre Chevalier*, Paris : La Documentation Française, 2003 (Perspectives sur la justice), p. 37.

<sup>4</sup> PÉTEL-TEYSSIÉ et al., *op. cit.*, (note 1), p. 118.

<sup>5</sup> Nous pouvons aussi trouver, en France, cette politique dans le Décret N<sup>o</sup>2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Précisément, il est écrit dans la notice de ce Décret que « ... le recours aux modes alternatifs des résolutions des litiges est favorisée, en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées. »

<sup>6</sup> Voir : Alan UZELAC (ed.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, Cham ; New York : Springer, 2014 (Ius gentium, volume 34), p. 24: "The new trend in some countries is to discourage litigation and keep to the case that do not being in the courts away from the court".

civile, à part la conciliation et la médiation traditionnelles, la procédure participative qui est une procédure de négociation assistée par avocat et codifiée en 2010 à l'article 1542 du CPC. En Angleterre, en 1996, dans le domaine de la construction, une nouvelle procédure de règlement des litiges diligentée par un conseil - Dispute Adjudication Board (DAB) - a été adoptée dans la Loi sur la construction, l'amélioration et l'aide à la construction d'habitation et au logement (en abrégiation : la Loi sur la construction)<sup>7</sup>. Cette procédure menée par le DAB existe aussi, à partir de 2015<sup>8</sup>, dans la Loi de la construction vietnamienne. Qui plus est, plus récemment, pour répondre à la tendance des MARL en matière commerciale au sens général du terme, le Gouvernement vietnamien vient d'adopter le Décret No 22/2017/NĐ-CP du 24 février 2017 sur la médiation commerciale. Ainsi, devant la floraison des MARL, les experts en la matière doivent admettre qu'ils ne peuvent pas dresser une liste exhaustive<sup>9</sup>. Mais, quelles sont les raisons de cette floraison ?

### §1. Les inconvénients de la justice institutionnelle

3. La justice institutionnelle est soit étatique (A) soit arbitrale (B).

#### *A. Les inconvénients de la justice étatique*

4. À ce sujet, on peut présenter le résultat d'une enquête en 2013 en France selon laquelle, sur 86% de réponses 95% d'entre elles reprochent à la justice sa lenteur, 88% sa complexité et 80% son langage incompréhensible<sup>10</sup>.
5. Selon Marie Claire RIVIER<sup>11</sup>, Professeur à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, au-delà de la prolifération des modes alternatifs de règlement des

---

<sup>7</sup> À l'article 108.

<sup>8</sup> L'Ordonnance No 37/2015/NĐ-CP du 22/4/2015 du Gouvernement sur le contrat de la construction à l'article 45 prévoit pour le règlement des litiges des acteurs y compris un comité d'experts.

<sup>9</sup> Voir Natalie FRICERO, « De la procédure civile équitable à la procédure civile thérapeutique », dans PÉTEL-TEYSSIÉ et al., *op. cit.*, (note 1), p. 89.

<sup>10</sup> Une enquête « opinion des Français sur la justice » dans un programme de la Sous-Direction de la Statistique et des Études du Ministère de la justice, publiée dans La justice du XXI<sup>e</sup> siècle, les actes du débat national, p. 521.

litiges, c'est la crise de confiance des justiciables à l'égard des appareils étatiques à cause de leurs défaillances : justice trop coûteuse, trop complexe, trop lourde et trop lente. Ces inconvénients se retrouvent aussi dans le système de la justice anglaise<sup>12</sup>. Pour Franck LUDWICZACK et Alain PROTHAIS, l'encombrement des tribunaux étatiques avec l'insuffisance de moyens humains et financiers à la disposition des citoyens créent également une mauvaise réputation pour la justice étatique<sup>13</sup>. L'ancien Premier Ministre français, Monsieur Jean-Marc Ayrault, qui aurait dû soutenir la justice étatique a souligné que « *la justice affronte des défis redoutables [...] parce que ses règles et son fonctionnement sont généralement mal connus, elle est encore trop souvent perçue comme lente voire expéditive, onéreuse et complexe* »<sup>14</sup>. Tout cela a conduit au développement de l'arbitrage dans le siècle précédent.

### ***B. Les inconvénients de la justice arbitrale***

6. Cependant, après une période de développement au vingtième siècle, aujourd'hui, l'arbitrage est aussi la cible de différentes critiques. En 1998, le professeur OPPETIT a attiré l'attention sur le fait que l'arbitrage était sur la pente de régression, concrètement « [...] *les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensible : les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accroît* »<sup>15</sup>. Il est de notoriété que le règlement des litiges par

---

<sup>11</sup> Au cours de l'étude sur les discours doctrinaux en France pendant trente ans de 1970 à 2000 a donné cette remarque dans CHEVALIER (ed.), *op. cit.*, (note 3), p. 30.

<sup>12</sup> Dans son rapport 1996, Lord Woolf a observé que la justice étatique est onéreuse et lente. Aussi, il a encouragé la coopération des parties pour que le choix de la justice étatique soit le dernier et non le premier. Voir Tania SOURDIN, *Alternative dispute resolution*, Pyrmont, NSW : Lawbook Co., 2005, p. 76.

<sup>13</sup> Franck LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites: une autre justice pénale*, Paris : Harmattan, 2015, p. 25.

<sup>14</sup> Voir son discours dans *La justice du XXI<sup>e</sup> siècle, les actes du débat national en 2014*, p. 15.

<sup>15</sup> Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, 1<sup>re</sup> éd, Paris : Presses universitaires de France, 1998 (Droit, éthique, société), p. 10-11.

voie d'arbitrage est plus rapide que par la voie judiciaire. Éric LOQUIN<sup>16</sup> a partagé ses expériences selon lesquelles, dans la plupart des cas, même si la durée de l'instance arbitrale est limitée à six mois, le plus souvent, la pratique montre que ce délai est insuffisant et les prorogations sont nécessaires et fréquentes. Cela laisse entendre que la justice arbitrale n'est pas aussi rapide. Si nous examinons la procédure d'annulation de la sentence arbitrale, nous observerons que la procédure d'arbitrage est d'autant plus chronophage que le délai de recours au tribunal arbitral jusqu'à l'exécution de sa sentence dure longtemps.

7. Au niveau international, Pierre CHEVALIER et Marielle THUAU<sup>17</sup> partagent l'idée selon laquelle devant ces obstacles de la justice tant étatique qu'arbitrale, la complexité des règles de conflit de lois pour déterminer le tribunal compétent et la loi applicable provoque aussi le contournement des opérateurs du commerce international. Ceux-ci devraient mettre en place des instances et des méthodes nouvelles plus adaptées, plus rapides que la justice institutionnelle et le recours aux MARC s'avère être une voie plus commode pour résoudre un litige. D'où la nécessité de mettre en exergue leurs avantages.

## §2. Les avantages des MARL

8. Au milieu de ces critiques, deux acteurs doivent réagir : les parties au litige (A) et les acteurs de la justice institutionnelle (B) aux fins de recherche d'une solution pertinente à leurs besoins.

### *A. Les avantages des MARL pour les parties*

9. On peut indiquer deux sortes d'avantages dont les parties peuvent bénéficier dans les MARL :

---

<sup>16</sup> Éric LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulineaux : Joly éditions, Lextenso éditions, 2015 (Pratique des affaires), p. 26-27.

<sup>17</sup> CHEVALIER (ed.), *op. cit.*, (note 3), p. 39.

1. *Les MARL - voie d'éviction des obstacles de la justice institutionnelle*

10. C'est une assertion de Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Cergy-Pontoise. Il a analysé qu'« *en pratique, il est de fait que les parties qui s'orientent vers un règlement amiable de leur différend le font le plus souvent en vue d'éviter les contraintes procédurales qui accompagneraient son règlement juridictionnel. À leurs yeux, ces contraintes font perdre du temps* »<sup>18</sup>. À ce propos, le Professeur Pierre CATALA a précisé qu'« *il est certain que les longueurs de la justice, l'imperfection dénoncée par les uns ou les autres peuvent faire souhaiter aux parties des solutions rapides et acceptées qui [...] peut-être moins exactes en droit mais plus satisfaisantes sur le plan personnel ou économique* ». Cet état de chose permet de dégager une conclusion des rapports d'aujourd'hui sur les MARD selon laquelle grâce à ceux-ci, les parties au litige peuvent parvenir à une solution plus rapide, plus souple, moins exacte en droit mais plus satisfaisante et aussi plus efficace en fonction de la nature des litiges. Cela est conforme à une conclusion de M. B. Berger PERRIN qui s'interroge sur le bien-fondé d'une accélération généralisée des temps de procédure et de jugement : une bonne justice doit-elle être forcément rapide ? La réponse à cette question est qu' : « *une bonne justice est d'abord celle qui satisfait à la paix sociale et aux sentiments de sûreté et d'équité des groupes comme des individus.* »<sup>19</sup>
11. Cependant, toutes les thèses positives supposées ci-dessus n'apparaissent qu'après que les parties au litige ont recouru aux MARD. Nous comprenons que, grâce aux MARD, les parties parviennent à une solution amiable, mais nous l'avons aussi bien appris, en matière d'arbitrage, que lorsqu'il n'y a pas de clause compromissoire, les parties se mettaient difficilement d'accord sur

---

<sup>18</sup> CHEVALIER (ed.), op. cit., (note 3), p. 45.

<sup>19</sup> Voir : M. B. Berger Perrin, « Les modulations du temps dans la procédure suivant l'objet d'un litige » dans Jean-Michel BELORGEY, Jean-Marie COULON and Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le temps dans la procédure*, Paris : Dalloz, 1996. (Acte du Colloque organisé sur « le temps dans la procédure » au mois de 12/1995, p. 25).

une procédure arbitrale. Ainsi, la question se pose de savoir quel est l'élément déterminant pour le choix des MARL par les parties.

2. *Les MARL - instrument pour préserver les intérêts dans l'avenir*

12. Les MARL sont un moyen pour maintenir de bonnes relations entre les parties au-delà du litige. Nous l'avons bien compris, l'application de la règle de droit par le tribunal tant étatique qu'arbitral conduirait à un gagnant et un perdant, ou à deux perdants<sup>20</sup>. Tandis que ce que les parties souhaitent c'est la poursuite de l'exécution du contrat, de l'engagement et, mieux encore, la coopération pour de nouveaux contrats dans l'avenir car la vie d'une société ne dure pas un jour, un an ou seulement pendant la période d'exécution du contrat déterminé. Cela incite les parties à coopérer. Cette coopération trouve son origine dans le droit collaboratif. Selon l'ancien président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Monsieur Tricot, « *ce droit collaboratif est précisément un processus novateur de résolution non judiciaire des conflits familiaux, développé dans des années 1990 aux États-Unis, son succès a amené d'autres domaines du droit à l'utiliser, notamment à chaque fois qu'il est de l'intérêt des parties de maintenir de bonnes relations comme par exemple en droit de travail, en droit commercial [...] En matière internationale, le droit collaboratif permet de prendre en compte le contexte socio-culturel, souvent non négligeable dans les questions transnationales et que les règles de droit international privé ne peuvent évidemment traiter complètement* »<sup>21</sup>. De surcroît, en matière civile, le procès est considéré comme l'apanage des parties<sup>22</sup>. À partir du moment où l'homme semble plus autonome et poussé par le besoin moderne de dialogue, d'interactivité et de

---

<sup>20</sup> FRICERO et al., *op. cit.*, (note 2), p. 7.

<sup>21</sup> Jean-Jacques BARBIERI (ed.), *Construction européenne, approche pratique : application du droit européen, droit international privé, modes alternatifs de règlement des conflits*, Rueil-Malmaison : Lamy, 2012 (Lamy axe droit), p. 347.

<sup>22</sup> PÉTEL-TEYSSIÉ et al., *op. cit.*, (note 1), rapporté par Didier CHOLET, p. 73.



démocratisation plus forte, selon l'analyse de Jean-Marc ROY<sup>23</sup>, la résolution des litiges va être facilitée et engagée par la communication moderne.

13. Ainsi, dans la société plus mature d'aujourd'hui, la capacité cognitive de l'être humain est beaucoup plus élevée. À l'aide des nouvelles technologies, « *les frontières de la communication ont éclaté. Tout le monde peut accéder à toutes les informations, tout le monde voit tout et sait tout sur ce qui se passe ailleurs, tout le monde peut être au courant, en l'espace de trois ou quatre jours maximum, de n'importe quel élément survenant n'importe où* »<sup>24</sup>. Cela aide les opérateurs civils à comprendre plus facilement la relation de causalité d'un événement. Sous la pression de la concurrence, il devient plus difficile d'accepter la situation dans laquelle une partie est trop gagnante et l'autre trop perdante. Il en résulte que la relation contractuelle plus équilibrée demande de la tolérance, de la compréhension de chaque partie pour maintenir la paix et la coopération dans l'exécution du contrat en cours, d'une part, et, d'autre part, pour de nouveaux projets dans l'avenir. Aussi, « *une culture oppositionnelle cède la place à une action stratégique qui doit passer par la coopération*<sup>25</sup> ». Cette coopération « *qui permet de résoudre le conflit sous tous ses aspects, y compris les aspects psychologiques, humains et relationnels*<sup>26</sup> » devient vraiment nécessaire pour que les parties préservent les intérêts dans l'avenir.
14. Tels sont les buts que veulent atteindre les parties en recourant aux MARD. D'où, une question posée : comment les MARD peuvent-ils attirer l'attention des acteurs de la justice étatique ?

### ***B. Les MARL - un bon outil pour améliorer le système judiciaire***

15. Étant donné que le but des justiciables en recourant aux MARD est d'évincer le juge, les MARC deviennent un moyen pour l'État de faire respecter les

---

<sup>23</sup> PÉTEL-TEYSSIÉ et al., op. cit., (note 1), rapporté par Jean-Marc ROY, p. 115.

<sup>24</sup> Philippe Testard-Vaillant, Le journal du CNRS, N<sup>o</sup> 231, 4/2009.

<sup>25</sup> Antoine GARAPON, Sylvie PERDRIOLLE and Boris BERNABÉ, La prudence et l'autorité: juges et procureurs du XXI<sup>e</sup> siècle, Paris : Odile Jacob, 2014, p. 71.

<sup>26</sup> FRICERO et al., op. cit., (note 2), p. 6.

droits des citoyens en mettant la justice à leur portée<sup>27</sup>. Cela se traduit aussi de manière remarquable par les propos d'Emmanuel MACRON - Président de la République française - lorsqu'il a été interpellé, dans la campagne électorale, sur la question d'« une justice pour notre temps ». Pour Monsieur MACRON, « *une justice qui répond aux enjeux de notre temps est un service public qui remet le justiciable au cœur de l'organisation judiciaire [...] notre objectif doit être de garantir le droit du citoyen à un accès à la justice simple, directe, transparente et rapide. Accès au juge quand cela est nécessaire, et accès à un mode de résolution du litige adapté aux questions posées* »<sup>28</sup>. Ce but atteint permettrait de réduire les coûts publics de la résolution des litiges et participe à la bonne gouvernance des services publics<sup>29</sup>. De manière plus révélatrice, « *les MARD opèrent un transfert des charges au détriment du citoyen, mais ils sont globalement moins coûteux pour les parties, si l'on prend en considération le coût social et si l'on intègre le fait que les intéressés maîtrisent la durée du processus, et que l'aléa judiciaire disparaît puisque la solution est négociée* »<sup>30</sup>. C'est la raison pour laquelle les MARD sont actuellement encouragés en France, dans l'Europe et dans le monde.

16. Ainsi, quelle est la relation entre les MARD et la procédure de règlement des litiges en matière de construction dans l'application des contrats-types FIDIC qui fait l'objet de cette recherche ?
17. Pour répondre à cette question, surtout, il convient de comprendre les mécanismes de règlement des litiges stipulés dans les contrats-types FIDIC. En matière de construction utilisant ces contrats-types, il existe quatre mécanismes pour régler les conflits entre les contractants, concrètement : par

---

<sup>27</sup> C'est le propos de Monsieur le Premier Ministre de la France dans La justice du XXI<sup>e</sup> siècle, les actes du débat national en 2014, p. 18.

<sup>28</sup> Voir : EMMANUEL MACRON, 'Une justice pour notre temps', *Gaz. Pal.*, 13<sup>e</sup>-année, no. 11, 14 March 2017..

<sup>29</sup> C'est une méthode dont les américains sont inventeurs : voir PÉTEL-TEYSSIÉ et al., op. cit., (note 1), p. 90.

<sup>30</sup> FRICERO et al., op. cit., (note 2), p. 6.

l'ingénieur, par le comité de règlement des litiges (CRL) (en anglais : Dispute Adjudication Board (DAB)), par la médiation et par l'arbitrage. Et tous ces mécanismes peuvent être considérés comme relevant des MARD. Ainsi, quelle est la raison de cette recherche approfondie des procédures de règlement des litiges dans le domaine de la construction ? La réponse se trouve dans les développements qui suivent.

## **Section 2 : La tendance des MARL dans le domaine de la construction**

18. Cette tendance s'exprime de manière nette dans le développement du mécanisme de règlement des litiges par le DAB.

### **§1. La préférence d'un mode alternatif de règlement des litiges dénommé le DAB**

19. Comme nous le savons, dans le passé, l'arbitrage était un moyen alternatif pour éviter les défaillances de la justice étatique en matière de construction. Cela a été justifié par Patrick SIMARD dans sa thèse soutenue le 19 avril 1980 sur le contrat international de génie civil :

*« L'exécution du contrat de génie civil s'étale sur plusieurs années. La survenance des circonstances nouvelles peut avoir pour conséquence d'empêcher totalement l'exécution du contrat [...] Or, les problèmes contentieux survenant en cours d'exécution des travaux après leur réalisation sont difficiles à résoudre en raison de l'insuffisance des modalités de règlement des tribunaux locaux. S'il existe dans la plupart des États des tribunaux susceptibles de connaître et de trancher les différends de cette nature qui sont portés devant eux, ces problèmes sont généralement très complexes : ils requièrent l'intervention d'hommes de l'art et de juristes spécialisés. Il faut ajouter que l'éloignement des parties, une certaine méfiance de celui des contractants qui saisit les tribunaux de son adversaire, lesquels appliquent un droit et des règles de procédure différents de ceux qu'il*

*a coutume de connaître, concourent à la recherche de procédures simplifiées, plus rapides et moins onéreuses [...] Considérant que les modes de règlement des litiges par voie judiciaire sont mal adaptés, la recherche d'un règlement direct avec le maître d'ouvrage par voie de l'arbitrage lui apparaît comme la voie idéale »<sup>31</sup>. Cependant, aujourd'hui, la pratique a changé grâce à la floraison des MARD, à travers le prisme des observateurs ci-dessous.*

20. D'abord, selon Axel-Volkmar JAEGER et Götz-Sebastian HÖK<sup>32</sup>, pendant longtemps, l'arbitrage était la seule solution alternative de la juridiction étatique mais, aujourd'hui, avec la médiation, le DAB devient le choix préalable des parties lors de la naissance du litige.
  
21. À cet égard, Philippe MALINVAUD a partagé cette idée selon laquelle *« les contrats portant sur les grands travaux de construction, qui comportent à la fois du génie civil, du bâtiment et des équipements industriels, suscitent très souvent un important contentieux. Les litiges peuvent apparaître à tout moment de l'opération de construction, laquelle s'étend généralement sur plusieurs années. La question se pose alors de rechercher le meilleur moyen de traiter ces litiges sans que, par suite de la détérioration des relations entre les parties, le rythme et la qualité des travaux ne s'en ressentent. Certes, dans de tels contrats, il est stipulé une clause d'arbitrage, notamment lorsqu'on est en matière internationale. Mais, comme chacun le sait, les procédures d'arbitrage dans ce domaine s'étendent elles-mêmes sur une longue durée. C'est pour répondre à ce besoin de rapidité et de maintien de la bonne entente entre les parties que le contrat-type FIDIC a prévu depuis assez longtemps la fameuse clause 67 qui organise une procédure de règlement des litiges. Le problème du règlement des litiges survenant en cours d'exécution du marché*

---

<sup>31</sup> PATRICK SIMARD, Le Contrat international de génie civil, Conditions FIDIC, Thèse pour le doctorat de 3<sup>e</sup> cycle, 19 April 1980, p. 224.

<sup>32</sup> Axel-Volkmar JAEGER and Götz-Sebastian HÖK, FIDIC - A Guide for Practitioners, Berlin, Heidelberg : Springer Berlin Heidelberg, 2010, p. 76: "For a long time, only arbitration has been used as an alternative to national courts. But today, it is quite common to refer to mediation, dispute reviewing or dispute adjudication at first step."

*est très difficile à résoudre. Il faut aller vite, ce qui exclut le recours à un arbitrage classique ; il faut écarter tout risque d'interruption des travaux »<sup>33</sup>.*

22. Qui plus est, visant la pratique d'un projet de construction, M. Jane JENKINS a souligné que « *dans les projets de construction, il est nécessaire, pour les parties, d'avoir un mécanisme afin de parvenir provisoirement à une décision mettant fin aux litiges pour que l'exécution des travaux puisse se poursuivre en attendant le résultat final d'une procédure de règlement des litiges (qui peut prendre quelques mois, souvent quelques années). Plusieurs parties dans le domaine de la construction ont obtenu ce but en recourant au DAB [...] qui est de plus en plus choisi pour les projets de construction internationale »<sup>34</sup>.*
23. De façon plus étonnante, lors de son interpellation sur l'avenir de la procédure de règlement des litiges en matière de construction à Hong Kong et à l'Est de l'Asie, dans les dix prochaines années, Jeremy NICHOLSON - ingénieur et arbitre - à la Chambre d'arbitrage à Hong Kong a prédit que le DAB deviendrait la procédure préférée afin de trancher les litiges dans le domaine de la construction<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Voir : Philippe Malinvaud, « Réflexion sur le Dispute Adjudication Board », dans Christian ATIAS and Pierre CATALA (eds.), *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 241.

<sup>34</sup> Jane JENKINS, *International construction arbitration law*, Second revised edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2014 (Arbitration in context series, volume 3), p. 57: "In construction projects it is important that the parties have a means of achieving binding decision to resolve their disputes on interim basis, so that work on the project can continue whilst the parties await the outcome of formal dispute resolution procedures (which can take months, often years to complete). Many parties in international construction project achieve this objective by providing for adjudication. Adjudication can take different forms. For example, it can involve a single person or a panel deciding the dispute on an interim basis. The decision maker(s) will often be technical specialists or experts in their fields. The use of panel of experts to act as interim decision makers has become increasingly popular in international construction projects".

<sup>35</sup> « For Hong Kong, the adjudication will have become the number 1 procedure for resolving construction disputes ». Il a répondu en se basant sur un rapport du Bureau de développement sur la consultation pour la sécurité légale du paiement, voir : JEREMY NICHOLSON, 'Resolving Construction Disputes in Asia: How will it Look in 2026?', *Asian Dispute Review*, vol. 2016.

24. Avec ces remarques, mérite d'être approfondie la procédure du DAB dans le domaine de la construction. Ainsi, pour quel motif le DAB devient-il préférable ?

## **§2. Les raisons de l'application courante d'un mode alternatif de règlement des litiges sous forme de DAB**

25. Comme il a été confirmé précédemment, les MARD apportent aux parties une solution des litiges plus rapide, plus efficace et amiable qui permet le maintien des relations entre les parties. Cette coopération (A) et cette rapidité (B) jouent un rôle crucial dans l'achèvement d'un projet de construction, ce qui oblige les parties à chercher un mécanisme pertinent afin d'assurer leurs intérêts réalistes respectifs (C).

### *A. Le besoin de coopération des parties*

26. Le domaine de la construction s'avère d'autant plus complexe que les projets de construction sont confrontés à différentes sortes de risques tant humains que naturels, particulièrement dans les projets majeurs<sup>36</sup>.
27. À ce propos, Monsieur Panayotis GLAVINIS a partagé ses expériences que *« cette complexité est d'abord une situation de fait qui traduit à la fois une réalité, celle du marché (l'existence des missions diverses qui correspondent aux spécialisations des entreprises du secteur) et une contrainte, celle de la technique (l'incapacité d'une entreprise individuelle de mener à bien une opération complexe ou celle du maître de l'ouvrage d'en assurer seul la direction). La complexité est ensuite une situation de droit qui se manifeste tantôt par la passation d'un contrat unique, tantôt par la mise en place d'un ensemble contractuel [...] L'opération de construction est complexe en raison de la diversité des missions qui la composent et de la pluralité des intervenants qui la réalisent. La mission de construire coexiste souvent avec*

---

<sup>36</sup> Lukas KLEE, *International construction contract law*, Hoboken : Wiley-Blackwell, 2015, p. 2.

*d'autres missions techniques, commerciales et financières* »<sup>37</sup>. C'est peut-être la raison pour laquelle « *la notion de risque est inhérente au contrat de construction [...] Il s'agit des risques à la fois endogènes et exogènes à l'opération de construction* »<sup>38</sup>.

28. Ainsi, si l'on dresse la liste des opérateurs intervenant à un projet de construction, comme par exemple, l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage, le sous-traitant, le maître d'œuvre - l'ingénieur, le coordonnateur, l'assureur etc. on peut comprendre cette complexité. À cet égard, le délai pour achever un projet de construction dure souvent plusieurs années. Cela entraîne la complexité dans les litiges, notamment dans les projets internationaux, étant donné que ce sont souvent des litiges au coût élevé, qui concernent très fréquemment à la fois les questions factuelle, juridique et aussi technique y compris des questions de confidentialité<sup>39</sup>. Cela étant, il est préconisé d'avoir une coopération étroite entre les parties au marché et les intervenants. Le but de la coopération est de maintenir non seulement une bonne relation entre les parties pour l'avenir mais aussi pour « finir les travaux courants »<sup>40</sup> dans le délai prévu et dans la limite du budget, étant donné que le temps joue un rôle primordial en la matière.

### ***B. La nécessité d'achèvement rapide de la construction***

29. Il est admis que « le temps c'est de l'argent » et un jour perdu est de l'argent perdu. La notion de temps se pose avec plus d'acuité en matière de construction que dans d'autres domaines, car, selon les expériences du

---

<sup>37</sup> Panayotis GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris : GLN Joly Éd, 1993 (International), p. 227-229.

<sup>38</sup> Ibid, p. 146-147.

<sup>39</sup> Ce sont les analyses de Fraser McMillan, membre de UK Construction and Engineering Group – Pinsent Marson, voir : FRASER MCMILLAN, 'Changes to scottish commercial court Rules and the implications for construction dispute', *Business Law Review*, vol. 26, Issue 8, 8- 9/2005, p. 196.

<sup>40</sup> Dr. Donald CHARRETT a confirmé que "the board members, being involved from the start, bring to the project focus, objectively and enthusiasm to preserve good working relations between the partie": voir *Dispute Board and Construction contract*, 29/10/2009 sur le site web: <http://fidic.org/bookshop/additional-resources>.

Professeur du droit de la construction-Lukas KLEE<sup>41</sup>, un retard porte préjudice au maître de l'ouvrage comme par exemple dans le réinvestissement, l'augmentation du prix du contrat et les autres demandes non conformes. Plus clairement, Roger Philippe BUDIN a insisté sur le fait que « *le retard intervenu dans la construction d'une usine va empêcher le maître d'ouvrage de démarrer l'exploitation de celle-ci comme prévu, ce qui retardera la production attendue et empêchera le maître d'ouvrage d'exécuter ses propres contrats de livraison ; de même, le retard touchant l'édification d'un immeuble locatif aura pour conséquence que les futurs occupants ne pourront pas prendre possession de leur logement à la date prévue, etc. De son côté, l'entrepreneur subira un dommage quotidien si le chantier se prolonge sans sa faute, puisqu'il devra maintenir sur place son personnel, son matériel etc. avec les frais que cela implique* ».

30. Ainsi, quelle que soit la raison du retard, les deux parties - le maître d'ouvrage et l'entrepreneur - sont lésées. Telle est la raison pour laquelle « *la notion de temps et en particulier le délai d'achèvement est un des aspects juridiques le plus important, ce qui se classe en tête des problèmes prioritaires* »<sup>42</sup>. « *C'est le facteur décisif du recours au DAB, étant donné que ce comité serait constitué le plus tôt possible pour régler des litiges et il va les trancher dans le délai prévu* »<sup>43</sup>. À titre d'exemple, selon les contrats-types FIDIC à l'article 67 du Livre Rouge, ce délai est de quatre vingt quatre jours à compter de sa réception.

---

<sup>41</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36)., p. 101: "It said that "time is money". Nowhere else is this more true than in construction projects. Delays result in losses on the employer's side as investment returns (or public benefits) become more distant, the contract price increases and other adverse implications such as cash flow problems appear".

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 128: "The concept of time, particularly in terms of time for completion, is one of the most important legal and managerial aspects in a construction project and ranks among the top priorities of construction project participants".

<sup>43</sup> DR HELMUT KOONTGES, 'International Dispute Adjudication-Contractor's experience', sur le site web: <http://fidic.org/bookshop/additional-resources>: "One essential feature of the DB concept is time. First, the penal can and should be called in as early as practical to resolve a dispute and should decide within a limited time for the benefit of the project during its remaining duration. The ideal situation is to settle the bulk of the dispute before the completion of the project".



31. La justification de ce rôle du temps en la matière a été évoquée au Viêt Nam, à l'occasion d'une conférence<sup>44</sup> sur la « *technique pour prévenir et régler les litiges dans l'investissement international* ». Précisément, Monsieur Dai Thang BUI - Expert au comité gestionnaire des chemins de fer à Ho Chi Minh Ville - a rapporté que le Vietnam risquerait de devoir des dommages-intérêts estimés à deux milliards et cinq cents millions de VND (équivalent à près de cent mille d'USD) par jour pour le retard dans la livraison du terrain destiné au projet de construction en cours d'une section de voie du métro à Ho Chi Minh Ville. Ce montant d'indemnisation suffit-il pour justifier le rôle primordial du temps dans le secteur de la construction ? Aussi, Monsieur Van Bay TRAN-Vice Directeur du Service de la justice de Ho Chi Minh ville<sup>45</sup> - a insisté dans cette conférence sur le fait que « *quel que soit le gagnant ou le perdant, les dommages financiers que subirait l'État vietnamien sont élevés (puisque pour un procès, les frais des avocats et des experts sont estimés à 82%, 16% pour les arbitres et 2% pour le secrétariat)* ». C'est la raison pour laquelle il préconise de « *régler les litiges par les MARD pour éviter à tout prix un procès international* ».

***C. Les intérêts réalistes préservés grâce à la coopération des parties et à l'achèvement rapide de la construction***

32. En matière de construction, la coopération entre les parties joue un rôle clé dans l'achèvement de la construction, ce qui bénéficie non seulement au maître de l'ouvrage mais aussi à l'entrepreneur. Précisément, « *celui-ci n'a d'autre intérêt que de construire, de se faire payer et de partir une fois la construction achevée [...] il s'engage [...] à exploiter l'ouvrage qu'il devrait préalablement construire [...]. L'intérêt que l'entrepreneur peut avoir dans la gestion du projet ne se manifeste pas uniquement par la prise d'une*

---

<sup>44</sup> Cette conférence organisée par deux organismes : le Service de la justice de Ho Chi Minh ville dont je fais partie et Institut de relation internationale de l'Allemagne (IRZ) - s'est déroulée le 21/11/2016

<sup>45</sup> Un Service qui fournit des conseils juridiques à la Mairie de Ho Chi Minh Ville au Vietnam.

*participation au capital de l'entité cliente. Il peut également résulter d'un contrat d'exploitation de l'installation construite sous sa responsabilité »<sup>46</sup>.*

Pour l'illustrer, le Livre Jaune FIDIC est un bon exemple suivant lequel le contrat signé dure pendant vingt ans et se divisant en trois étapes : la conception, l'exécution des travaux et l'exploitation de l'édifice construit. Ainsi, si le titulaire du marché peut raccourcir le temps pour les deux premières étapes, la période d'exploitation de la construction sera prolongée d'autant. Aussi, le titulaire du marché bénéficiera d'avantages économiques.

33. En tout état de cause, dans le domaine de la construction, les deux parties profitent conjointement de l'achèvement de la construction dans les meilleurs délais, ce qui explique qu'elles ont intérêt à coopérer afin d'éviter l'interruption des travaux. Cela justifie que les MARD, particulièrement le DAB, sont considérés. Grâce à cette considération, la procédure par le DAB est non seulement mentionnée dans les contrats-types de la FIDIC mais également dans le Règlement relatif aux Dispute Boards de la Chambre de commerce internationale. C'est ce rôle du DAB qui nécessite d'être approfondi.
  
34. En guise de conclusion, on peut emprunter la remarque de Brown-BERSET et SCHERER pour qui « *la construction est l'un des domaines les plus propices à la survenance de différends. C'est dans le contexte de la globalisation de ce secteur que se sont développés des processus de règlement de ces différends. Ils constituent une alternative à la voie judiciaire et arbitrale, notamment sur le plan international, et sont censés permettre aux parties de gérer d'une manière efficace, économique et rapide les conflits qui jalonnent l'exécution de leurs obligations respectives sans mettre pour autant en péril la poursuite de leur relation contractuelle* »<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 240-246.

<sup>47</sup> Le Tribunal fédéral Suisse, 1<sup>è</sup> C. pr. civ., No: 4A\_124/2014, du 7/7/2014, para. 3.4.2, sur le site web : <http://www.juricaf.org>.

35. Avant d'entrer dans le détail des procédures de règlement des litiges en vertu des cahiers de la FIDIC, il convient de répondre aux questions de savoir ce qu'est la FIDIC et pour quelle raison les contrats-types FIDIC retiennent notre attention ?

## CHAPITRE 2

# LA FIDIC ET L'APPLICATION COURANTE DE SES CONTRATS-TYPES

36. L'application courante des contrats-types FIDIC (section 3) trouve son origine dans deux éléments : l'un tient à la nécessité des contrats-cadres dans le domaine de la construction (Section 2) et l'autre au prestige de la FIDIC (Section 1).

### Section 1 : La FIDIC

37. Le terme FIDIC désigne la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils. D'où cette section consacrée à l'histoire de l'ingénieur avant celle de la FIDIC, tirée des recherches sur les ingénieurs-conseils<sup>48</sup> à l'occasion du soixante-quinzième anniversaire de la FIDIC comme suit.

#### §1. L'histoire de l'ingénieur

38. Il existe deux théories différentes à propos de l'ingénieur. Pour certains, le vocable d'ingénieur est dérivé du terme latin « ingenium » - « un talent inné » qui est à l'origine du verbe « gigna » signifiant « accoucher » et « créer » ou « engendrer ». Pour les autres, l'ingénieur vient du terme latin « in-cingo » signifiant « ceindre » ou « encercler ». Ce terme d'« ingénieur » est employé la première fois en Italie : « engignierres » ou « ingegneri » en italien moderne. Au début, les ingénieurs servaient l'armée. À titre d'exemple, les ingénieurs français - génie militaire - sont chargés de rechercher les techniques

---

<sup>48</sup> Ragnar WIDEGREN, *Consulting engineers 1913-1988 FIDIC over 75 years*, Stockholm : International Federation of Consulting Engineers, 1988.

dans le but de la fortification, de la défense et de l'attaque à travers la construction des forteresses, des villes et des ports, etc. Progressivement, ils exerçaient les missions civiles dans la construction des ponts, des voies, des grands monuments au service non seulement de l'armée mais aussi des civils. On connaît bien Leonardo da Vinci (1452-1519) le plus illustre de la première génération d'ingénieurs. Il était en même temps peintre, savant, inventeur et aussi architecte.

39. Face à la demande croissante des ingénieurs servant l'armée, le dix-huitième siècle voyait fleurir les écoles de formation d'ingénieurs. En France, la première école en la matière est l'École des Ponts et Chaussées fondée en 1747 sous l'égide du constructeur de ponts, Monsieur PERRONET. Puis, en 1769, l'École des Mines a été fondée. Ces écoles avaient vu le jour en 1765, à Freiburg, dans la région de la Saxe, à Clausthal de Hanovre en 1775 en Allemagne et à Schemnitz en Autriche/Hongrie en 1770 ainsi que dans d'autres pays. Ces écoles ont pour objet de former des ingénieurs prospectifs maîtrisant les techniques applicables et acquérant de bonnes expériences sur le plan professionnel. Cependant, avec le développement de la science, les ingénieurs devaient également posséder des connaissances scientifiques. Le 28 septembre 1794, une fois de plus, la France a pris l'initiative dans ce domaine en fondant l'École Polytechnique - la plus connue au monde sur le développement des techniques avancées - en vue de consolider la puissance de l'armée française, étant donné qu'à cette époque, la France faisait la guerre à toute l'Europe. À la différence de la France et de l'Europe continentale, en Angleterre, avec le concept selon lequel « la pratique est le meilleur enseignement en matière d'ingénierie », l'apprentissage est venu dans le milieu professionnel. C'est la raison pour laquelle les écoles d'ingénierie ne retenaient pas l'intérêt des Britanniques. C'est seulement en 1851, au regard de son rang dans la course industrielle, la Grande Bretagne a admis qu'elle était derrière la France au premier rang en la matière. C'est alors que les hommes politiques et industriels anglais ont commencé à reconnaître l'importance capitale des écoles de formation d'ingénieurs. La preuve de cette

reconnaissance résulte de la création d'un Institut de Technologie sous l'égide de Lyon PLAYFAIR, homme politique et chimiste.

40. Si la France a été la première à fonder des écoles de formation d'ingénieurs, la Grande Bretagne a avancé dans l'idée de la constitution des associations dans lesquelles les ingénieurs peuvent communiquer entre eux d'une part, et, d'autre part, partager leurs expériences. Cette idée s'est réalisée au début des années 1770. Cependant, la vie des premières associations était de courte durée. L'Angleterre n'a disposé d'association pérenne qu'à partir de 1818 grâce à la création d'une société de jeunes ingénieurs civils. Cette association la plus ancienne du monde est aujourd'hui l'Institution of Civil Engineers (ICE). Son objectif est, d'une part, de consolider le statut des ingénieurs-membres grâce à la formation continue au savoir-faire professionnel et, d'autre part, d'imposer les règles de conduite auxquelles ses membres doit se conformer. Après la Grande Bretagne, les associations se sont multipliées en Allemagne, en France, aux États-Unis et dans le reste du monde. Le développement d'associations d'ingénieurs dans tous les pays a donné naissance à la FIDIC.

## §2. Le fondement de la FIDIC

41. À la seconde moitié du dix-neuvième siècle, les expositions internationales de produits industriels et d'ouvrages d'art devenaient le meilleur moyen pour les échanges de biens industriels et d'idées. De ces expositions, est née l'idée d'une fédération internationale des ingénieurs-conseils et des experts d'ingénierie. Cette idée s'exprimait de façon limpide dans la préface de la lettre d'invitation des ingénieurs-conseils au congrès à Gand en Belgique en 1913, précisément : *« les ingénieurs-conseils et les experts d'ingénierie doivent posséder de bonnes connaissances et maîtriser le savoir-faire et en même temps être d'honorables professionnels. Ce sont les exigences pour leur carrière. Par conséquent, il semblerait qu'il soit possible de fonder une association internationale qui assurera la liaison entre les ingénieurs-conseils et les experts d'ingénierie de tous les pays du monde [...] »*.

42. Ce congrès de Gand, en Belgique 1913<sup>49</sup> réunissait dix-neuf ingénieurs représentant neuf associations, précisément : six membres de la Chambre des Ingénieurs-Conseils et Ingénieurs-Experts de France (CICF) ; cinq membres de la Chambre des Ingénieurs-Conseils et Ingénieurs-Experts de Belgique (CICB) ; un représentant de l'association danoise - Privat Ingenior-Foreningen (PIF) ; un de l'association allemande - Verein Beratender Ingenieure (VBI) (qui représentait aussi l'association de Suède) ; deux de l'association néerlandaise - Nederlandsche Vereeniging van Adviserende Electro technische Ingenieurs (NVAEI) ; deux Américains de l'association de New York - American Institute of Consulting Engineers (AICE) ; un autre Américain de l'association de Californie - Pacific Association of Consulting Engineers (PACE) ; et enfin un de l'Association Suisse des Ingénieurs-Conseils (ASIC). Cependant, parmi toutes ces associations, il n'y en a que trois considérées comme les fondateurs de la FIDIC : CICF de la France, CICB de la Belgique et ASIC de la Suisse. Les autres n'étaient pas prêtes à entrer dans la FIDIC. À cette réunion, la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils a été officiellement fondée sous l'égide de deux présidents, Messieurs Louis PRANGEY de France, président du Bureau de la Commission Permanente et R.E. MATHOT de Belgique. Précisément, Monsieur PRANGEY, Secrétaire-Trésorier et aussi Président du Comité Directeur. En cette dernière qualité, Monsieur MATHOT a été doté de tout pouvoir de la FIDIC. En 1914, au deuxième congrès de la FIDIC, son statut a été adopté par l'Assemblée générale.
43. Jusqu'à présent, la FIDIC a connu deux jubilés. Avec seulement trois pays-membres initiaux, la FIDIC se compose aujourd'hui d'associations d'ingénieurs représentant quatre-vingts dix-sept pays<sup>50</sup>. Comme d'autres associations, les difficultés financières et d'organisation interne étaient

---

<sup>49</sup> Monsieur Ragnar Widegren n'a pas dit de la date précise de ce congrès. Il est donc possible qu'à cause de deux grandes guerres mondiales, les données y afférents n'existent plus.

<sup>50</sup> La statistique est publiée sur le site web de la FIDIC: <http://fidic.org/node/6159>.

permanentes à la FIDIC. Par conséquent, il y avait des moments où elle devait faire face au risque de devoir mettre fin à son activité à cause du retrait de ses membres non seulement des affiliés mais aussi son fondateur. À titre d'exemple, à plusieurs reprises, la France en qualité d'un des fondateurs a envisagé de se retirer de la FIDIC. Plusieurs raisons expliquaient cette situation et notamment l'augmentation de la cotisation en 1969. Heureusement, avec le courage de chaque membre et particulièrement des Présidents respectueux et éminents dans ces moments délicats, la FIDIC a été maintenue et s'est développée de plus en plus. On peut présenter ici, à titre d'illustration, le Président HELLSTRÖM venant de l'association suédoise et grâce à qui la FIDIC a non seulement survécu pendant la deuxième guerre mondiale mais aussi a fait adhérer d'autres membres, respectivement l'Association des ingénieurs-conseils de la Grande Bretagne (ACE) sous l'égide du Président Julian S. TRITTON en 1949. Dix ans plus tard, c'est grâce à l'activité efficace de Monsieur TRITTON en qualité de Président de la FIDIC que celle-ci est devenue une organisation internationale dans le vrai sens du terme lorsqu'ont adhéré les membres venant de quatre continents en 1959 - moment où les États-Unis, l'Australie et l'Afrique du Sud ont accepté de s'inscrire à la FIDIC. Avec sa notoriété, dans les années 1970 et 1980, la FIDIC s'est étendue vers l'Asie lorsqu'elle a réussi dans l'appel de candidatures de ce continent : Singapour en 1972, le Japon en 1974 et la Corée du Sud en 1982, etc. Le décollage a correspondu au moment où la FIDIC influençait le marché industriel. C'est ainsi qu'est venue la rédaction des contrats-types.

### **§3. La naissance des contrats-types de la FIDIC**

44. Dans le domaine de la construction, les contrats-types sont apparus dès le début du dix-neuvième siècle en Europe et particulièrement au Royaume-Uni. Vers la naissance de la FIDIC, en 1907, un nouveau contrat-type a été publié par l'Institut Royal des Architectes Britanniques, en abréviation contrat du



RIBA<sup>51</sup>. C'est la raison pour laquelle, lorsque la FIDIC a réuni un nombre considérable de membres, elle a projeté d'élaborer des contrats-types susceptibles d'être appliqués au niveau international. Précisément, en 1930, au moment où la FIDIC était composée de dix membres, au Congrès à Vienne, ce sujet a été abordé dans le rapport de l'Association de la Suisse-ASIC. Cependant, plusieurs années après, la FIDIC a connu une crise interne pour sa réorganisation en vue d'affilier de nouveaux membres d'une part, et, d'autre part, de surmonter les difficultés survenues durant la deuxième guerre mondiale de sorte que la rédaction des contrats-types a été mise de côté pendant les années 1930 à 1940.

45. Comme on le sait, après la fin de la deuxième guerre mondiale, la FIDIC a réussi dans sa réorganisation par l'engagement en 1949 de l'Association des ingénieurs-conseils de la Grande Bretagne (ACE) sous l'égide du Président Julian S. TRITTON. Cet événement retient notre attention parce que la FIDIC, sous la présidence de Monsieur TRITTON<sup>52</sup> de 1955 à 1963, a non seulement élargi son réseau international mais, en outre, a réussi dans la constitution d'un comité ad hoc pour l'élaboration du Livre Rouge qui fait la réputation de la FIDIC dans le monde.

#### ***A. Le Livre Rouge-Red Book***

46. Concrètement, en 1956, ce comité ad hoc a été constitué. Avec la coopération de la Fédération Internationale du Bâtiment et des Travaux Publics (FIBTP), le 29 août 1957, l'élaboration du Livre Rouge/Red Book-*Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction* a été achevée et le Livre a été publié pour une période d'essai de son application durant trois ans. Sa rédaction semblait convenir de sorte que le Livre a été appliqué sans modification jusqu'en 1968. En 1969, la FIDIC a corrigé le Livre Rouge en

---

<sup>51</sup> Nael G. BUNNI, *The FIDIC forms of contract: the fourth edition of the Red Book, 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book*, 3. ed, Oxford, UK : Blackwell Publ, 2005, p. 3.

<sup>52</sup> Ce qui explique peut-être que les contrats-types FIDIC contiennent plusieurs conceptions du droit anglais plutôt que français. Car, avant la FIDIC, les contrats-types en matière de construction se sont bien développés au Royaume Unis pendant longtemps.

publiant sa deuxième version, en 1977, puis en 1987 et particulièrement en 1999, le Livre Rouge a été modifié avec une physionomie nouvelle à la fois sur la forme et sur le fond. Notamment, le rôle de règlement des litiges de l'ingénieur stipulé dans les anciennes versions a été remplacé par celui du Dispute Adjudication Board.

### ***B. Le Livre Jaune-Yellow Book***

47. Peu de temps après la naissance du Livre Rouge, en 1963, la FIDIC a publié un autre type de contrat pour les travaux mécaniques et électroniques en abréviation du Livre Jaune/Yellow Book - *Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*. Il a été modifié en 1982, 1987 et plus récemment en 1999 même à l'occasion de la modification du Livre Rouge 1999. C'est la raison pour laquelle les mécanismes de règlement des litiges prévus dans le Livre Jaune sont les mêmes dans le Livre Rouge. Aussi à cette occasion, le nouveau Livre Jaune regroupe l'ancien Livre Jaune et le Livre Orange publié pour la première fois en 1995. Le Livre Jaune de 1999 est intitulé *Conditions of contract for Plant and Design Build for electrical and mechanical plant and for building and engineering works, designed by the Contractor*.

### ***C. Le Livre Blanc-White Book***

48. Il est nécessaire de présenter ici le troisième contrat-cadre de la FIDIC - Livre Blanc/White Book -. C'est le contrat-type applicable à la relation entre les ingénieurs eux-mêmes et leurs clients - *Client/consultant Model Service Agreement* - qui a vu le jour en 1963<sup>53</sup>. Comme le Livre Rouge ou Jaune, le Livre Blanc a été aussi modifié à plusieurs reprises en 1990, 2001, 2006<sup>54</sup> et plus récemment en 2017<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> WIDEGREN, *op. cit.*, (note 48), p. 159.

<sup>54</sup> Voir : KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 274.

<sup>55</sup> Voir sur le site web de la FIDIC: <http://fidic.org/node/6159>.

#### ***D. Le Livre Argent-Silver Book et le Livre Vert-Green Book***

49. L'histoire du Livre Argent/Silver Book est à l'origine du développement, à partir des années 1990<sup>56</sup>, des projets de construction et de conception dont le constructeur est chargé, ce qui réduit les délais et le coût d'achèvement des travaux<sup>57</sup>. Pour répondre à cette demande, en 1999, la FIDIC a publié un nouveau type de contrat au niveau international sous le nom de Silver Book (Livre Argent en français) - *Conditions of contract for EPC/Turnkey Projects*.
50. Hormis ces trois Livres, l'année 1999 a marqué aussi la naissance du Livre Vert/Green Book applicable aux projets de construction nécessitant un faible capital ou aux projets dans lesquels le délai d'exécution des travaux est bref.

#### ***E. Le Livre Or-Gold Book***

51. Parmi les grands ouvrages publiés par la FIDIC, le Livre Or/Gold Book a vu le jour le plus tard en 2008. Plus développé que le Silver Book, le Gold Book regroupe dans un même contrat les trois missions - conception, construction et exploitation de l'ouvrage construit -. C'est la raison pour laquelle le délai est long, vingt ans selon la proposition de la FIDIC.

---

<sup>56</sup> TOBY SHNOOKNAL and DR. DONALD CHARRETT, 'Standard Form of contracting; The role for FIDIC contracts domestically and internationally', p. 6, sur [le site web](#) de la FIDIC.

<sup>57</sup> On peut le voir à travers les dispositions du droit dans la Directive 93/37/CEE du Conseil du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics des travaux à l'article premier : « (a) « les marchés publics des travaux » sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ». La demande à l'égard des méthodes de conception-construction a été aussi présentée dans l'étude stratégique sur le secteur de la construction réalisée par la Commission européenne en 1993 que « [...] De nombreux clients recourent à ces méthodes parce qu'ils sont persuadés qu'elles réduisent les délais et les coûts (notamment les frais de coordination et de liaison entre l'architecte et l'entrepreneur) et que l'entrepreneur peut sélectionner avec le concepteur les techniques de construction les plus efficaces et les plus économiques...Le secteur de la construction et ses entreprises doivent remédier à l'importance des problèmes structurels tels que la séparation des activités de conception et de construction...et la fragmentation de l'ensemble du secteur tant sur le plan professionnel que sur celui de la formation », voir dans :XAVIEZ BEZANÇANT, CHRISTIAN CUCCHIARINI and LAURANCE FRANQUEVILLE, Construire en contrat global, Histoire-Économie et Droit, LeMoniteur, 2016, p. 37.

52. Ce sont les grands et principaux Contrats-types de la FIDIC qui ont fait souvent l'objet de commentaires d'experts en matière de construction. Actuellement, à part le Livre Vert qui est le contrat de consultation et non un contrat de construction, tous ces contrats prévoient deux mécanismes - l'un par le DAB et l'autre par l'arbitrage - pour régler des litiges dans l'exécution du marché. Si, dans le chapitre précédent, on a exposé les raisons de l'approfondissement de la procédure de règlement des litiges par le DAB, ici, il convient de répondre à la question de savoir pourquoi les procédures de règlement des différends des cahiers FIDIC retiennent notre attention.

## **Section 2 : La nécessité des contrats-types dans le domaine de la construction**

53. Les observations des experts en la matière justifient cette assertion. D'abord, on peut présenter les expériences de Nael BUNNI<sup>58</sup> pour qui « *en matière commerciale, on est très familier avec les contrats-types. Dans une société tellement complexe comme de nos jours, les contrats-types deviennent essentiels dans les transactions et dans la plupart des engagements. La grande majorité des contrats-types sont développés par les organisations commerciales pour, d'une part, parvenir à l'efficacité grâce aux expériences vécues et leur application courante, d'autre part, pour protéger le mieux possible l'intérêt d'une ou des deux parties. Respectivement, dans le domaine de la construction, les contrats-types sont bâtis par les organisations professionnelles plutôt que par l'une ou l'autre partie du contrat, afin de garantir un contrat équitable et juste. Étant donné que le secteur de la construction est complexe et la vie d'un contrat est souvent longue, la perte financière sera donc vraiment considérable, si chaque partie n'anticipe pas le mieux possible tous les risques pour les partager au cours des négociations et de la conclusion du contrat* ».

---

<sup>58</sup> BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 3.

54. À cet égard, on voit rarement dans le droit substantiel national les dispositions suffisantes pour les grands projets<sup>59</sup>, les contrats-types établis en la matière se basant sur les expériences des professionnels constitueront donc les bons instruments pour les parties afin de prévenir les risques dans l'avenir. Est-ce la raison pour laquelle, à titre d'exemple, au Royaume-Uni, la plupart des contrats de construction sont établis sur la base d'un contrat-type ?<sup>60</sup> Aussi, le Professeur Justin SWEET a confirmé qu' « en l'absence de contrat-type, l'opération de construction ne se réalisera pas efficacement »<sup>61</sup>. Cela peut être justifié par la diversité des contrats-types en la matière qui sont publiés par différents organismes internationaux, comme par exemple, les contrats-types de la FIDIC ; de l'ENAA (au Japon) ; de l'ICE (Institution of Civil Engineer d'Angleterre) ; de l'AIA (aux États-Unis), etc. Cet état de chose démontre la nécessité des contrats-types dans le domaine de la construction, d'une part, et d'autre part, pose la question de la position des contrats-types FIDIC dans le marché structurel.

### **Section 3 : L'application courante des contrats-types FIDIC dans un marché structurel**

55. Étant une importante association mondiale, la FIDIC possède plusieurs éléments avantageux pour l'application de ses publications.

#### **§1. Les éléments en faveur de l'application courante des contrats-types FIDIC**

---

<sup>59</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 92.

<sup>60</sup> M. A. B. CHAO-DUIVIS, Giovanni IUDICA, Benoît KOHL and EUROPEAN SOCIETY OF CONSTRUCTION LAW (eds.), *Studies in European construction law*, The Hague : European Society of Construction Law, 2015, p. 689.

<sup>61</sup> Le professeur de la Faculté de droit de l'Université California-Berkeley a confirmé que : «...construction could not function efficiently without the use of standardized construction contract» JUSTIN SWEET, 'Standard construction contract: Academic orphan', *Construction Law Review*, vol. 38, 2011.

56. Comme on le sait, la FIDIC a créé un bon rapport avec les ingénieurs-conseils, les clientes, les entrepreneurs et les autres professionnels, étant donné que ses membres omniprésents dans le monde représentent à peu près cent pays. Son but est d'établir une communauté professionnelle mondiale. Pour ce faire, elle organise souvent des programmes de formation à l'application de ses contrats-types pour amplifier leur marché. Avec un nombre considérable de membres, elle a l'avantage de cumuler les expériences pratiques venant tant des pays développés que des pays en développement pour en faire des contrats-types qu'elle publie. C'est pourquoi ces contrats sont mondialement acceptés et reconnus comme des contrats-types internationaux de construction<sup>62</sup>.
57. À côté de ces avantages, un autre élément qui joue un rôle non moins important pour la popularisation des cahiers de la FIDIC consiste dans l'aide des banques internationales. On comprend que dans n'importe quel domaine, le capital est vital pour tous les projets. Sachant qu'aucun projet ne peut se réaliser sans capital, la FIDIC a coopéré avec les grandes banques dans le monde pour généraliser l'application de ses contrats, concrètement, la Banque Mondiale, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque pour le développement interaméricain, la Banque pour le développement africain, la Banque pour le développement islamique<sup>63</sup>, etc. À titre d'illustration, en 2005, dans la coopération avec les Banques du développement multilatéral (MDBs), la FIDIC a publié le Livre Rose/Rose Book qui s'applique aux projets de construction financés par une des banques - membres des MDBs. Qui plus est, la FIDIC étend aussi son réseau aux autres organismes professionnels internationaux qui jouent un rôle nécessaire dans la construction : la Fédération internationale de l'Asie, l'Association des entrepreneurs de l'Ouest pacifique, la Fédération interaméricaine de l'industrie structurelle et l'Association des entrepreneurs généraux américains etc<sup>64</sup>. Cet

---

<sup>62</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 270.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>64</sup> Ellis BAKER, WHITE & CASE and INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (eds.), *FIDIC contracts: law and practice*, London : Informa, 2009, p. 6.

état de chose démontre le prestige mondial de la FIDIC et grâce à cette réputation, les contrats-types élaborés par celle-ci auront toutes les chances d’être appliqués dans différents continents.

58. De tous les développements précédents, il paraît nécessaire d’approfondir les procédures de règlement des litiges en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC. Nous rencontrons cette nécessité en pratique à l’occasion d’une mission de conseillère dans le cadre du Service de la justice d’Ho Chi Minh Ville<sup>65</sup> où les affaires litigieuses au Vietnam posent plusieurs questions juridiques. À titre d’exemple, l’Ordonnance No 625/2012/QĐST-KDTM du 14 mai 2012 du Tribunal populaire de Ho Chi Minh Ville a annulé une sentence arbitrale tranchant un litige en matière de construction appliquant le Livre Rouge 1987 de la FIDIC après l’échec de la procédure de règlement des litiges par l’ingénieur. Tournant le regard vers les pays voisins pour acquérir des expériences, nous avons vu une affaire au Singapour dans laquelle la sentence arbitrale qui fait exécuter une décision du DAB a fait l’objet d’une annulation par la Cour suprême de ce pays<sup>66</sup>. C’est la raison pour laquelle nous avons consulté l’avis des experts en la matière sur ce point. À cette occasion, nous avons écouté les partages d’expérience d’un expert illustre, Monsieur James Perry - grand ingénieur, avocat et arbitre en matière de construction et qui est aussi membre et formateur de la FIDIC. Les connaissances de ces activités nous ont conduits à entamer des études approfondies sur les mécanismes de règlement des litiges prévus dans les cahiers de la FIDIC.
59. Avant d’entrer dans le détail des analyses des aspects juridiques de chaque procédure proposée par la FIDIC, la technique d’application des contrats-types FIDIC doit être maîtrisée.

---

<sup>65</sup> Un organisme chargé de conseiller le Comité populaire de Ho Chi Minh Ville sur tous les problèmes juridiques.

<sup>66</sup> [2010] SGHC 202, PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation.

## §2. La technique d'application des contrats-types FIDIC

60. Au regard de l'article 1 des Livres de la FIDIC, le contrat-type FIDIC se compose de deux grandes parties : les conditions générales (CG) et les conditions particulières (CP). Il est préconisé que les premières soient utilisées dans leur intégralité sans modifications. Si les parties veulent modifier des points donnés des CG, elles peuvent les aborder dans les CP. Dans ce cas, dans l'ordre de priorité des documents constituant le contrat, à titre d'illustration selon l'article 1.5 du Livre Rouge 1999, les CP précèdent les CG.
61. Pour mieux comprendre, on peut prendre un exemple dans l'affaire de la Cour anglaise de la technologie et de la construction en 2014<sup>67</sup> en ce qui concerne les modifications sur le mécanisme de règlement des litiges dans les CG du Livre Or. En l'espèce, les CG du Livre Or stipulent deux procédures de règlement des litiges successivement par le DAB puis par le tribunal arbitral. Cependant, dans les CP, lors de la conclusion du contrat, les parties ont remplacé la dernière par le rôle de la Cour nationale anglaise. Par conséquent, lors de la naissance du litige, les parties l'ont porté devant la Cour anglaise au lieu du tribunal arbitral proposé dans les CG.
62. Une remarque pour la modification des provisions des CG est que les contractants doivent bien veiller sur toutes les autres stipulations y afférentes afin qu'il y ait unité dans la modification d'une part, et, d'autre part, il est nécessaire de préciser les mentions qu'elles veulent modifier. Cette leçon est tirée de l'affaire No18096 d'octobre 2012 de la Cour d'arbitrage de la CCI<sup>68</sup>. Dans cette affaire, le Livre Rouge 1999 a été appliqué selon lequel la nature du DAB est permanente. Dans la convention sur le règlement des litiges, les parties ont remplacé les termes « *any dispute arising out* » par « *the dispute arisen* ». Lors de la naissance du litige, pour refuser le pouvoir de règlement des litiges du DAB à l'égard du deuxième conflit, une partie a argué

---

<sup>67</sup> *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC).

<sup>68</sup> ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 1, 2015, p. 109



que l'intention commune des parties lors de la conclusion du contrat est de remplacer le DAB de nature permanente par celui ad hoc. Pour cette partie, les termes « *the dispute arisen* » signifient que le DAB se constitue après la naissance du différend portant ainsi la nature ad hoc de sorte qu'il prend fin après règlement du litige pour lequel il a été constitué. Cela démontre que l'intention des parties est de modifier le Livre Rouge, notamment en remplaçant le DAB permanent par le DAB ad hoc. Néanmoins, cet argumentaire n'a pas été admis par le tribunal arbitral pour lequel l'utilisation de ces termes « *the dispute arisen* » ne suffit pas à changer la nature permanente du DAB proposé dans le Livre Rouge 1999, de sorte qu'il a obligé les parties à porter leur deuxième litige devant le DAB préalablement à l'arbitrage. Ainsi, pour la bonne application des cahiers de la FIDIC, les praticiens doivent, d'une part, comprendre la nature de chaque sujet, chaque mécanisme proposé par la FIDIC et, d'autre part, veiller sur l'ensemble du contrat pour qu'ils l'adaptent à leur situation précise en évitant la perte fâcheuse des droits et aussi une perte de temps pour les conflits qui ne sont pas dignes d'intérêt.

## ANNONCE DU PLAN

63. Partant du regard général des stipulations des cahiers de la FIDIC en ce qui concerne le mécanisme de règlement des litiges, nous observons qu'il existe un ordre dans le recours à chaque procédure, précisément : avant 1999, le litige doit être déféré à l'ingénieur préalablement à l'arbitrage ; et à partir de 1999, l'ingénieur dans le règlement des litiges a été remplacé par le DAB, c'est-à-dire que le litige doit être porté devant le DAB préalablement à l'arbitrage. Au moment du choix du plan de la Thèse, nous nous mettons à la place de deux types d'acteurs : l'un appliquant les contrats-types FIDIC et l'autre chargé de leur rédaction. Avec l'espoir qu'en amont, au fur et à mesure du développement de la thèse, les lecteurs parviennent à maîtriser les stipulations des cahiers de la FIDIC et, à partir des connaissances contractuelles, à prévenir les effets légaux possibles survenant lors de leur application. Si tel est le cas, les praticiens peuvent facilement appréhender et modifier les points discutables existant dans chaque stipulation sur la procédure de règlement des litiges en fonction de leur situation d'une part, et, d'autre part, les rédacteurs de la FIDIC peuvent aisément reconnaître les points qui ne correspondent pas aux besoins de la pratique. C'est la raison pour laquelle la présente Thèse s'articulera en deux parties selon la logique même des contrats-types FIDIC, concrètement, la première abordera la problématique juridique des procédures de règlement des litiges pré-arbitrales - par l'ingénieur et le DAB - et la deuxième l'arbitrage.
64. Cependant, avant d'entrer dans le détail de chaque procédure, toutes les questions communes à toutes les procédures de la FIDIC feront l'objet du chapitre préliminaire ci-dessous.

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

# LES QUESTIONS COMMUNES AUX PROCÉDURES CONTRACTUELLES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

65. En ce qui concerne la procédure de règlement des litiges, la notion de procédure « tend à assurer le respect de la loi au profit des justiciables »<sup>69</sup>. C'est la raison pour laquelle, avant d'entrer dans le détail de chaque procédure de règlement des litiges prévue dans les contrats-types FIDIC, il convient de mettre en exergue les questions ci-après.
66. Qui sont les justiciables, parmi les trois acteurs - l'ingénieur, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur - des procédures de règlement des litiges prévues par ces types de contrats (Section 1) ?
67. La réponse à cette question nous amènera à une autre interrogation relative à la loi dont les procédures précitées tendent à assurer le respect. Concrètement, les litiges relatifs à quel type de responsabilité - contractuelle ou légale - relèvent de l'objet d'application des procédures prévues dans les contrats-types FIDIC (Section 2) ?
68. Après examen de l'effet des clauses sur la procédure contractuelle de règlement des litiges à l'égard de chaque intervenant du contrat, il convient de savoir comment ces procédures engagent les parties (Section 3).
69. Les réponses à ces questions feront successivement l'objet des analyses qui suivent.

---

<sup>69</sup> CHRISTOPHE LEFORT, *Procédure civile*, 5è, Paris: Dalloz, 2014., p. 3.

## **Section 1 : Les justiciables des procédures contractuelles prévues dans les cahiers FIDIC**

70. Aux termes des contrats-types FIDIC, la plupart des échanges, au cours de l'exécution du marché, se font entre l'entrepreneur et l'ingénieur plutôt qu'avec le maître de l'ouvrage. Par ailleurs, le premier doit se conformer à plusieurs instructions de l'ingénieur. Il est donc inévitable qu'on se trouve dans la situation où l'acte de l'ingénieur dans la direction et le suivi des travaux peut causer un préjudice à l'entrepreneur. En l'occurrence, le Livre Rouge 1977 a stipulé que l'ingénieur était compétent pour statuer sur les litiges survenant entre lui-même et l'entrepreneur<sup>70</sup> tandis que le Livre Rouge 1987 et ceux des années suivantes n'y font pas référence.

Ainsi, deux hypothèses peuvent exister : soit un litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur est impossible; soit un litige survient entre eux mais dans ce cas, en vue d'assurer l'impartialité dans son règlement, la FIDIC n'accorde plus à l'ingénieur la compétence pour trancher un litige auquel il est partie. Si tel est le cas, la liquidation des litiges doit-elle s'appliquer aux autres procédures contractuelles ? Pour répondre à ces questions, il convient de déterminer les parties du marché à travers la nature du contrat de construction établi sur la base des cahiers de la FIDIC.

### **§1. Le contrat de construction établi sur la base des cahiers FIDIC relevant du contrat de louage d'ouvrage**

71. Il est notoire que les contrats-types FIDIC trouvent leur origine dans le droit anglais. Actuellement, il y a plusieurs types comme, par exemple, le Livre Rouge pour le contrat de construction de génie civil ; le Livre Jaune pour le contrat de construction des usines ; ou le Livre Or pour le contrat de construction dont toutes les opérations comme la conception, la construction d'un ouvrage et son exploitation sont à la charge de l'entrepreneur ; et bien

---

<sup>70</sup> « Le litige de quelque nature que ce soit qui survient entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage ou entre l'entrepreneur et l'ingénieur... doit préalablement être soumis par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie... »

d'autres. Ainsi, la question se pose de savoir à quel régime juridique sont soumis ces types de contrats.

Dès 1980, dans sa thèse sur le contrat international de génie civil, Patrick SIMARD a affirmé que « *le contrat FIDIC est, au regard du droit français, un contrat de louage d'ouvrage par lequel une personne, l'entrepreneur, se charge d'accomplir pour une autre, le maître de l'ouvrage, un travail déterminé pour un prix contractuel* »<sup>71</sup>. Cela signifie qu'il n'existe que deux parties - l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage - dans la relation contractuelle aux termes des cahiers de la FIDIC. Autrement dit, l'ingénieur n'est pas partie au marché<sup>72</sup>. Cette définition coïncide avec les explications d'Owen, un des experts en la matière pour qui « *le contrat [le Livre Rouge 1999] est une convention légitime qui stipule les obligations et les droits des parties que sont l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. L'ingénieur n'est pas partie au contrat. Il est désigné par le maître de l'ouvrage pour réaliser ses missions prévues dans le marché* »<sup>73</sup>. Cela se justifie aussi à l'article 1.1 (iv) du Livre Rouge : « *l'ingénieur est la personne désignée par le maître de l'ouvrage ès qualité pour les missions du marché qui lui sont dévolues et dénommé dans la Partie II de ces Conditions* ». Ainsi, la question est de savoir s'il peut y avoir un litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur dans la mesure où, dans l'exercice de ses missions, l'ingénieur cause des préjudices à l'entrepreneur.

## **§2. L'absence de litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur soumis aux procédures contractuelles**

72. Comme on peut le lire à l'article 1.1 (iv) du Livre Rouge 1987, « *l'ingénieur est la personne désignée par le maître de l'ouvrage ...* ». Aux termes de cette définition, l'ingénieur peut être considéré comme employé du maître de l'ouvrage et non une partie indépendante du marché. C'est la raison pour

---

<sup>71</sup> PATRICK SIMARD, *op. cit.*, (note 31), p. 16.

<sup>72</sup> Voir aussi dans GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 367, No 475 ;

<sup>73</sup> Voir Gwyn OWEN, *The working of the dispute adjudication board (DAB) under the new FIDIC 1999 (New Red Book)*, G,P Owen 2003, p. 10, sur le site web de la FIDIC.

laquelle, en ce qui concerne le litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur, Panayotis GLAVINIS a considéré que :

*« En réalité, il s'agit d'une fausse question, car le fait de l'ingénieur comme concepteur ou directeur des travaux engage le maître de l'ouvrage. Le seul litige concevable qui résulte du contrat et qui puisse être soumis à l'ingénieur selon la clause 67 est celui qui oppose l'entrepreneur au maître de l'ouvrage. Un litige qui oppose l'ingénieur à l'entrepreneur ne doit pas être soumis à l'ingénieur, pas plus au tribunal arbitral d'ailleurs. Ce litige ne résulte pas du contrat. Il est né à l'occasion de son exécution, mais sa source n'est pas contractuelle. L'entrepreneur ne pourra mettre en cause la responsabilité de l'ingénieur que sur une base délictuelle devant les juridictions de droit commun. L'ingénieur demeure donc un tiers par rapport au contrat et au litige. »<sup>74</sup>*

73. Il en résulte qu'à la suite du Livre Rouge 1977, le problème de l'existence d'un litige entre l'ingénieur et l'entrepreneur ne figure plus dans les nouvelles rédactions des contrats-types FIDIC. À titre d'exemple, l'article 67 du Livre Rouge 1987 stipule que « *le litige (dispute) de quelque nature que ce soit qui survient entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage [...] doit préalablement être soumis par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie [...]* ». Aux termes de cette clause, on peut affirmer que les procédures contractuelles ne s'appliquent pas aux litiges entre l'entrepreneur et l'ingénieur (si tel est le cas). Ce type de litige ne fait donc pas l'objet de cette recherche.

## **Section 2 : Le champ et le délai d'application des procédures contractuelles**

74. Si l'on définit que l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage sont deux parties au contrat de construction, il convient de savoir quel type de litige survenant entre eux doit être soumis aux procédures de règlement prévues dans le

---

<sup>74</sup> GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 467-468, No 568.

marché. L'article 67.1 du Livre Rouge 1987 stipule que « *si un litige de quelque nature que ce soit survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur en relation avec ou découlant du marché ou de l'exécution des travaux, soit pendant la réalisation des travaux ou après leur achèvement et soit avant ou après que le marché aura pris fin ou aura été abandonné ou aura été interrompu... l'objet du litige sera préalablement envoyé par écrit à l'ingénieur [...]* ». Au sens de cette stipulation, s'appliquera, de manière très étendue, la procédure contractuelle au litige non seulement survenant en cours d'exécution des travaux mais aussi après leur achèvement. Cette étendue est-elle illimitée dans le temps et valable pour tous types de litiges entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage ?

### §1. Les types de litiges soumis aux procédures contractuelles

75. « Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter en toute indépendance, un ouvrage<sup>75</sup> ». Ainsi, avant achèvement des travaux, la relation entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage est contractuelle, de sorte que si le litige survient entre eux, les procédures contractuelles de règlement des litiges s'appliquent. Cependant, la construction d'un ouvrage est une opération complexe, la responsabilité des constructeurs est donc très lourde, de sorte qu'elle ne prend pas fin après achèvement de la construction des ouvrages. Il est toujours possible de la mettre en jeu pendant la période de garantie prévue à la fois par la convention des parties et par les textes de droit comme on peut voir dans les développements qui suivent.
76. L'article 50.1 du Livre Rouge 1987 stipule que « *pour n'importe quel désordre, que ce soit un affaissement du sol ou d'autres désordres affectant les travaux qui surviennent avant l'expiration du délai de garantie*<sup>76</sup> pour

---

<sup>75</sup> Cass. 1<sup>è</sup> civ., No. 6414315, 19 février 1968.

<sup>76</sup> En France, en matière de marchés publics de travaux, l'article 44.1 du CCAG prévoit que le délai de garantie contractuelle « est, sauf prolongation décidée comme il est précisé à l'article 44.2, d'un an à compter de la date d'effet de la réception. Pendant le délai de garantie, outre les obligations qui peuvent résulter pour lui de l'application de l'article 41.4, le titulaire est tenu à une obligation dite « obligation de parfait achèvement », au titre de

*remédier aux désordres prévus dans l'article 49 du même Livre, l'ingénieur peut donner des instructions à l'entrepreneur en mettant en copie le maître de l'ouvrage, pour rechercher, sous sa direction, la cause des désordres. Si les travaux pour remédier aux désordres n'incombent pas à l'entrepreneur en vertu du marché, l'ingénieur, après consultation du maître de l'ouvrage, déterminera le coût subi par l'entrepreneur et l'ajoutera au prix du marché. Dans le cas contraire, l'entrepreneur doit, d'une part, payer le coût de la recherche de la cause des désordres et, d'autre part, remédier à ces désordres en supportant le coût desdits travaux conformément aux stipulations de l'article 49 du marché ».*

77. En ce qui concerne les dispositions légales relatives à la garantie des constructeurs, à titre d'exemple, le Code civil français à l'article 1792 prévoit que l'entrepreneur est responsable envers le maître de l'ouvrage des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, leur rendent impropre à sa destination.
78. En droit anglais, la responsabilité de l'entrepreneur est déduite des dispositions relatives au délai pour initier le procès, concrètement : l'article 5 de Limitation Act 1980 prévoit qu'« un procès dont la demande est fondée sur

---

laquelle il doit : a) Exécuter les travaux ou prestations éventuelles de finition ou de reprise prévus aux article 41.5 et 41.6 ; b) Remédier à tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre, de telle sorte que l'ouvrage soit conforme à l'état où il était lors de la réception ou après correction des imperfection constatées lors de celle-ci ; c) Procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs, dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché ; d) Remettre au maître d'œuvre les plans des ouvrages conformes à l'exécution dans les conditions précisées à l'article 40. Les dépenses correspondantes aux travaux complémentaires prescrits par le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre ayant pour objet de remédier aux déficiences énoncées aux b et c ci-dessus ne sont à la charge de l'entrepreneur que si la cause de des déficiences lui est imputable ». L'article 41.4 du même Livre prévoit que « dans le cas où certaines épreuves doivent, conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché, être exécutées après une durée déterminée de service des ouvrages ou certaines périodes de l'année, la réception ne peut être prononcée que sous réserve de l'exécution concluante de ces épreuves. Si de telles épreuves, exécutées pendant le délai de garantie défini à l'article 44.1, ne sont pas concluantes, la réception est rapportée ».



un simple contrat ne peut être engagé après l'expiration d'un délai de six ans à compter de la date à laquelle la cause du procès survient<sup>77</sup> ». Ce délai se prescrit par douze ans pour le contrat authentifié selon l'article 8<sup>78</sup> du même texte. La rupture du contrat fonde le procès, de sorte qu'un procès trouve sa cause dans l'interruption du contrat ou à tout le moins l'inexécution du contrat dont le demandeur a connaissance<sup>79</sup>.

Pour mettre en œuvre ces articles en matière de construction, le juge anglais<sup>80</sup> explique qu'en effet, le rôle de l'entrepreneur dépend des termes du contrat mais en général, il est tenu d'exécuter les travaux jusqu'à achèvement. C'est pourquoi, le procès pour inachèvement des travaux [en vertu de l'article 5 ci-dessus] trouve sa cause à la date où les travaux auraient dû être achevés ; quant à la demande de remédier aux désordres, le procès trouve sa cause après achèvement des travaux.

79. Devant ces dispositions légales et la convention des parties, la question se pose de savoir si la convention des parties prime. Et si cela n'est pas le cas, les procédures contractuelles s'appliquent-elles aux litiges dont la demande est

---

<sup>77</sup> « An action founded in simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the day on which the cause of action accrued » (article 5). « In this Act, unless the context otherwise requires, « action » includes any proceeding in a court of law, including an ecclesiastical court [...] » (article 38(1)).

<sup>78</sup> « An action upon a specialty shall not be brought after the expiration of twelve years from the date on which the cause of action accrued » (article 8). La notion de « specialty » signifie que le contrat est authentifié, voir *Oxford Architects Partnership v Cheltenham Ladies College* [2006] EWHC 3156 (TCC), para. 17.

<sup>79</sup> Voir l'affaire : *Battley v Faulkner* (1820) 3 B. & Ald, para. 289 : « The question, therefore, is when did the cause of action accrue. Now in assumpsit, the breach of contract is the gist of the action. The cause of action, therefore, accrued absolutely at the time when the contract was broken, or at least when the breach of the contract became known to the plaintiff ».

<sup>80</sup> Voir l'affaire : *Oxford Architects Partnership v The Cheltenham Ladies' College* [2006] EWHC 3156 (TCC), para. 23 : « The position of the contractor of course depends on the terms of the contract but generally there is an obligation to « carry out and complete » the works. Thus there will be a cause of action for the failure properly to complete the work by the date for completion. If those circumstances a cause of action will accrue right up to practical completion if the contractor fail to complete the works [...] There may then, depending on the defects liability provisions in the contract, be a further cause of action after practical completion »; voir aussi: CHAO-DUIVIS et al. (eds.), *op. cit.*, (note 60), p.730 et s.. Voir aussi: Stephen FURST, Vivian RAMSEY, Adrian WILLIAMSON, John UFF and Donald KEATING, *Keating on construction contracts*, 8th ed, London : Sweet & Maxwell, 2006, p. 502: « Time run from the date of breach and not from its discovery ».

fondée sur la responsabilité légale ? La réponse à ces questions se trouve dans les législations nationales ci-dessous.

**A. La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité légale**

80. À ce sujet, les conceptions du droit français et du droit anglais diffèrent.

**En droit français**

81. En matière de construction privée, d'ores et déjà, la Cour de cassation<sup>81</sup> a jugé que l'obligation de garantie décennale constituait une protection légale et non contractuelle. Ce point de vue a été aussi confirmé, de manière plus explicite, en matière de construction publique, par le Conseil d'État que : « *la réception définitive*<sup>82</sup> sera prononcée à l'expiration du délai de garantie fixé aux pièces du marché, à défaut de stipulations spéciales, ce délai sera d'un an sans préjudice de la garantie légale [c'est nous qui le soulignons], cette stipulation qui a pour objet de prévoir la date à laquelle devra avoir lieu la réception définitive et de préciser que, en instituant un délai de garantie d'un an, les parties n'ont pas entendu écarter la responsabilité décennale de droit commun, n'a pu avoir pour effet, alors que rien ne s'oppose à ce que le délai de la garantie contractuelle et celui de garantie décennale courent ensemble, de fixer le point de départ du délai de la garantie décennale à la date d'expiration du délai de la garantie contractuelle »<sup>83</sup>.

82. À l'instar de ces décisions, la responsabilité décennale est une responsabilité légale distincte de celle de l'entrepreneur dans la période de garantie prévue par les parties dans le contrat. L'expiration de la période de garantie

---

<sup>81</sup> Cass., 1<sup>er</sup> civ., le 28 novembre 1967.

<sup>82</sup> En matière de construction, il faut distinguer entre deux notions : « de réception provisoire des travaux et de réception définitive des travaux ». La réception provisoire s'emploie dans le cas où les travaux ne sont qu'achevés essentiellement, mais pas entièrement (voir l'article 48.1 du Livre Rouge 1987). C'est la raison pour laquelle, pour assurer le parfait achèvement, les parties s'engagent à un délai supplémentaire pour que l'entrepreneur puisse entièrement exécuter son obligation.

<sup>83</sup> CE., No 70796, le 16 avril 1969.

contractuelle peut déterminer la réception définitive des travaux laquelle est le point de départ de la garantie décennale. La garantie contractuelle ne prime pas la garantie légale. Cela est prévu à l'article 1792-5 du Code civil en vertu duquel toute clause d'un contrat qui a pour objet d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue à l'article 1792 est réputée non écrite.

### **En droit anglais**

83. On parle d'« *un procès dont la demande est fondée sur un simple contrat [...]* » de l'article 5 de Limitation Act 1980 précité, ce qui signifie que la responsabilité de l'entrepreneur tant avant qu'après achèvement des travaux est contractuelle. C'est la raison pour laquelle les parties peuvent fixer un délai autre que celui est imparti par le Limitation Act 1980 comme a déjà confirmé la Cour de Queen's Bench Division :

*« Limitation Act [précisément l'article 5 dans cette affaire] procure une défense légale dont une partie peut bénéficier. Cette défense relève d'un droit dont une partie peut bénéficier et non d'une obligation. Il est possible, pour un contractant d'être accord qu'il n'invoque pas ce délai légale défensif ou pour les parties de convenir que ce délai sera compté à la date prévue, à titre d'exemple, dans leur convention de moratorium [...]. N'importe quelle clause vise à exclure ce délai légal défensif doit s'exprimer avec précis »<sup>84</sup>.*

84. Cette différence entre le droit français et le droit anglais dans la détermination de la nature de la responsabilité de l'entrepreneur en ce qui concerne les désordres apparents pendant la période de garantie légale entraîne une application divergente des procédures contractuelles de règlement des litiges en la matière.

---

<sup>84</sup> *Oxford Architects Partnership v The Cheltenham Ladies' College* [2006] EWHC 3156 (TCC), para. 15 : « The limitation Act 1980 provides a statutory defence which a party may rely on. A party is not obliged to rely on a statutory limitation defence but is generally entitled to do so. It is possible for a party to agree that it will not rely on a statutory limitation defence or for the parties to agree that a statutory limitation defence will apply from an agreed date, for instance in a standstill agreement [...] In common with all other such rights any provision which seeks to exclude a party's right to rely on a statutory limitation defence must do so in clear terms ».

### ***B. L'application des procédures contractuelles aux litiges relatifs à la responsabilité légale***

85. L'article 67.1 du Livre Rouge 1987 stipule que l'ingénieur est compétent pour régler tous les litiges concernant le marché ou en découlant ou encore nés de l'exécution des travaux. Ainsi, tous les litiges concernant l'entrepreneur, que ce soit sa responsabilité légale ou contractuelle, rentrent-ils dans cet article 67.1, étant donné que cette responsabilité légale pour remédier aux désordres est aussi réputée née de l'exécution des travaux ?

#### **En droit français**

86. La qualification légale de la responsabilité de l'entrepreneur rend inopérantes les procédures contractuelles de règlement des litiges y afférant et survenant après achèvement définitif des travaux ainsi qu'il résulte de l'arrêt 156653 du 7/10/1998 du Conseil d'État<sup>85</sup>.

En l'espèce, le contrat contient une clause sur la procédure amiable de règlement des litiges : *« pour toutes les difficultés que pourrait soulever l'application des dispositions de la présente convention, il est expressément convenu entre les parties de solliciter les avis du directeur départemental [une procédure de règlement amiable des litiges<sup>86</sup>] de la construction avant d'engager toute action contentieuse »*. Pour justifier cette clause, le Conseil d'État a estimé qu'*« en jugeant que ces stipulations ne trouvaient pas à s'appliquer préalablement à l'engagement d'une action qui était fondée sur la responsabilité décennale, et non sur la responsabilité contractuelle, la cour n'a pas dénaturé la commune intention des parties »*.

À l'instar du raisonnement du Conseil d'État, on comprend que les procédures contractuelles de règlement des litiges y compris l'arbitrage ne s'appliquent pas aux litiges fondés sur la responsabilité légale telle la

---

<sup>85</sup> L'affaire qui fait l'objet de cet arrêt ne concerne pas les contrats FIDIC mais la réponse à la question sur l'application des procédures de règlement amiables des litiges relatifs à la garantie décennale a la même nature que celle posée aux procédures de règlement des litiges prévues dans les contrats FIDIC.

<sup>86</sup> FRANÇOIS LLORENS, 'Procédure de règlement amiable des litiges contractuelles. Inapplicabilité aux actions en garantie décennale', *RDI*, 1999, p. 95.

responsabilité décennale. Étant entendu que la responsabilité décennale à l'article 1792 du Code civil engage les constructeurs de marchés tant publics que privés, cette solution du Conseil d'État a été réitérée, en matière privée, par la Cour de cassation.

87. Précisément, au regard du pourvoi du 9 octobre 2007 relatif à l'irrecevabilité d'une action par non-respect d'une clause de règlement amiable préalable, conformément à leurs accords, « *en cas de différend portant sur le respect des clauses du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'Ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire, sauf conservatoire. Cette saisine intervient sur l'initiative de la partie la plus diligente* ». Lors de la naissance du litige relatif à la responsabilité de l'article 1792 du Code civil, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « [...] *la clause de saisine de l'ordre des architectes préalable à toute action judiciaire, en cas de litige sur l'exécution du contrat, ne pouvait porter que sur les obligations des parties au regard des dispositions de l'article 1134 du Code civil et n'avait donc pas vocation à s'appliquer dès lors que la responsabilité de l'architecte était recherchée sur le fondement de l'article 1792 du même code.* » Ainsi, la Cour de cassation a aussi jugé que la procédure contractuelle ne s'applique pas au litige relatif à la responsabilité légale de l'article 1792.
88. Cependant, en commentant cet arrêt, le Professeur Philippe MALINVAUD a explicité la solution de la Haute Cour par le fait que « *l'explication la plus simple et la plus convaincante relève de l'interprétation du contrat type d'architecte. S'attachant au libellé de la clause qui vise tout « différend sur le respect des clauses du présent contrat », on peut en effet soutenir, comme le faisait l'une des branches d'un moyen du pourvoi, que la clause visait les seuls litiges portant sur l'inexécution des obligations stipulées au contrat, non*

*la réparation des dommages relevant de l'application des articles 1792 et suivants du Code civil »<sup>87</sup>.*

89. Pour le Professeur Philippe THÉRY, si l'on suit la logique de cette explication, les procédures contractuelles de la FIDIC s'appliquent aussi aux litiges afférant à la responsabilité pour remédier aux désordres prévue à l'article 1792 du Code civil. Selon lui, « *les désordres prévus aux articles 1792 et suivant du Code civil concernent ou découlent de l'exécution des travaux ; et aux termes de l'article 20.4 du Livre Rouge 1999, les litiges concernant ou découlant de l'exécution des travaux doivent être déférés au DAB. Par conséquent, les litiges relatifs à la responsabilité pour remédier aux désordres prévus aux articles 1792 et suivantes du Code civil nécessitent d'être réglés par les procédures contractuelles de la FIDIC* ».
90. Si tel n'est pas le cas, nous avons, comme ces deux Professeurs, du mal à voir le bien-fondé des juges français lorsqu'ils attachent le caractère d'ordre public d'une règle de fond aux règles procédurales. Cette solution est-elle encore pertinente, particulièrement à l'ère où les modes alternatifs de règlement des litiges qui sont toujours possibles, voire souhaitables même en l'absence de prévision contractuelle<sup>88</sup> ? D'ailleurs, en matière de construction, en ce qui concerne les litiges relatifs aux désordres prévus à l'article 1792 du Code civil français, il y aura sans doute le cas où celui qui tranche le litige, pour aboutir à une solution pertinente, doit faire appel à des experts en la matière comme l'ingénieur ou l'architecte. Qui plus est, s'agissant des modes alternatifs de règlement des litiges, J. Mouton a raisonné qu'« en effet, en abandonnant les tribunaux [...] les parties veulent d'autres juges mais pas d'une autre

---

<sup>87</sup> Voir : PHILIPPE MALINVAUD, 'La clause de conciliation préalable figurant dans le contrat type d'architecte ne s'applique pas aux litiges fondés sur l'article 1792', *R.D.Immi*, 2008, p. 158, dans la base des données juridiques des Éditions Dalloz.

<sup>88</sup> OLIVIER GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Editions Le Moniteur, 2015, p. 337.

justice<sup>89</sup> ». Ainsi, que ce soit la procédure contractuelle ou judiciaire qui s'applique, la responsabilité décennale est toujours assurée.

91. De surcroît, cette solution des juges français entraîne une complexité dans la détermination des procédures de règlement des litiges en matière de construction. À titre d'exemple, en ce qui concerne la responsabilité légale, en matière de construction publique, la responsabilité décennale et biennale n'est pas d'ordre public, de sorte que les parties peuvent aménager les délais applicables<sup>90</sup>. Dans ce cas-là, l'aménagement du délai de la garantie décennale dénature-t-il cette responsabilité ? Si tel est le cas, les juges français devront-ils déterminer que la procédure contractuelle doit être appliquée aux litiges survenant dans la période de garantie pour laquelle le délai a été aménagé ? Pour éviter cette complexité, le point de vue des juges anglais mérite d'être présenté ci-après.

### **En droit anglais**

92. Comme analysé plus haut, la responsabilité légale du constructeur envers le maître de l'ouvrage n'est pas mise en jeu. Il en résulte que tous les litiges entre eux ne proviennent que de la relation contractuelle. De ce fait, les litiges qui surviennent dans la période de garantie légale doivent toujours être soumis aux procédures contractuelles de règlement des litiges. Cela est prévu non seulement par la loi mais aussi justifié dans la pratique, concrètement :

- Les articles 5 et 8 de Limitation Act 1980 permettent aux parties d'engager un procès concernant un contrat dans un délai de six ou de douze ans. Ainsi, se pose la question de savoir si ce « procès » ne s'applique qu'à une demande de soumettre un litige à un tribunal étatique et non à un autre comme le tribunal arbitral ? La réponse à cette question se trouve dans la Loi anglaise de l'arbitrage à l'alinéa 1 de l'article 13 sur l'application de

---

<sup>89</sup> Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue le 7 décembre 1938 par J. MOUTON, *Nature juridique de la sentence arbitrale en droit privé et dans les conflits collectifs du travail*, Paris : F. Loviton, (les éditions Domat-Montchrestien), p. 25.

<sup>90</sup> CE No 47523, 47524 et 47525, le 3 décembre 1986.

Limitation Act selon lequel « ce texte s'applique à la procédure étatique ainsi qu'à la procédure arbitrale ».

- Aussi, dans l'affaire de *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport*<sup>91</sup>, la procédure contractuelle est appliquée aux litiges nés après achèvement des travaux. En l'espèce, le contrat de construction contient une clause sur la procédure de règlement des litiges concernant le rôle de l'ingénieur et l'arbitrage. En 2002, lors de la naissance du litige, les parties ont déféré celui-ci tant à l'ingénieur qu'au tribunal arbitral. Par la suite, la compétence du tribunal arbitral est contestée notamment en raison de la forclusion du demandeur. Les juges anglais saisis d'un recours en annulation de la sentence arbitrale ont estimé que : « *le contrat de construction n'est pas notarié, de sorte que le délai pour prendre l'initiative d'un procès est de six ans [en vertu de l'article 5 de Limitation Act]. En principe, ce délai court à compter du 23/12/1996 où les travaux sont substantiellement achevés. Par conséquent, le 23/12/2002 est crucial* ». Ainsi, la demande du demandeur à l'arbitrage du 9/12/2002 était encore dans le délai.

93. Cet état de chose permet de tirer la conclusion qu'en droit anglais, la nature « légale » n'est déterminée qu'à l'égard du délai pour la période de garantie et non à l'égard de la responsabilité de l'entrepreneur dans cette période, ce qui est différent du droit français du fait que la responsabilité de l'entrepreneur pendant la période de garantie légale est aussi légale. Il en résulte qu'en droit anglais, les procédures contractuelles s'appliquent toujours aux litiges survenant dans la période de garantie légale. Cela n'est pas le cas en droit français.

## **§2. Le délai des procédures contractuelles applicables aux litiges relatifs à la responsabilité contractuelle**

---

<sup>91</sup> *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport*, [2005] EWCA Civ 291, du 17/3/2005, para. 12: « The contract was not under seal, so that the statutory period of limitation was 6 years. The assumption has been the time started to run from the date when the work was substantially complete, 23/12/1996. So 23/12/2002 was a critical date ».



94. Au sens de l'article 1792, la garantie décennale n'est pas mise en jeu pour toutes les responsabilités de l'entrepreneur. Elle n'est prévue que pour les désordres affectant les ouvrages. Ainsi, s'agissant des autres responsabilités de l'entrepreneur, quel est le délai dont bénéficie le maître de l'ouvrage pour agir contre l'entrepreneur ?
95. La Cour de cassation française a estimé, en ce qui concerne la demande de règlement des litiges relatifs à la responsabilité contractuelle, que « *l'action en responsabilité contractuelle* [c'est nous qui le soulignons] *contre les constructeurs se prescrit par dix ans à compter de la réception de l'ouvrage avec ou sans réserve* » (Civ. 3è, 16 octobre 2002). Ceci permet-il de comprendre que la relation contractuelle entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur perdure pendant dix ans à partir de la réception de l'ouvrage ? Si tel est le cas, et si l'on applique le point de vue des juges français selon lequel les litiges relatifs à la responsabilité légale relèvent de la compétence des juges étatiques, les différends relatifs à la responsabilité contractuelle doivent être soumis aux procédures contractuelles. Ceci signifie que tant que la relation contractuelle demeure, les procédures contractuelles de règlement des litiges doivent être appliquées. En l'occurrence, les procédures contractuelles de règlement des litiges en vertu des contrats-types FIDIC doivent-elles être appliquées aux différends nés dans ce délai de dix ans à partir de la réception de l'ouvrage ?
96. Comme il a été dit, les modes alternatifs de règlement des litiges permettent d'apporter aux parties une solution plus rapide et moins coûteuse afin d'achever plus tôt la construction d'un ouvrage<sup>92</sup>. De ce fait, le point de vue des juges suisses retient notre attention. En l'espèce, pour abandonner un recours en annulation d'une sentence dans laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent sans obliger les parties à se soumettre à la procédure du

---

<sup>92</sup> Michael AVAN JAFFE et Ronan J. MCHUGH, « International construction dispute in today's economic », sur le site web de la FIDIC.

DAB en vertu du marché, la Cour suprême fédérale suisse<sup>93</sup> a jugé : « *il sied de souligner d'abord, sur un plan général, que le système du DAB par la FIDIC a été conçu avant tout en vue de la constitution d'un DAB permanent, et non d'un DAB ad hoc, l'idée étant de favoriser la résolution rapide des différends survenant en cours d'exécution d'un projet [c'est nous qui le soulignons], sans mettre en péril la poursuite de celui-ci, en les faisant trancher par les spécialistes désignés au commencement du contrat et qui accompagnent la mise en œuvre du projet du début à la fin* ».

97. Cependant, ce raisonnement est mis en échec devant le tribunal anglais car la Cour d'appel britannique a considéré que l'« *on ignore quel moment sera de mise pour ouvrir la procédure du DAB afin d'avoir une solution plus rapide mais moins coûteuse. Il n'y a aucun lien causal entre le moment d'ouverture de la procédure du DAB avec une solution plus rapide mais moins coûteuse. La procédure du DAB est ouverte pendant l'exécution des travaux peut être complexe, coûteux et chronophage. À contrario, cette procédure qui est ouverte après achèvement des travaux peut apporter une solution plus rapide mais moins coûteuse et aussi plus simple.*<sup>94</sup> »
98. De surcroît, l'article 108 de la Loi sur la construction énonce que : « *une partie au contrat de construction a le droit de déférer au DAB un litige survenant en vertu du contrat suivant la procédure en conformité avec cette section (1) ; le contrat devrait permettre aux parties, à tout moment, de signifier leur intention de dénoncer des différends au DAB (2) ; et si le contrat n'est pas conforme aux exigences des alinéas de 1 à 4 de cet article, la procédure du DAB de la présente loi s'applique* ». À l'instar de ces

---

<sup>93</sup> ASA BULLETIN, 'A. SA v. B. SA, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, Case No. 4A\_124/2014, 7 July 2014', *Kluwer Law International*, vol. 32, no. 4, 2014., p. 826-848.

<sup>94</sup> *Connex South Eastern Ltd v. M J Buiding Services Group Plc*, [2005] EWCA Civ. 1993, para. 41: « But that says nothing about when the quick and (relatively) cheap adjudication may be commenced. There is no link between the speed and expense of an adjudication started before practical completion may be complex, slow and expensive. Conversely, adjudication started long after practical completion may be simple, quick and cheap ».

dispositions, la procédure du DAB peut être ouverte à n'importe quel moment, que ce soit avant ou après achèvement des travaux voire, comme ce qu'ont expliqué les juges dans l'affaire précitée<sup>95</sup>, après l'expiration du délai de six ou de douze ans pour agir en vertu du Limitation Act. Qui plus est, il est possible d'avoir une souplesse dans cette affaire lorsque les juges ont estimé que « les parties peuvent fixer un autre délai pour ouvrir la procédure du DAB par référence à la date d'achèvement des travaux ou à la date de finalisation du contrat »<sup>96</sup>. Cette attitude favorable des juges anglais aux procédures amiables de règlement des litiges est un grand soutien à l'égard du Livre Or – *Conditions of contract for design build and operation projects* (modèle DBO).

### §3. Le délai de la procédure applicable par le DAB en vertu du Livre Or

99. Avant d'entrer dans le détail de ce sujet, il convient de connaître la singularité de ce Livre.

#### Nature du Livre Or

100. C'est un modèle de contrat DBO qui associe dans un même contrat les travaux de conception et de construction à l'exploitation et la maintenance du projet pendant une longue période de vingt années. La présentation de ce Livre au troisième paragraphe explique que le Livre Or s'applique à un seul contrat attribué à une seule entité contractuelle pour optimiser la coordination de l'innovation, de qualité et de performance, plutôt que d'attribuer des contrats séparés pour la conception et la construction d'une part, et pour l'exploitation - maintenance, d'autre part. Cette prestation globale est stipulée à l'article 4.1 de ce Livre : « *l'entrepreneur est tenu de concevoir, exécuter et achever les*

---

<sup>95</sup> *Connex South Eastern Ltd v. M J Buiding Services Group Plc*, [2005] EWCA Civ. 1993, para. 39: «... But subject to considerations of this kind, there is nothing to prevent a party from referring a dispute to an adjudication at any time, even after the expiry of the relevant limitation period ».

<sup>96</sup> *Connex South Eastern Ltd v. M J Buiding Services Group Plc*, [2005] EWCA Civ. 1993, para. 38: « It would have been possible to restrict the time within which an adjudication could be commenced, say, to a period by reference to the date when work was completed or the contract terminated ».

*travaux ; exploiter et maintenir l'ouvrage achevé en conformité du contrat ; et de remédier à tous les désordres de l'ouvrage [...]. »*

101. En ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur pour remédier aux désordres, l'article 17.4 de ce Livre stipule que, pendant la période de l'exploitation - maintenance, l'entrepreneur sera toujours responsable des désordres résultant de la conception - construction. Sauf convention contraire des parties, cette période de l'exploitation - maintenance se prescrit par vingt ans à partir de l'achèvement des travaux. En vertu de l'article 20.3 et 20.6 du Livre Or, les litiges survenant que ce soit dans la période de construction ou l'exploitation de vingt ans, doivent être soumis à la procédure du DAB préalable et l'arbitrage subséquent (art. 20.11).

#### **La validité du délai de vingt ans de garantie prévu dans le Livre Or**

102. En ce qui concerne cette question, comme le droit anglais qui est favorable à la procédure du DAB, le droit vietnamien l'est aussi. Cela est déduit de la Loi de la construction dont l'article 148 à l'alinéa 8 sur le principe de règlement des litiges en matière de construction prévoit que le règlement des litiges doit respecter les conventions contractuelles en assurant la légalité et la coopération.
103. Sous l'angle du droit français, comme on le sait ci-dessus, la responsabilité légale ou contractuelle de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage n'est que de dix ans, sauf sa faute dolosive<sup>97</sup>, à compter de la réception de l'ouvrage. Ainsi, cette clause 20.6 du Livre Or est-elle valable lorsqu'elle accorde compétence au DAB pour régler des litiges survenant pendant la période de vingt ans à partir de l'achèvement des travaux ? Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de distinguer entre la responsabilité légale et

---

<sup>97</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., No. 99-21017 99-21284, le 27 juin 2001 : « Le constructeur, nonobstant la forclusion décennale, est, sauf faute extérieure au contrat, contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de sa faute dolosive ».

contractuelle. Dans ce cas, tous les litiges seraient-ils soumis aux procédures contractuelles de règlement ?

104. Il ne serait pas raisonnable de dire qu'il n'y a pas d'intérêt à poser ces questions en France car le Livre Or est rarement mis en application sur le territoire français. Il se peut que le Livre Or ne soit pas, pour le moment, appliqué en France. Néanmoins, une question de même nature peut se poser, dans l'avenir, en ce qui concerne l'exécution des marchés globaux qui sont prévus aux articles 34 et 35 de l'Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Ce type de contrat est de même nature que le Livre Or<sup>98</sup> d'une part, et, d'autre part, « il est largement utilisable dans le cadre de la commande privée<sup>99</sup> ». En ce qui concerne le développement de ce type de contrat en France et en Europe, Michel Zulberty<sup>100</sup> - Ingénieur général des ponts et des eaux et forêts - a remarqué que « *aujourd'hui, les choses évoluent très vite avec les CREM (conception, réalisation, exploitation-maintenance) et les CPE (contrat de performance énergétique), et désormais la transposition des directives européennes pousse à l'actualisation du Code des marchés publics français* »<sup>101</sup>. Qui plus est, le juge français<sup>102</sup> a déjà eu l'occasion d'être saisi des recours en annulation de la sentence arbitrale en ce qui concerne l'application des contrats-types FIDIC. C'est la raison pour laquelle les questions relatives à l'application des procédures contractuelles de règlement des litiges prévues dans les cahiers FIDIC nécessitent d'être examinées sous l'angle du droit français.

---

<sup>98</sup> Voir : Le Lyma contrats internationaux, sous la direction de Henry LESGUILLONS, Étude 352 : les contrats types FIDIC de type DBO (conception, construction et opération), p. 1: l'auteur a identifié le Livre Or comme un « contrat global » ; Voir aussi : BRUNOT DE CAZALET, 'The new FIDIC conditions of contract for design, build and operate projects (DBO) (The Gold Book)', *Int'l. Bus. L. J.*, vol. 2012, no. 4, p. 439-446 (441).

<sup>99</sup> XAVIEZ BEZANÇANT et al., *op. cit.*, (note 57), p. 101.

<sup>100</sup> Michel Zulberty est aussi le Président de l'Association Apogée (Institut français du management immobilier).

<sup>101</sup> XAVIEZ BEZANÇANT et al., *op. cit.*, (note 57), p. 43.

<sup>102</sup> C. A de Caen, 1<sup>e</sup> Ch., le 13 janvier 2004 publié sur le Rev. Arb 2004, Volume 2004, Issue 2, p. 443.

105. En tout état de cause, la responsabilité de l'entrepreneur peut être mise en cause pour garantir le parfait achèvement des travaux. C'est la raison pour laquelle le délai de vingt ans du Livre Or pour la mise en jeu de la responsabilité de l'entrepreneur est sans doute légitime. Par conséquent, se pose la question de cette recherche sur l'application des procédures contractuelles aux litiges survenant dans cette période de garantie.

### **Section 3 : La primauté des procédures contractuelles**

106. Comme on le sait, les cahiers de la FIDIC proviennent du droit anglais<sup>103</sup> et non français, c'est la raison pour laquelle il convient de savoir, sous l'angle du droit français, hormis l'arbitrage et la conciliation, si les procédures contractuelles de règlement des litiges prévues dans les contrats-types FIDIC sont applicables ou non.

#### **§1. Les procédures pré-arbitrales de la FIDIC sous l'angle du droit français**

107. Au sujet du règlement des litiges, la nouvelle loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, dans le Titre II intitulé *favoriser les modes alternatifs de règlement des différends*, à l'article 4 prévoit qu' « à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : [...] (2<sup>o</sup> si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». Aux termes de cet article, on comprend qu'en droit français, les parties sont invitées à recourir à un autre mode de règlement des litiges avant de les porter devant une juridiction étatique. Ceci signifie que les procédures pré-arbitrales des cahiers de la FIDIC sont applicables en droit français. Plus clairement, en matière de marchés publics de travaux, l'article

---

<sup>103</sup> L'article 108 (1) de La loi de construction 1996 autorise les parties du contrat de construction à porter leur litige devant un DAB : « A party to a construction contract has the right to refer a dispute arising under the contract for adjudication under the a procedure complying with this section ».

50 du CCAG français prévoit que « *le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché* ».

Ainsi, en matière de construction tant publique que privée, les modes alternatifs de règlement des litiges, comme ceux des contrats-types FIDIC, sont privilégiés. La question se pose de savoir quelle est la teneur de ce privilège, autrement dit, si une partie peut y échapper en allant directement devant le juge étatique auquel cas le juge français devrait se déclarer incompétent et demander aux parties de se conformer préalablement aux procédures contractuelles.

## **§2. L'effet d'une fin de non-recevoir sur les procédures pré-arbitrales prévues dans les contrats-types FIDIC**

108. En ce qui concerne la recevabilité d'une procédure amiable de règlement des litiges, la Cour de cassation française, depuis 2003<sup>104</sup>, a confirmé qu'est « [...] *licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le recours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ».
109. En 2012, en matière d'application des contrats-types FIDIC, cette question s'est aussi posée lorsque la Cour d'appel de Paris<sup>105</sup> a eu l'occasion d'être saisie d'un recours en annulation de la sentence arbitrale qui est fondé notamment sur le fait que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent alors que la procédure pré-arbitrale par l'ingénieur n'est pas respectée. En l'espèce, le juge a abandonné ce recours en considérant que « *SECOL qui critique la décision de l'Arbitre ayant fait partir le délai de prescription de la date à laquelle le droit a été en premier lieu privé ou contesté sans tenir compte de la*

---

<sup>104</sup> Cass. Ch. Mixte, No 00-1942300-19424, le 14 février 2003.

<sup>105</sup> CA Paris., Pôle o1 CH. 01 du 26 juin 2012, No 10/18442, voir dans Lextenso.fr.

*procédure préliminaire* [par l'ingénieur selon l'article 67 du Livre Rouge 1987] *et de négociation obligatoires, invite en réalité le juge d'annulation à une révision au fond de la sentence qui lui est interdit* ».

Ainsi, la Cour d'appel de Paris ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si la procédure de règlement des litiges de l'ingénieur constitue ou non une fin de non-recevoir. Ce silence peut-il permettre de déduire que le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en général n'est remis en cause qu'au cas où une des parties voudrait échapper à cette procédure amiable pour aller devant le juge étatique et non pour recourir à l'arbitrage de sorte que les arbitres disposent de toute latitude à l'égard de cette question ? Ou, existe-t-il une autre explication dans sens de l'arrêt le plus récent en 2014 de la Cour de cassation selon lequel la procédure amiable ne constitue une fin de non-recevoir que lorsque les parties ont prévu les conditions particulières de sa mise en œuvre : « *la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci* »<sup>106</sup>.

Aux termes de cette explication, il est difficile de confirmer que cette position de la Cour de cassation peut être transposée aux procédures pré-arbitrales des cahiers FIDIC par les raisons suivantes : d'abord, la renonciation à une fin de non-recevoir est valable seulement à l'égard de la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable « *non assortie de conditions particulières de mise en œuvre* ». Tel n'est pas le cas pour les contrats-types FIDIC qui stipulent les conditions particulières de mise en œuvre de la procédure de règlement des litiges tant par le DAB que par l'ingénieur. Ensuite, en 2012, la Cour de cassation<sup>107</sup> a admis la fin de non-recevoir à l'égard d'une clause stipulant le recours à un expert préalablement pour trancher les litiges. Il semblerait que cette solution soit d'autant plus pertinente pour les procédures pré-arbitrales de la FIDIC que le rôle de

---

<sup>106</sup> Cass., Ch. comm. No : 12-27004, le 29 avril 2014.

<sup>107</sup> Cass., Ch. comm., No. 11-23864, le 23 octobre 2012.



l'ingénieur et des membres du DAB ne diffère pas de celui d'un expert en matière de construction. Enfin, en pratique, les procédures pré-arbitrales de la FIDIC peuvent être traitées comme une partie de la convention d'arbitrage<sup>108</sup>. Si cette conception est partagée, le juge étatique et l'arbitre doivent se déclarer incompétents lorsque le litige n'est pas préalablement soumis aux procédures pré-arbitrales des contrats-types FIDIC.

## Conclusion du chapitre

110. Les contrats-types FIDIC faisant l'objet de cette recherche relèvent du contrat de louage d'ouvrage auquel sont parties l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. C'est pourquoi, les procédures de règlement des litiges prévues par ces contrats ne s'appliquent qu'aux litiges entre ces deux acteurs. Pour définir l'effet de ces procédures, la date d'achèvement des travaux entre en ligne de compte car elle détermine la nature de la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage, ce qui préside au respect des procédures contractuelles de règlement des litiges. En général, ces procédures contractuelles sont valables et promues par la législation nationale. Cependant, le niveau de cette promotion varie selon le droit de chaque pays non seulement pour ce qui concerne la détermination du délai d'effet de ces procédures mais également pour la mise à exécution des décisions de l'ingénieur, du DAB et bien du tribunal arbitral. C'est la raison pour laquelle pour bénéficier de ces avantages, les parties devraient modifier les conditions des cahiers de la FIDIC en vue de répondre aux exigences du système légal choisi.

---

<sup>108</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Commentary on recent ICC arbitral awards dealing with dispute adjudication board under FIDIC contracts', *Inter. Const. L. Rev.*, 2016, p. 193.



## PREMIÈRE PARTIE

# PROCÉDURES PRÉ-ARBITRALES

---

111. Comme il a été dit précédemment, avant l'arbitrage, la FIDIC propose deux mécanismes de règlement des litiges, l'un concerne l'ingénieur, l'autre le DAB. Dans cette partie, successivement, le rôle de l'ingénieur sera étudié dans le Titre 1 et celui du DAB dans le Titre 2.

## **TITRE 1 : LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR L'INGÉNIEUR**

112. En ce qui concerne la procédure de règlement des litiges, deux grandes questions sont souvent posées : la compétence de celui qui tranche le litige et la mise à exécution de sa décision en pratique. Ainsi, quant à la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur, la compétence de celui-ci fera l'objet d'études du premier chapitre et dans la deuxième, sera approfondie la mise à exécution de sa décision. Le dernier chapitre abordera le déroulement de la procédure de l'ingénieur.

## CHAPITRE 1

# L'INGÉNIEUR DANS LE RÔLE DE RÈGLEMENT DES LITIGES

113. Actuellement, la FIDIC a publié plusieurs types de contrats. Cependant, le rôle de l'ingénieur n'est pas identique dans chaque Livre. C'est la raison pour laquelle il convient d'étudier les Livres dans lesquels l'ingénieur est compétent pour régler des litiges.

### **Section 1. L'ingénieur - technicien choisi par les parties pour le règlement des litiges**

114. La clause 67.1 du Livre Rouge 1987 stipule que « *le litige (dispute) de quelque nature que ce soit qui survient entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage [...] doit au préalable, être soumis par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie [...] L'ingénieur notifiera au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur sa décision. Celle-ci doit préciser qu'elle est rendue conformément au présent article* ».
115. À la lecture de cet article, une question se pose sur le rôle des juristes, des avocats, des arbitres et des juges. Sont-ils incompetents dans le domaine de la construction ? - ou les écoles de droit ont-elles leur part de responsabilité dans la formation des juristes insuffisamment compétents pour répondre au besoin du marché de la construction au point que les contractants doivent faire appel à un technicien et non à un juriste en cas de litige ? Existerait-il une autre explication ? La réponse à ces questions fera l'objet des analyses ci-dessous.

### §1. La compréhension de la notion d' « ingénieur »

116. L'ingénieur qui joue un rôle prévu dans les contrats-types FIDIC, est un issu de la tradition anglo-américaine<sup>109</sup>. Il est donc nécessaire de trouver une référence équivalente en droit français pour mieux comprendre son rôle dans le domaine de la construction.
117. L'article 1.1 (iv) du Livre Rouge 1987 définit que « *l'ingénieur est la personne désignée par le maître de l'ouvrage ès qualité pour les missions du marché qui lui sont confiées et dénommé dans la Partie II de ces Conditions* ». Aux termes de cette définition, on comprend que l'ingénieur est aux côtés du maître de l'ouvrage, celui-ci le nommera précisément dans la Partie II du marché conformément aux orientations de la FIDIC, à l'article 1. Pour comprendre les missions et les pouvoirs de l'ingénieur, il est nécessaire d'étudier les clauses dans les CG du marché.
118. Nael G. BUNNI résume le rôle de l'ingénieur précisé dans le Livre Rouge 1987 comme un mandataire du maître de l'ouvrage, un superviseur, un certificateur et un quasi-arbitre<sup>110</sup>. À part le pouvoir de règlement des litiges, Panayotis GLAVINIS voit l'ingénieur comme maître d'œuvre du CCAG<sup>111</sup> français qui « est la personne responsable du marché, représentant légal du maître de l'ouvrage<sup>112</sup> ». Dans une décision 15-21645 du 10/11/2016 où un contrat de

---

<sup>109</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *Kluwer Law international Review*, 1991, p. 380.

<sup>110</sup> BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 155.

<sup>111</sup> Le CCAG à l'article 2 définit: « maître d'œuvre » est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet objet du marché, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement... » ; Voir aussi : CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *op. cit.*, (note 109), p. 378 : « The engineer does not only design the works to be constructed and supervise their execution on behalf of the employer, as is true of maître d'œuvre in France ».

<sup>112</sup> GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 360 ; et Voir le point de vue de BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 186: « la position de l'ingénieur est assez équivalent celle occupée par le maître d'œuvre ».

construction, entre une société saoudienne et une autre société internationale, contient une convention sur le rôle de l'ingénieur, la Cour de cassation a défini l'ingénieur comme « maître d'œuvre ». Une telle définition peut être aussi déduite de l'article R111-4-3 du Code de la construction et d'habitation français dès lors qu'une attestation établie par l'ingénieur-conseil peut avoir la même valeur que celle établie par un contrôleur technique ou un architecte. Dans la pratique, dans l'analyse du rôle de l'ingénieur au sens des contrats FIDIC, Roger Philippe BUDIN le considère comme un architecte<sup>113</sup>. Selon Jean-Baptiste TAILLAN et Corine SABUT, l'architecte est souvent maître d'œuvre, son intervention lors d'une opération de construction n'est jamais une obligation légale mais s'avère souvent indispensable<sup>114</sup>. De façon plus générale, Patricia GRELIER-BESSMANN a tiré la conclusion que l'ingénieur ou l'architecte peut être nommé comme maître d'œuvre pour réaliser la mission de maîtrise d'œuvre. Les parties les désignent selon les missions qui leur sont dévolues dans le contrat<sup>115</sup>.

## ***§2. Les raisons du recours des parties à l'ingénieur pour le règlement des litiges***

119. La qualité de l'ingénieur et la singularité du domaine de la construction sont deux raisons qui président au choix des parties à l'égard du mécanisme de règlement des litiges comme ce qui suit.

### ***A. Les qualités et le rôle opérationnel de l'ingénieur***

120. Grâce à ses connaissances techniques, l'ingénieur est omniprésent dans les opérations de la construction même s'il n'est pas partie au marché. Ce sont

---

<sup>113</sup> Roger Philippe BUDIN, *Guide pratique de l'exécution des contrats internationaux de construction: contrôle juridique permanent, prévention et traitement des litiges ; aspects contractuels, conditions FIDIC, règles de la Banque Mondiale*, Bern : Stämpfli 1998, p. 82.

<sup>114</sup> LLC & ASSOCIÉS AVOCATS, Jean-Baptiste TAILLAN and Corinne SABUT, *Dictionnaire de la maîtrise d'ouvrage publique et privée: dictionnaire pratique*, Paris : Le Moniteur, 2015, p. 276.

<sup>115</sup> Patricia GRELIER-BESSMANN, *Pratique du droit de la construction: marchés publics et privés*, Paris : Eyrolles, 2010, p. 34.

sans doute les raisons qui expliquent que l'ingénieur soit choisi par les parties pour régler leur litige au premier stade.

*1. L'ingénieur possédant de bonnes connaissances techniques*

121. Suivant la définition de la FIDIC, « *les ingénieurs sont ceux qui résolvent des problèmes, organisateurs, communicateurs, techniciens et dessinateurs. Ils sont capables de définir un problème et ses contraintes (de temps, de coût, etc.) et de donner une solution simple. Ils cherchent toujours les meilleurs moyens pour obtenir des résultats plus rapides, moins coûteux afin d'améliorer la qualité de vie de chacun* »<sup>116</sup>.
122. Dans le passé, la Fédération Européenne d'Association d'Ingénieurs a expliqué que « l'ingénieur qui, outre une solide formation technique, possède la culture générale et scientifique le rendant notamment apte à appliquer les découvertes de la science pure au perfectionnement de la technique ». Par conséquent, M. Jean Claude ADAM a conclu qu'« au fur et à mesure que des techniques nouvelles apparaissent, le rôle de l'ingénieur s'amplifie »<sup>117</sup>.
123. Cela étant, « *dans plusieurs cas, un bon ingénieur est réputé comme une condition préalable obligatoire pour avoir un projet de construction avec succès. [Telle est la raison pour laquelle l'ingénieur intervient dès le commencement d'un projet<sup>118</sup>] - et tout au long de la réalisation des travaux, il joue le rôle d'un tiers impartial, avec son savoir-faire professionnel, afin de maintenir l'équilibre entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur* »<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Voir le site web de la FIDIC: "Engineers are problem solvers, organisers, communicators, calculators and designers. They are capable of clearly defining a problem and its relevant constraints (such as time, cost, etc.) and providing a simple solution. They are always seeking quicker, better, and less expensive ways to improve Quality of Life for everyone".

<sup>117</sup> Voir la thèse soutenue le 29/6/1966 par JEAN CLAUDE ADAM, *L'ingénieur-conseil en construction*, 1996, p. 5.

<sup>118</sup> M. BETH LYON, 'The role of the consulting engineer in developing country construction under FIDIC form contracts', *Law and Policy in International Business Review*, vol. 1994-1995, sur le site web: Heinonline.

<sup>119</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 6.



124. Selon les contrats-types FIDIC, l'ingénieur se voit confier par les parties - le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur - la mission d'intervenir à toutes les étapes de l'exécution du contrat comme il est exposé ci-dessous.

*2. L'ingénieur maître de l'opération tout au long de l'exécution du marché*

125. Les missions qui lui sont dévolues perdurent tout au long du marché. Aux termes de l'article 6.1 du Livre Rouge 1987, l'ingénieur est tenu de conserver le Plan, ses spécifications et les autres documents y afférant. Il peut surveiller l'exécution des travaux (art. 6.2). Il doit recevoir de l'entrepreneur toutes les informations susceptibles de modifier le Plan ou le délai d'achèvement des travaux (art. 6.3, 12.2). Il peut aussi donner des instructions pour compléter le Plan (art. 7.1). Il jugera de l'opportunité de prolonger le délai d'achèvement des travaux (art. 12.2, 27.1) ou d'ordonner des paiements supplémentaires à l'entrepreneur (12.2, 20.2). À l'inverse, s'il juge que le plan d'exécution en cours de l'entrepreneur ne répond pas au stade d'avancement des travaux prévu dans le contrat, il lui demandera de modifier ce programme pour se conformer au délai prévu (art. 14.2). En cas de besoin, pour la sécurité des travaux, il ordonnera la suspension de leur exécution (art. 40.1). Par ailleurs, il est compétent pour refuser les demandes nonconformes de l'entrepreneur (art. 16.2). S'il découvre des désordres, il ordonnera à l'entrepreneur d'y remédier (art. 49.3).

Désigné dans chaque clause des CG<sup>120</sup>, l'ingénieur est présent dans toutes les obligations de l'entrepreneur au cours de l'exécution des travaux. Il a ainsi la possibilité de réunir des preuves et de les analyser grâce à ses connaissances techniques pour apporter une solution rapide et moins coûteuse.

---

<sup>120</sup> Le Livre Rouge 1999 peut stipuler ces missions de l'ingénieur dans les positions différentes du Livre mais leur contenu ne change presque rien. Pour le Livre Or, le Livre Jaune et le Livre d'Argent, les missions de l'ingénieur sera variable selon que le maître de l'ouvrage a la mission de dessiner le plan ou pas. Mais il y a un point commun de tous ces Livres que l'ingénieur est souvent attribué une mission de contrôle du déroulement au cours d'exécution des travaux pour assurer la conformité dans l'exécution des travaux avec la précision de ces Livres.

Il est donc absolument utile, selon Christopher R. SEPALLA,<sup>121</sup> que le maître de l'ouvrage choisisse l'ingénieur pour régler les litiges au premier stade.

### ***B. Les singularités des litiges soumis à l'ingénieur***

126. Le premier paragraphe de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987 stipule que « *si un litige de quelque nature que ce soit survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur en relation avec ou découlant du marché ou de l'exécution des travaux, soit pendant la réalisation des travaux ou après leur achèvement et soit avant ou après que le marché aura pris fin ou aura été abandonné ou aura été interrompu, y compris tous les litiges à l'égard de chaque avis, instruction, détermination, certificat ou évaluation de l'ingénieur, l'objet du litige sera préalablement envoyé par écrit à l'ingénieur avec une copie à son adversaire. Cet écrit doit préciser qu'il est établi en vertu du présent article. Dans le délai de quatre-vingts jours à compter de sa réception, l'ingénieur informera les deux parties de sa décision. Celle-ci précisera qu'elle est rendue en vertu du présent article* ».
127. Aux termes de cette clause, le pouvoir de l'ingénieur est très vaste du fait qu'il peut trancher non seulement les différends survenant au cours de l'exécution des travaux mais également postérieurement à leur achèvement.

#### *1. Les litiges survenant en cours d'exécution des travaux*

128. Dans la pratique, ces litiges peuvent être classés, selon Jean-Louis SABLON, en deux groupes: « *le litige relatif à un dommage ou désordre de construction comporte généralement des aspects juridiques et des aspects techniques. Ici les aspects juridiques sont de deux ordres : « 1- Les aspects purement juridiques qui peuvent, sauf exception, être réglés sans le concours d'un technicien : l'interruption de la prescription, la qualification du contrat, la*

---

<sup>121</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *op. cit.*, (note 109), p. 379.

*garantie de l'assureur et bien d'autres. 2- Les aspects mixtes dont la solution juridique dépend d'une question technique [...]»<sup>122</sup>.*

129. Ainsi, s'il est raisonnable de déférer à l'ingénieur des litiges relatifs aux aspects mixtes dont le règlement dépend d'une question technique, alors se posera inévitablement la question de savoir pour quelle raison les parties attribuent à un ingénieur - technicien - le pouvoir de régler des litiges de nature purement juridique et non à un juriste. La réponse à cette question peut être trouvée dans ce qui suit.

- Au moment de la conclusion d'un contrat de construction, l'objectif des parties est de le respecter et de l'exécuter entièrement. Dès lors que des circonstances pourraient interrompre le contrat voire risqueraient d'y mettre fin, les parties espèrent toujours que cette situation extrême ne sera qu'exceptionnelle<sup>123</sup>. Aussi, au lieu de les porter devant « un juriste qui a souvent été considéré comme l'homme qui prévoit toujours le pire et qui ne sait donner que des réponses négatives »<sup>124</sup>, les parties préférèrent-elles éventuellement un technicien ?

- Une autre raison susceptible de justifier ce choix serait que seuls des juristes ou des praticiens de la procédure font cette distinction entre questions juridiques et techniques.

---

<sup>122</sup> Jean-Louis SABLON, *Le contentieux des dommages de construction: analyse et stratégie*, Paris : Eyrolles, 2012, p. 342

<sup>123</sup> Voir aussi dans SIGVARD JARVIN, 'Alternative solutions to the interventions engineer', *Kluwer International Law*, 1991, p. 395: "in the course of the performance of long-term contracts, economic, political and social circumstances can completely change in a manner that the parties didn't foresee at the time of contracting. Such a fundamental change may allow one of the parties the right to claim the impossibility of performance the contract or to invoke a force majeure clause permitting a party to demand suspension or rescission of the contract. But this may not be the intent of the parties; they may want to continue their contractual relations and perform the contract by modifying it to the changed circumstances. A rupture in contractual relationship would have too many undesirable consequences for the party who wish to maintain their contract ties, and strive to do so".

<sup>124</sup> BUDIN, *op. cit.*, (note 113), p. 65.

130. Il résulte de ce qui précède que, quelque soit la nature des litiges, dans le domaine de la construction selon les contrats-types FIDIC, l'ingénieur est toujours choisi par les parties pour régler leur problème au premier stade.

#### 2. *Les litiges survenant après achèvement des travaux*

131. Le contrat de construction est un marché complexe. Même après achèvement de la construction d'un ouvrage, l'obligation de l'entrepreneur ne prend pas fin, ce qui retient non seulement l'attention des parties mais aussi des législateurs.

#### **La période de garantie contractuelle pour remédier aux désordres**

132. L'article 50.1 du Livre Rouge 1987 stipule que *« si n'importe quel désordre, que ce soit un affaissement du sol ou d'autres désordres affectant les travaux qui surviennent avant l'expiration du délai de garantie pour remédier aux désordres, prévu dans l'article 49.1 du même Livre, l'ingénieur peut donner des instructions à l'entrepreneur en mettant en copie le maître de l'ouvrage, pour rechercher, sous sa direction, la cause des désordres. Si les travaux pour remédier aux désordres n'incombent pas à l'entrepreneur en vertu du marché, l'ingénieur, après consultation du maître de l'ouvrage, déterminera le coût subi par l'entrepreneur et l'ajoutera au prix du marché. Dans le cas contraire, l'entrepreneur doit, d'une part, payer le coût de la recherche de la cause des désordres et, d'autre part, y remédier en supportant le coût desdits travaux conformément aux stipulations de l'article 49 du marché ».*

#### **La période de garantie légale pour remédier aux désordres**

133. Le délai légal pour remédier aux désordres dépend du droit applicable au contrat, deux ou cinq ans pour le droit allemand<sup>125</sup> selon les types de travaux, deux ans en droit polonais<sup>126</sup>. En droit français<sup>127</sup>, le délai de mise en jeu de la responsabilité est annal, biennal ou décennal selon les types de désordres.

---

<sup>125</sup> Section 634 (a) du Code civil allemand.

<sup>126</sup> Article 464 du Code civil polonais.

<sup>127</sup> Article 2270, 1792 et suivants du Code civil français.

134. Ainsi, si les litiges surviennent dans la période de garantie légale et/ou contractuelle, la place de l'ingénieur est toujours prépondérante, les désordres supposant inévitablement une recherche de problèmes techniques. Il est donc raisonnable, pour les contractants, de prévoir une procédure de règlement des litiges par l'ingénieur dès l'achèvement des travaux.

3. *Les litiges relatifs aux avis, instructions, déterminations, certificats ou évaluations de l'ingénieur*

135. À ce sujet, les juges écossais ont expliqué que « *c'est une procédure d'autant plus parfaite et valable qu'elle donne à chaque partie une occasion de s'efforcer de convaincre l'ingénieur que sa décision est erronée et mérite d'être réexaminée ou corrigée [...] ce qui permet aussi de régler des litiges sans interrompre l'exécution des travaux* »<sup>128</sup>.

136. À cet égard, Christopher R. SEPPALA ajoute que « *cette procédure offre à l'ingénieur l'opportunité de reconsidérer avec recul une position qu'il avait pu adopter à la hâte et qui pourrait être erronée car il n'avait pas eu connaissance de tous les faits. Cela lui permet de prendre une nouvelle décision [étant donné qu'un des buts évidents de l'article 67 est de restreindre des litiges et d'en réduire le nombre*<sup>129</sup>]. *Au surplus, si l'ingénieur motive sa*

---

<sup>128</sup> *Costain Building & Civil Engineering Ltd v Scottish Rugby Union Plc* 1993 S. C. 650, le 26 novembre 1993 : Dans cette affaire, les juges ont analysé le rôle de l'ingénieur selon l'article 66(1) des Conditions de l'ICE qui ressemble à l'article 67. 1 des Conditions de la FIDIC : « A reference to the engineer under clause 66 (1) is not typical of judicial process because the engineer is being asked to reconsider his own decision; but it is a perfectly valid procedure for parties to agree upon and it gives each party an opportunity to attempt to persuade the engineer that his first decision was wrong and should be reconsidered and altered [...] It is clear that the whole purpose of the contract in this regard is to determine an agreed method of regulating both payment and disputes as to payment, a method which allows all such differences to be resolved without interference with the continuance of the contract works ».

<sup>129</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les Conditions du contrat type de génie civil de la FIDIC', *Intl. Bus. L. J.*, vol. 579-1987, 1987., p. 588, sur le site web : Heinonline.

*décision, ce motif peut aider à résoudre le litige ou au moins aider les arbitres à y recourir ultérieurement »<sup>130</sup>.*

137. Selon Isabelle HAUTOT et Georges FLÉCHEUX - deux avocats à la Cour de Paris<sup>131</sup>-, « *dans toutes les hypothèses en effet, il présente cette utilité essentielle, de contraindre le demandeur à formuler le différend, à articuler ses prétentions, et de permettre à l'autre partie d'articuler de la même façon sa défense, ce qui peut éviter des procédures inutiles - outre que la perte de temps (si perte il y a) aura été minime : douze semaines dans le plus long des cas* ».
138. Si l'on revoit une collection des Livres Rouges depuis 1977 et 1987, jusqu'à présent, dans le Livre Rouge 1999, en ce qui concerne la clause sur la procédure de règlement des litiges, la place de l'ingénieur qui n'est pas précisément identique, figure toujours dans la première étape. D'où la nécessité d'un approfondissement sur le pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur en fonction des contrats-types FIDIC.

## **Section 2. Le pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur en vertu des Livres Rouges 1987 et 1999**

139. Dans les Livres publiés en 1999, le pouvoir de l'ingénieur pour régler un « claim » des parties est similaire. C'est la raison pour laquelle le Livre Rouge 1999 sera choisi pour établir un parallèle avec celui de 1987 afin de

---

<sup>130</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *op. cit.*, (note 109) : « This procedure allows the engineer the opportunity to reconsider, with detachment an earlier position that he may have taken hastily and possibly erroneously before all facts were known. It allows him to make a fresh assessment. Moreover, if the engineer gives reasons in his decision, his reason may promote settlement of the dispute or at least, may assist arbitrators called upon subsequently to review it ».

<sup>131</sup> ISABELLE HAUTOT ET GEORGES FLÉCHEUX, 'La clause de règlement des différends dans les Conditions F.I.D.I.C Génie Civil de 1987', *Rev. Arb*, vol. 1989, no. 4, p. 609-629 (619).

comprendre la mission exacte de l'ingénieur selon chaque Livre, d'une part, et d'éviter, d'autre part, les conflits inutiles dans la pratique.

En ce qui concerne le pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur, les stipulations du Livre Rouge 1987 l'affirment alors que celles du Livre Rouge 1999 n'y font pas référence. Avant d'approfondir ce point, il convient de connaître la raison pour laquelle le Livre Rouge 1987 mérite encore d'être étudié.

### ***§1. La justification de l'élargissement du champ d'études au Livre Rouge 1987***

140. Comme on le sait, en 1999, la FIDIC a publié plusieurs nouvelles versions de contrats-types. Cependant, il est encore nécessaire d'étudier l'ancienne version du Livre Rouge 1987 pour des raisons ci-après exposées.
141. En premier lieu, les contrats-types FIDIC ne sont pas des lois, les nouveaux ne remplacent donc pas l'ancien et le choix d'application de tel ou tel type de contrat est fonction de la volonté des parties. À titre d'exemple, dans la décision 625/2012/QĐST-KDTM du Tribunal de Ho Chi Minh ville datée du 14 mai 2012, les parties ont choisi l'application du Livre Rouge 1987 lors de la conclusion du contrat en 2005, lorsque le Livre Rouge 1999 a vu le jour.
142. En deuxième lieu, la réalisation d'un projet de construction dure longtemps, des litiges relatifs aux projets de constructions en cours surviendront plus tard alors que les parties ont choisi le Livre Rouge 1987 bien avant, au moment de la conclusion du contrat. À titre d'exemple, on trouve encore dans le Bulletin 2016 - Issue 1 du International Commercial Chamber (ICC) une sentence arbitrale tranchant un litige concernant l'application du Livre Rouge 1987. Une autre illustration avec un litige porté devant la Cour suprême anglaise en 2014<sup>132</sup>, en l'espèce, le contrat a été signé en 2000 faisant application du Livre Rouge 1987. En 2014 soit quatorze ans après la signature du contrat, pour

---

<sup>132</sup> *Al-Waddan Hotel Ltd v Man Enterprise SAL (Offshore)* [2014] EWHC 4796 (TCC).

régler leur litige, les parties ont fait appel à trois acteurs : d'abord l'ingénieur, puis l'arbitre et enfin le juge étatique pour contester la compétence du tribunal arbitral. Enfin, une affaire en France mérite d'être soulignée pour la longueur du projet de construction ; il s'agit d'un arrêt en 2012 dans lequel la Cour d'appel de Paris a abandonné le caractère juridictionnel de la décision de l'ingénieur<sup>133</sup>. En l'espèce, en 1999, un contrat de construction a été conclu sur la base du Livre Rouge 1987 et en 2012 soit treize ans après la signature du contrat, le litige a été réglé par une sentence arbitrale qui faisait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris.

143. En troisième lieu, comme on le sait, la responsabilité légale de l'entrepreneur perdure pendant longtemps, dix ans en droit français sauf faute dolosive et douze ans en droit anglais. En droit anglais et aussi en droit vietnamien, la procédure contractuelle de règlement des litiges s'applique aux litiges survenant dans cette période de garantie. Dans l'avenir, il y aura des litiges relatifs à cette responsabilité de l'entrepreneur qui est partie au contrat établi sur la base du Livre Rouge 1987.
144. Enfin, la nécessité d'approfondir le Livre Rouge 1987 tient au fait que même pour l'application de la nouvelle version de la FIDIC, en cas de litige, les parties se fondent toujours sur le Livre Rouge 1987 pour comprendre la nouvelle rédaction. Une telle situation se trouve dans l'affaire 15956 du Bulletin de 2015 de la CCI sur « Dispute Resolution Board » – Issue 1 où le défendeur s'est basé sur une sentence arbitrale 10619 tranchant un litige né d'un contrat appliquant le Livre Rouge 1987. En l'espèce, une partie a argué du fait que l'exécution de la décision du DAB au sens de la clause 20 du Livre Rouge 1999 devait être faite de la même manière que celle de la décision de l'ingénieur en vertu de la clause 67 du Livre Rouge 1987. Cela montre que le Livre Rouge 1987 sert toujours de guide, dans la pratique actuelle, pour

---

<sup>133</sup> C. A de Paris, Pôle 01 CH. 01, N°10/18442, le 26 juin 2012.



l'application des nouveaux contrats-types de la FIDIC, d'une part, et d'autre part, les sentences arbitrales en la matière ne peuvent pas être sous-estimées<sup>134</sup>.

145. Pour toutes ces raisons, le Livre Rouge 1987 est encore « vivant » et par conséquent, le rôle de l'ingénieur en vertu de ce Livre mérite d'être étudié.

## ***§2. Les éléments permettant la détermination du pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur***

146. Aux termes du Livre Rouge 1987, l'ingénieur peut être saisi à la fois d'un « claim » et d'une demande de règlement des litiges tandis que, pour le Livre Rouge 1999, ce n'est que la saisie du « claim ». Ce changement permet-il de confirmer que dans la nouvelle rédaction, la FIDIC n'accorde plus à l'ingénieur le pouvoir de régler des litiges ? Pour répondre à cette question, il convient de comprendre le fondement du pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur en vertu du Livre Rouge 1987.

### ***A. Le Livre Rouge 1987 : la compétence de l'ingénieur pour le règlement des litiges***

147. Cette affirmation est déduite des deux clauses du marché, l'une à l'article 67.1 et l'autre à l'article 2.6. Concrètement :

- L'article 67. 1 stipule « *si le litige (dispute) de quelque nature que ce soit survient entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage [...] il doit préalablement être soumis par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie [...] l'ingénieur notifiera au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur sa décision. Celle-ci doit préciser qu'elle est rendue conformément au présent article* ».

- Pour exercer son pouvoir de règlement des litiges, l'ingénieur se voit attribuer un pouvoir spécial : le « pouvoir discrétionnaire » prévu à l'article 2.6 : « *l'ingénieur, aux termes du marché, doit exercer son pouvoir discrétionnaire en : (a) rendant sa décision, donnant son avis ou son*

---

<sup>134</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 23/number 2-2012, p. 24.

*consentement ; (b) manifestant sa satisfaction ou son approbation ; (c) déterminant une évaluation quelconque ; ou (d) exécutant les autres missions qui pourraient affecter les droits et les obligations des parties. Il exercera ce pouvoir discrétionnaire de façon impartiale conformément au marché en tenant compte de toutes autres circonstances. N'importe quels décision, avis, consentement, manifestation de satisfaction, d'approbation, évaluation ou autres activités pourraient être remis en cause, réexaminés, révisés, revus en vertu de la clause 67 ».*

148. Ainsi, cet article montre qu'est attribué à l'ingénieur le pouvoir discrétionnaire non seulement pour régler des litiges mais également lorsque celui-ci donne son avis, son consentement, ou manifeste son approbation ou fixe une valeur donnée. Avec ces deux textes, personne ne peut douter du pouvoir de l'ingénieur pour le règlement des litiges prévu dans le Livre Rouge 1987. À l'inverse, dans Livre Rouge 1999, il existe des raisons pour dénier ce pouvoir.

***B. Le Livre Rouge 1999 : l'absence de référence à la compétence de l'ingénieur pour le règlement des litiges***

149. Cette affirmation tient à deux faits : en premier lieu, le pouvoir discrétionnaire de l'ingénieur prévu dans le Livre Rouge 1987 est supprimé et en même temps celui-ci doit, selon le Livre Rouge 1999, se conformer à une nouvelle obligation d'« agir pour le compte du maître de l'ouvrage » (1). En second lieu, l'ingénieur n'a que le pouvoir d'être saisi d'un « claim » et non d'un « litige » (2).

***1. La perte du pouvoir discrétionnaire de l'ingénieur et son obligation d'agir pour le compte du maître de l'ouvrage***

150. Le pouvoir « discrétionnaire » de l'ingénieur prévu dans l'article 2.6 du Livre Rouge 1987 ne figure plus dans le Livre Rouge 1999. En outre, l'ingénieur se voit imposer une nouvelle obligation expresse à l'article 3.1(a) du Livre Rouge 1999 et qui n'existait pas dans le Livre Rouge 1987 : « *Sauf autres stipulations de ces conditions : dans l'exercice de sa mission et de son pouvoir précisés*

*dans le marché, l'ingénieur est réputé agir pour le compte du maître de l'ouvrage ».*

151. Ainsi, agir pour le compte d'autrui relève de la mission d'un mandataire et non d'un acteur qui tranche des litiges. À cet égard, aux termes de cette clause, pour dire que l'ingénieur a le pouvoir de régler des litiges, il convient de se référer à une clause dans le marché qui stipule que l'ingénieur n'est pas soumis à l'obligation d'« agir pour le compte du maître de l'ouvrage ».
152. Dans les Conditions Générales du Livre Rouge 1999, la clause 3.5 précise que « *lorsque ces Conditions stipulent que l'ingénieur admet ou détermine un problème donné, il devra consulter chaque partie pour parvenir à un accord. À défaut, l'ingénieur donnerait une solution équitable conformément au marché en tenant compte des autres circonstances* ». Donner « *une solution équitable* » suppose-t-il que l'ingénieur est compétent pour régler des litiges ?
153. Ainsi, la question posée est de savoir si une « *solution équitable* » octroierait à l'ingénieur le pouvoir de régler des litiges. La réponse fera l'objet des analyses qui suivent.

## 2. *L'absence de « litige » déféré à l'ingénieur*

154. Cette affirmation est déduite, d'une part, de la signification du terme de « *claim* » employé dans la clause 20.1 du Livre Rouge 1999 intitulée « *claims, disputes and arbitration* » et d'autre part, de l'explication des autres clauses du marché.

### **Aux termes du Livre Rouge 1999, l'ingénieur saisi d'une demande (un claim) et non d'un litige**

155. L'article 20. 1 sur « *la demande (le claim) de l'entrepreneur* » stipule :
- « *Si l'entrepreneur considère qu'il peut bénéficier d'une prorogation du délai d'achèvement des travaux et/ou d'un paiement supplémentaire en vertu de n'importe quelle clause de ces Conditions ou en rapport avec le marché, il le notifiera à l'ingénieur en décrivant les événements et*

*circonstances justifiant sa demande. Cette notification sera envoyée dans le meilleur délai et en tout cas dans les vingt-huit jours à compter du moment où il est informé ou doit être informé de ces événements ou circonstances ;*

*- Si l'entrepreneur ne le fait pas dans ce délai de vingt-huit jours, non seulement le délai pour l'achèvement des travaux ne sera pas prorogé mais, en outre, la demande de paiement supplémentaire sera forclosée. Le maître de l'ouvrage sera donc relevé de toutes les obligations concernant ce « claim ». Dans le cas contraire, les stipulations suivantes de cette clause s'appliqueront.*

*- L'entrepreneur se soumettra aux obligations de toutes les autres notifications exigées dans le marché avec tout ce qui se rapporte à ces événements ou circonstances avec documents à l'appui.*

*- L'entrepreneur conservera ces données provisoires tant sur le chantier que dans tous les locaux accessibles à l'entrepreneur car elles seront nécessaires pour servir de preuves. Sans que ce soit une obligation pour le maître de l'ouvrage, l'ingénieur peut, après réception des notifications en vertu de cette clause, décider de conserver les données et/ou de donner instruction à l'entrepreneur de les conserver. Celui-ci devra permettre à l'ingénieur d'examiner toutes ces données, et à sa demande, lui en communiquer une copie.*

*- Dans le délai de quarante-deux jours à compter du moment où l'entrepreneur est informé ou doit être informé des éléments ou circonstances à l'origine de la demande ou dans un autre délai proposé par le maître de l'ouvrage avec l'accord de l'ingénieur, l'entrepreneur lui enverra la demande détaillée précisant les causes, la prorogation du délai ou le paiement supplémentaire si les événements ou circonstances à l'origine de la demande perdurent :*

*(a) Cette demande détaillée sera réputée provisoire ;*

*(b) En outre, l'entrepreneur continue à envoyer la demande à l'ingénieur dans l'intervalle mensuel précisant l'ensemble des délais et/ou des sommes dues avec leurs justificatifs car l'ingénieur peut raisonnablement en avoir besoin ;*

*(c) L'entrepreneur enverra à l'ingénieur la demande finale dans le délai de vingt-huit jours à compter de la fin de la période d'effet de ces événements ou circonstances ou dans un autre délai proposé par le maître de l'ouvrage avec l'accord de l'ingénieur.*

*- Dans le délai de 42 jours après la réception de la demande ou des justificatifs supplémentaires, ou dans un autre délai proposé par l'ingénieur avec l'accord du maître de l'ouvrage, qu'il soit d'accord ou non avec cette demande, l'ingénieur doit donner une réponse motivée. Il peut requérir les justifications supplémentaires en cas de besoin, mais en principe, il doit dans ce délai répondre aux arguments du demandeur.*

*- Chaque attestation de paiement précisera la somme afférant à chaque demande telle qu'elle a été prévue dans les clauses du marché. Si des justificatifs manquent, l'entrepreneur ne recevra que les paiements qui ont été justifiés.*

*- Conformément à la clause 3.5 [Déterminations], l'ingénieur donnera son accord sur la prorogation du délai d'achèvement et/ou déterminera cette prorogation (i) (avant ou après l'expiration du délai) en conformité avec la clause 8.4 [Prorogation du délai d'achèvement], ainsi que sur (ii) le paiement supplémentaire dû à l'entrepreneur aux termes du marché.*

*- Les exigences de la présente clause s'ajoutent à celles de toutes autres clauses qui peuvent s'appliquer au « claim ». Si l'entrepreneur ne se conforme pas à ces clauses, la prorogation de délai et/ou le paiement supplémentaire devront tenir compte des préjudices générés par la situation ».*

156. Aux termes de cette clause, plusieurs éléments retiennent notre attention. En premier lieu, on trouve ici deux types d'actes : la demande de l'entrepreneur et la réponse de l'ingénieur. En second lieu, l'ingénieur n'est saisi que d'un « claim » et non d'un « litige ».

157. Il s'avère, d'ores et déjà, que le terme de « claim » n'a pas d'équivalent exact en français<sup>135</sup> et les experts en la matière le traduisent en « réclamation<sup>136</sup> » mais pour eux, la « réclamation » est plutôt technique et le droit français ne connaît que la « demande<sup>137</sup> ». Le Code de procédure civile français prévoit que le juge peut être saisi d'une demande tant pour un litige<sup>138</sup> qu'en l'absence de litige<sup>139</sup>. Ainsi, comment peut-on affirmer qu'une demande vient d'un litige ou d'une affaire sans litiges ?

Pour l'illustrer, dans la clause d'arbitrage, les parties ont convenu que « *si les parties ne parviennent pas à trouver une solution, tout litige, différend ou réclamation survenant entre l'Établissement public et la Société au sujet soit du contrat, soit de tout élément s'y rapportant, soit du non respect des conditions qu'il comporte, soit de sa réalisation, soit de son annulation, sera résolu par la voie d'arbitrage conformément au règlement du Centre régional d'arbitrage commercial du Caire* »<sup>140</sup>. À l'instar de cette convention, le terme de « réclamation » équivaut-il à litige ou différend ?

### **La distinction entre « litige » et « claim » dans la pratique**

158. Il semblerait que les experts juridiques en matière de construction ne soient pas étrangers à cette situation. Cela est justifié par le fait qu'il n'est pas rare dans la pratique, pour confirmer la compétence de l'ingénieur, que les juges et arbitres aient dû répondre à la question de savoir s'il y a un litige entre les parties. Cet état de chose existe non seulement pour l'application des contrats-

---

<sup>135</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Les principaux « claims » de l'entrepreneur aux termes des conditions FIDIC', *Intl. Bus. L. R.*, 1985 171AD, Note 1, p. 171, sur le site web : Heinonline.

<sup>136</sup> ISABELLE HAUTOT ET GEORGES FLÉCHEUX, *op. cit.*, (note 131), note 8, p. 629.

<sup>137</sup> GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 176.

<sup>138</sup> L'article 4 prévoit que : « [...] l'objet du litige peut être modifié par des « demandes » incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant » et l'article 5 : « Le juge doit se prononcer sur ce qui est « demandé » et seulement sur ce qui est « demandé » »

<sup>139</sup> L'article 25 : « Le juge statue en matière gracieuse lors qu'en absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

<sup>140</sup> CA de Paris (Pôle 1- Ch.1), 24 novembre 2011, *Rev. Arb.*, p. 136.

types FIDIC mais aussi pour les autres types de contrats, respectivement les Conditions de l'ICE dans ce qui suit.

- En 1965, dans l'affaire appelée *Monmouthshire*<sup>141</sup>, les Conditions de l'ICE ont été appliquées, pour répondre à la question de savoir si la décision rendue par l'ingénieur en vertu de la clause 66 de ces Conditions est valable ou non, la Cour a considéré que « s'il n'y avait pas une réclamation en amont qui était rejetée en aval par l'ingénieur, il n'y aurait pas de litige ».

- En 1988, cette question se posait encore précisément dans l'affaire 5428 - 1988 où le tribunal arbitral composé des Dr. Cotran et A. El. Kosheri qui statuait sur un litige relatif au Livre Rouge 1977, a raisonné qu'« *il y a une immense différence entre une demande et un différend. Quelque soit la nature d'une demande, l'entrepreneur doit la notifier à l'ingénieur. Lorsque la demande est déferée à l'ingénieur, celui-ci peut y faire droit en partie ou en totalité ou le rejeter entièrement. Si l'entrepreneur est satisfait de ce résultat, ce sera alors la fin de la question et il n'y aura pas de litige ou différend. Toutefois, s'il n'en est pas satisfait, il se tournera à nouveau vers l'ingénieur, cette fois-ci, il y aura donc un litige ou un différend et nous arriverons au deuxième niveau du système FIDIC où l'ingénieur agit (ou doit agir) dans un rôle quasi-judiciaire spécialement en vertu de l'article 67* »<sup>142</sup>.

- En 1991, au sujet de la compétence de l'ingénieur en vertu de la clause 67 du Livre Rouge 1987, à titre d'obiter dictum, Christopher R.

---

<sup>141</sup> L'extrait de cette affaire publié dans JOHN BEECHEY, 'Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport, Court of Appeal, Civil Division, A1/2004/2246, 17 March 2005', *Kluwer Law International*, 2005.

<sup>142</sup> Cet extrait de la sentence N°5428 - 1988 a été présenté dans 'European Consortium of 4 Companies v. Ministry of Public Works and Water Resources of an African State, Phase III: Final Award, CRCICA Case No. 39/93, 31 December 1996', *Kluwer Law International*, 2014, p. 359-369 : « There is a world of difference between a claim as opposed to a dispute or difference. The FIDIC scheme is clear. The engineer is the port of first call if the contractor has a claim during the performance of the contract. The claim may be for extension of time, extra expense, etc. of whatever nature; the contractor must give notice of it to the engineer as soon as reasonable practical and he must, at the earliest that he can, quantify it and detail it. When the claim – of whatever description - goes to the engineer, the engineer may grant it in full, or in part or reject it altogether. This is the first tier of decision making by the engineer. The contractor may be happy with the result. That would be the end of the matter and there is no dispute or difference. If, however, he is unhappy, he goes to the engineer again. This time there is a dispute or difference, and we get to the second tier of the FIDIC system where the engineer acts (or should act) in quasi-judicial role specifically under clause 67 ».

SEPPALA a renseigné : « pour que la procédure de l'article 67 s'applique, la condition nécessaire est qu'il existe un litige entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage, ce qui ne résulte pas seulement d'une demande en vertu du marché, mais aussi d'une demande qui a été rejetée par l'ingénieur, rejet qui est contesté par l'entrepreneur. Un bel exemple est le cas où l'entrepreneur soutient que le maître de l'ouvrage est en retard dans la remise du terrain objet de la construction. Il demande donc un paiement supplémentaire et une prorogation du délai d'achèvement des travaux. Si l'ingénieur rejette cette demande au motif que l'entrepreneur a acquis le terrain avant la date prévue dans le marché, et si l'entrepreneur n'en est pas satisfait, il y aura un litige auquel il peut être référé en vertu de la Clause 67<sup>143</sup> ».

- Ce problème était toujours récurrent en 1997 en Angleterre dans l'affaire *Halki Shipping v. Sopex Oils Ltd*<sup>144</sup> ou dans l'affaire *Sindall Ltd v. Solland TCC* en 2001<sup>145</sup> et les autres affaires des années<sup>146</sup> suivantes. En 2005, après analyse de ces affaires, Nael G. BUNNI a conclu que pour qu'existe un « litige/différend » il faut qu'un « *claim* [demande] soit expressément refusé et que le demandeur ne soit pas d'accord avec ce refus ; soit un *claim* n'a pas eu d'écho pendant longtemps et il n'a pas été répondu à l'objet de la demande.

---

<sup>143</sup> Voir aussi : CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *op. cit.*, (note 109), p. 378: "For this procedure [of clause 67 du Livre Rouge 1987] to apply, there must be a dispute between the contractor and the employer-not just a claim under the contract, but the claim that has been rejected by the engineer and which the contractor wishes to pursue. A typical example would be a case where the contractor claims that the employer delayed in giving possession of the site and requests the reimbursement of its additional costs and an extension of time. If the engineer rejected this claim, saying that the contractor has sought possession of the site earlier than he was entitled to under the contract, and if the contractor disagreed, there would then be a dispute that could be referred under clause 67 ».

<sup>144</sup> *Halki Shipping Corporation v. Sopex Oil Ltd* [1997] EWCA Civ 3026 (19/12/1997): voir BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 809, note 19.15.

<sup>145</sup> *Sindall Ltd v. Solland TCC*, reported on [www.adjudication.co.uk/case/sindall.htm](http://www.adjudication.co.uk/case/sindall.htm): voir dans *Ibid.*, p. 809, note 19.18;

<sup>146</sup> Voir aussi: *AMEC Civil Engineering Ltd v Secretary of State for Transport* [2005] EWCA Civ 291, 17/3/2005. Dans cette affaire (paragraphe 66), la Cour d'appel anglaise a expliqué que « une réclamation qui n'est pas admise ou à laquelle qu'il est pas apporté de réponse fait aussi naître le litige ».



*En l'occurrence, le claim est réputé avoir été refusé, le demandeur n'est pas d'accord avec ce refus*<sup>147</sup> ».

159. Ainsi, dans toutes ces situations, pour qu'il existe un litige entre le demandeur et le défendeur, il est clairement nécessaire d'avoir trois actes : d'abord celui par lequel la demande est présentée, puis celui par lequel est présentée la réponse faite à cette demande (qu'elle soit explicite ou implicite comme le silence) et enfin celui par lequel une partie manifeste son insatisfaction au vu de cette réponse.
160. Aux termes de la clause 20.1 précitée du Livre Rouge, il n'existe que deux types d'actes, la demande de l'entrepreneur et la réponse de l'ingénieur à cette demande, pour déterminer s'il existe un litige ou non. Comme il a été exposé ci-dessus, il y manque le troisième acte qui traduit l'insatisfaction à l'égard de cette réponse. Il en résulte que le « claim » de cette clause 20.1 n'est pas l'équivalent d'un litige. Il en résulte que la compétence de l'ingénieur pour le règlement des litiges ne figure pas dans le Livre Rouge 1999.
161. Cependant, comme on le sait, il est impossible de déterminer le pouvoir de l'ingénieur en se basant sur un seul mot « claim » ou « litige ». En application d'une des règles très connues selon laquelle « pour l'interprétation d'une clause contractuelle, il convient de regarder l'ensemble du contrat en veillant sur les autres clauses<sup>148</sup> ». On serait donc amené aux termes du Livre Rouge 1999, à la même conclusion qui suit.

---

<sup>147</sup> BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 393;

<sup>148</sup> Voir l'interprétation de la cour saisi d'une demande dans l'affaire: 'European Consortium of 4 Companies v. Ministry of Public Works and Water Resources of an African State, Phase III: Final Award, CRCICA Case No. 39/93, 31 December 1996', *op. cit.*, (note 142), p. 317 ; voir aussi l'article 1161 du Code civil français : « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

### **Aucune clause du Livre Rouge 1999 justifiant la confirmation du pouvoir de l'ingénieur de règlement des litiges**

162. L'article 3.1(a) du même Livre précise que « sauf autres stipulations de ces Conditions, lors de la réalisation de sa mission ou de l'exercice de son pouvoir exigés par le marché, l'ingénieur est réputé agir pour le compte du maître de l'ouvrage ». C'est pourquoi, lors de la réception du claim de l'entrepreneur, l'ingénieur est toujours réputé mandataire du maître de l'ouvrage et non d'un tiers.
163. À titre subsidiaire, aucun terme de l'article 20 du Livre Rouge 1999 ne précise que l'ingénieur, dans ce cas-là, puisse agir sans que ce soit pour le compte du maître de l'ouvrage. Au surplus, la clause 20.1 exige que l'ingénieur doive régler le claim en vertu de la clause 3.5 et prévoit donc deux stades : d'abord, il devrait recueillir l'avis des deux parties pour parvenir à un accord et, à défaut, ensuite, il donnerait «une solution équitable ». Ainsi, cette clause 3.5 ne précise pas non plus que l'ingénieur puisse agir sans que ce soit pour le compte du maître de l'ouvrage. De ce fait, une explication dans une telle situation est qu'au premier stade, l'ingénieur joue toujours le rôle de représentant du maître de l'ouvrage pour se concerter avec l'entrepreneur en vue de parvenir à un accord sur l'objet de la demande. Au second stade, pour « *une solution équitable* », à l'instar d'une procédure de règlement des litiges, on peut dire que bien que l'ingénieur ne règle pas un problème, il est tenu d'être indépendant et impartial dans l'investigation d'un problème, ce qui peut être considéré comme une question de preuve<sup>149</sup> pour les procédures subséquentes de règlement des litiges.

---

<sup>149</sup> Tell est la signification des analyses de Professeur Ali Yeçilirmark : «The expert has several obligations towards the parties : First, as the expert determination agreement concerns the law of evidence, the expert should be independent and impartial from the parties. Second, unless otherwise agreed upon by the parties, the expert shall act independently his investigation of the issues in dispute. This is considered both a right and an obligation. Third, the expert should observe fundamental rights. That is because, although the expert does not act in a judicial manner to reach a final decision, he makes a final determination in respect of the issues that fall within in his jurisdiction. That is to say, expert determination concerns the law of evidence ». Voir, ALI YESILIMARK, 'Expert determination in Turkey', *Kluwer Law International*, vol. 33, no. 2, 2015, p. 306-329 (319).

164. Ainsi, l'absence de litige déferé à l'ingénieur et le fait que celui-ci doit se conformer à une obligation d'agir pour le compte du maître de l'ouvrage permettent d'affirmer que l'ingénieur ne possède pas un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, il n'a pas le pouvoir de règlement des litiges au regard du Livre Rouge 1999. Cela est aussi confirmé par Lukas LEE :

*« Un claim/une demande n'est pas un litige. En fait, c'est une mesure d'éviter le litige. La notification d'un claim ou de n'importe quelle exigence en générale qu'il vienne de l'entrepreneur ou maître de l'ouvrage ne peut être perçue comme une attaque qui doit inévitablement évoquer une défense. C'est une exigence obligatoire contractuelle en vue d'être négocié par les intervenants d'un projet de construction [...] Le but de ce mécanisme est d'assurer que les problèmes importants qui entraîne souvent l'augmentation du prix ou la prorogation du temps sont sur-le-champ réglés au cours de l'exécution du marché mais pas après finalisation du projet<sup>150</sup> ». Cependant, dans la pratique, a été trouvé un argumentaire contraire.*

#### **Les litiges relatifs à la détermination du pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur dans la pratique**

165. Dans l'affaire 16155 datée du 7/2010 publiée dans le Bulletin de 2015<sup>151</sup> de la CCI, le défendeur a argué que « la décision de l'ingénieur constitue une étape nécessaire dans le mécanisme de règlement de litiges » et « l'ingénieur joue toujours un rôle dans l'évolution d'un litige ». Par la suite, il a soutenu que tant que l'ingénieur n'avait pas encore rendu de décision [car dans cette affaire, aucune solution donnée par l'ingénieur dans le délai prévu], le demandeur n'avait pas le droit de porter le litige devant le tribunal arbitral ».
166. Avec cet argument, le défendeur est-il considéré comme récalcitrant ? Ou comme le dit Christopher R. SEPALLA, un des experts illustres en matière de

---

<sup>150</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 183.

<sup>151</sup> *ICC Dispute Resolution Bulletin, op. cit.*, (note 68), p. 55, le défendeur a raisonné que : « The engineer decision constitutes a necessary step in the dispute resolution mechanism and claimants could not proceed until a decision was notified » et «...The engineer still retains a role in the evolution of the dispute ».

construction, « le point de savoir s'il existe ou non un « *litige* » ou un « *différend* » dans un cas déterminé peut être une question de fait difficile »<sup>152</sup>. C'est pourquoi il y a une grande différence dans l'interprétation de notion de « litige » et de « claim » en fonction des situations concrètes. Une autre explication peut être donnée par le fait que le texte des clauses du Livre Rouge 1999 ne restitue pas exactement le sens de la clause 20 sur la procédure de règlement des litiges. En conséquence, cela donne lieu à diverses façons d'expliquer le sens de cet article au point que le tribunal arbitral ait aussi considéré dans cette affaire qu' : « il est d'accord [...] que l'ingénieur est tenu de s'engager au début du déroulement de règlement des litiges ».

167. Cette réponse du tribunal arbitral est d'autant plus risquée qu'elle est contraire à ce qui est analysé plus haut et qu'elle laisse à penser que l'ingénieur joue encore le rôle d'acteur de règlement des litiges. Dans l'avenir, si une telle situation se reproduit avec une solution proposée par l'ingénieur qui joue le rôle stipulé à l'article 3.5 du Livre Rouge 1999, une partie peut demander au tribunal arbitral de l'exécuter, étant donné que cette solution mentionne aussi les droits et les obligations des parties<sup>153</sup>. En l'occurrence, comment les arbitres peuvent-ils répondre aux parties si celles-ci arguent que l'ingénieur joue encore le rôle d'acteur dans le règlement des litiges. Si tel est le cas, il est difficile de comprendre le bien-fondé de cette demande pour des raisons qui suivent.
168. Quand bien même les parties octroient à l'ingénieur le pouvoir de « proposer une solution équitable », à l'examen approfondi, aucun terme du marché en vertu du Livre Rouge 1999 ne précise que cette solution devient définitive et obligatoire pour les parties. De ce fait, si une des parties estime que l'objet de la demande est un litige, la solution proposée par l'ingénieur n'est qu'une

---

<sup>152</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les Conditions du contrat type de génie civil de la FIDIC', *op. cit.*, (note 129), p. 585.

<sup>153</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 8: "...Accordingly, any determination must express the rights and obligations of the parties in accordance with the contract and applicable law, irrespective of any preference expressed, or pressure exerted by either party ».

« décision supposée » car le pouvoir effectif de juger ce litige relève des parties elles-mêmes. Par conséquent, l'exécution de cette solution est fonction de leur volonté.

169. En tout état de cause, outre des analyses précitées, dès lors que le marché a précisé que la décision de l'ingénieur était définitive et s'imposait aux parties comme le cas du Livre Rouge 1987, son exécution a fait l'objet de différents débats qui ont abouti au remplacement du pouvoir de règlement des litiges de l'ingénieur par le comité de règlement des litiges (CRL) (en anglais : Dispute Adjudication Board - DAB).

## CHAPITRE 2

### LA MISE À EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE L'INGÉNIEUR

170. En 1938, lors d'études de la sentence arbitrale, J. Mouton a raisonné qu'« en effet, en abandonnant les tribunaux pour recourir à l'arbitrage, les parties veulent d'autres juges mais pas d'une autre justice<sup>154</sup> ». Imaginons donc maintenant la situation de l'ingénieur au regard du contrat-type FIDIC 1987, si l'on est d'accord que l'ingénieur est compétent pour régler des litiges, cela signifie que les parties veulent un autre juge - ingénieur au lieu du juge étatique ou des arbitres - et non d'une autre justice<sup>155</sup>. De la même façon, les parties choisissent les MARC pour avoir une solution plus rapide à condition que leurs droits soient toujours respectés et à tout le moins dans la limite acceptable pour elles (peut-être moins conformes en droit mais plus satisfaisantes sur le plan personnel ou économique ». C'est la raison pour laquelle se posent les questions sur la reconnaissance et la mise à exécution de la décision de l'ingénieur.
171. Le paragraphe 4 de la clause 67.1 du Livre Rouge 1987 stipule que « *si l'ingénieur a notifié à l'entrepreneur et au maître de l'ouvrage sa décision relative à l'objet du litige, et si, dans le délai de soixante-dix jours à compter de la réception de la notification de sa décision, aucune notification de l'intention de recourir à l'arbitrage n'a été faite par une des parties, cette décision deviendra définitive et obligatoire pour l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage* ». Aux termes de cette stipulation, à l'expiration du délai de

---

<sup>154</sup> J. MOUTON, *op. cit.*, (note 89), p. 25.

<sup>155</sup> Selon Loïc CADIET and Thomas CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 1er édition, Paris : Dalloz, 2016 (Connaissance du droit), p. 7 : « ...Dès lors qu'un tiers s'interpose dans le processus de solution du conflit, que ce tiers soit juge, arbitre ou médiateur, le rapport à l'autre est médiatisé par l'institution du tiers, il ne relève plus de l'amitié, mais la justice ».

soixante-dix jours, si aucune partie ne recourt à l'arbitrage, la décision de l'ingénieur doit être respectée et exécutée par son débiteur. Cependant, dans la pratique, il y a eu le cas où ce débiteur ne l'exécutait pas, d'une part, et d'autre part, ne recourait pas non plus à l'arbitrage<sup>156</sup>.

172. Si une des parties notifie son intention de recourir à l'arbitrage dans le délai prévu ci-dessus, selon la clause 67.3 du même Livre, le tribunal arbitral est compétent pour tout « ouvrir, réexaminer et réviser tous les décisions, avis, instructions, constatations, certificats ou évaluations de l'ingénieur concernant ce litige ». Ainsi quelle est la solution si, à l'issue de ce délai, la décision n'est pas exécutée par son débiteur qui n'a pas non plus recouru à l'arbitrage ?
173. En ce qui concerne cette question, la clause 67.4 stipule que « *si aussi bien l'entrepreneur que le maître de l'ouvrage ne notifient pas leur intention de recourir à l'arbitrage pour leur différend dans le délai prévu à la clause 67.1 et la décision de l'ingénieur devient définitive et obligatoire, une partie peut, si l'autre n'a pas mis en œuvre cette décision, sans préjudice de ses autres droits, saisir le tribunal arbitral en conformité de la clause 67.3. Les clauses 67.1 et 67.2 ne s'appliquent pas à un tel recours* ». Ainsi, quelle est la signification de cette stipulation si une partie peut recourir à l'arbitrage et non au juge étatique *en conformité de la clause 67.3* ? Ou en l'occurrence, le tribunal arbitral est-il aussi compétent pour ouvrir, réexaminer et réviser toute décision de l'ingénieur *en conformité de la clause 67.3* ?
174. Pour la première question, la réponse doit être affirmative puisqu'il existe une clause d'arbitrage s'y rapportant. Cependant, pour la seconde question, la réponse a fait l'objet de débat très animé sur la nature de la décision de l'ingénieur.

---

<sup>156</sup> L'affaire N<sup>o</sup>7910 1996 de l'CCI, voir : Christopher R. SEPPALA, « International construction contract disputes : Commentary on ICC Award dealing with the FIDIC international construction of contract », p. 35 ; ou l'affaire 12048 (2004) dans ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 23/Number 2-2012, p. 7, tous sur le site web de la FIDIC.

## Section 1. La nature juridique de la décision de l'ingénieur

175. En ce qui concerne ce sujet, deux hypothèses se trouvent dans la pratique : certains la reconnaissent comme un acte juridictionnel (§1); d'autres la considèrent comme un acte contractuel (§2).

### *§1. Le débat sur la nature juridictionnelle de la décision de l'ingénieur*

176. Deux affaires illustrent ce débat, l'une dans une sentence arbitrale et l'autre dans un arrêt de la cour d'appel française. Par leur importance, les arguments du tribunal arbitral dans l'affaire 12048 (2004) de la CCI méritent d'être reproduits dans leur intégralité.

#### *A. Le point de vue des arbitres*

177.

The Tribunal dismissed all of the arguments of the Employer - Respondent: In this regard, it is evident, first of all, that, pursuant to the express of terms of clause 67.1 of the Contract's General Conditions, decisions of engineer that have not been disputed by either of parties within the time stipulated in that provision become "final and binding" upon the parties and are no longer of capable of being opened up or set aside [...] One, as in this case, a decision of the Engineer has become final and binding under Clause 67, an Tribunal Arbitral no longer has authority under the

Le tribunal arbitral a débouté le maître de l'ouvrage de tous ces arguments : en ce qui concerne les mentions ci-dessus, il est bien évident qu'aux termes de la clause 67.1 des Conditions Générales du marché, la décision de l'ingénieur qui n'a été contestée par aucune partie dans le délai prévu de cette clause devient « définitive et obligatoire » pour les parties et ne peut faire l'objet d'aucun recours ou d'aucun réexamen [...], Dans ce cas-là, une fois la décision de l'ingénieur devenue définitive et obligatoire pour les parties, le tribunal arbitral n'est plus compétent, aux termes de cette



express terms of that provision to reconsider possible contractual defenses to the claims that were the subject of the decision”<sup>157</sup>

clause, pour réexaminer les arguments contractuelles en défenses qui ont fait l’objet de la décision rendue.

178. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a ordonné au défendeur - maître de l’ouvrage - de payer au demandeur la somme d’argent fixée en vertu de la décision de l’ingénieur. À l’instar de ce raisonnement, le tribunal arbitral a constaté qu’une fois la décision de l’ingénieur devenue définitive et obligatoire pour les parties et ne faisant l’objet d’aucune contestation ou d’aucun recours à l’arbitrage dans le délai prévu par le marché, l’une des parties peut recourir à l’arbitrage en conformité de la clause 67.3. Cependant, en l’occurrence, le tribunal arbitral ne peut pas rouvrir le débat, ni réexaminer, ni réviser la décision de l’ingénieur mais il rend une sentence en disant que le débiteur doit exécuter les obligations précisées dans la décision de l’ingénieur. Ainsi, si la décision de l’ingénieur devient « définitive et obligatoire », il vaut mieux, pour le débiteur, qu’il l’exécute, faute de quoi, la partie gagnante pourrait saisir le tribunal arbitral pour la faire exécuter.
179. Cette solution pose une question sur son bien-fondé. Cet état de chose permet-il de déduire de la mise à exécution de la décision de l’ingénieur que le tribunal arbitral a implicitement reconnu son caractère juridictionnel comme celui attaché à une sentence arbitrale ou un jugement ? Si le défendeur est récalcitrant en demandant au juge étatique de l’annuler, quelle sera la solution dans un tel cas ?

### ***B. Le point de vue des juges***

180. Les juges anglais et français aujourd’hui ont la même conception.

#### *1. En droit français*

---

<sup>157</sup> Voir l’affaire 12048 (2004) dans ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 23/Number 2-2012, p. 27, tous les deux sur le site web de la FIDIC.

181. La réponse se trouve dans l'arrêt de la cour d'appel de Caen (France) en 2004, concrètement : « *Doit être confirmée l'Ordonnance refusant de conférer l'exéquatur à la décision rendue par le dirigeant de l'une des parties habilité par le contrat à agir comme ingénieur en application de l'article 67 des conditions FIDIC, ladite décision ne pouvant avoir valeur de décision arbitrale et faire l'objet d'une décision d'exéquatur, quand bien même elle serait définitive en absence de contestation et de demande d'arbitrage ; il ne peut être conféré au dirigeant d'une partie le pouvoir juridictionnel d'un arbitre et donc la qualité de la sentence aux décisions prises, celui-ci n'étant pas un tiers à l'égard des parties du contrat ; en outre, la décision, dépourvue de toute motivation et n'apparaissant pas résulter d'un débat contradictoire, est ainsi entachée de plusieurs irrégularités manifestement contraires aux prescriptions procédurales de l'ordre public international* <sup>158</sup> ». Cette décision s'inscrit dans le droit fil de la précédente décision du 9 mars 1965 de la Cour de cassation disant : « sa qualité de représentant [un architecte chargé d'une mission de surveillance d'achèvement des travaux] de l'une des parties eut été incompatible avec celle d'arbitre. »

## 2. En droit anglais

182. Partageant le point de vue des juges français, les juges britanniques ont aussi considéré qu' « un ingénieur qui a tranché un litige ou un différend en vertu de l'article 66 (1) [de l'ICE Conditions<sup>159</sup>] agit comme un certificateur plutôt qu'un Adjudicator<sup>160</sup> ou un quasi-arbitre »<sup>161</sup>. Ainsi, quel est le bien-fondé dans le concept des juges ?

---

<sup>158</sup> C. A de Caen, 1<sup>e</sup> Ch., le 13 janvier 2004 publié sur le Rev. Arb 2004, Volume 2004, Issue 2, p. 443.

<sup>159</sup> Sachant que le Livre Rouge inspire de l'ICE Conditions, c'est pourquoi, la clause sur la procédure de règlement de litige stipulé dans l'article 66 de l'ICE Conditions est similaire à la clause 67 du Livre Rouge 1987. Cela est aussi confirmé dans la pratique par les juges anglais, voir paragraphe 29 de la décision de la Cour d'appel anglaise : *Al-Waddan Hotel Ltd v Man Enterprise SAL (Offshore)* [2014] EWHC 4796 (TCC).

<sup>160</sup> Dans cette thèse, cette notion doit être comprise comme celle de « adjudicator » en droit de la construction anglaise que « l'Adjudicator » est compétent pour régler des litiges entre les parties préalable à l'arbitrage.

<sup>161</sup> *AMEC Civil Engineering Ltd v Secretary of State for Transport* [2005] EWCA Civ. 291.

### C. Le point de vue doctrinal

183. On peut trouver la théorie italienne sur le pouvoir juridictionnel instaurée en France grâce à la distinction entre l'activité d'un juge et d'un administrateur par HÉRON et Thierry LE BARS : « *la spécificité de l'activité du juge tient à ce qu'il est un tiers, c'est-à-dire qu'il est étranger aux intérêts en cause. C'est sur ce point que l'acte juridictionnel se distingue de l'acte administratif. L'administrateur agit dans l'intérêt du service public dont il a la charge, il en est l'agent normal d'exécution. Par exemple, le fonctionnaire de l'urbanisme essaie de promouvoir les objectifs d'urbanisme définis par les autorités compétentes, il ne peut pas se dire étranger à leur mise en œuvre. À l'inverse, le juge est étranger à ces préoccupations. Son seul intérêt est celui du respect de la légalité. C'est sa qualité de tiers qui justifie que la loi qui lui confie de trancher les litiges et qui fait de lui un juge. Si la démarche intellectuelle de l'administrateur qui ne dispose que d'une compétence liée est identique à celle d'un juge, son acte n'est cependant pas un acte juridictionnel ; il reste de nature administrative, parce que celui qui l'accomplit n'est pas un tiers* »<sup>162</sup>.
184. Ainsi, pour que la décision de l'ingénieur ait la nature juridictionnelle comme une sentence arbitrale ou un jugement, l'ingénieur doit être tiers comme le juge ou l'arbitre, c'est-à-dire être étranger aux intérêts en cause du litige dont il est saisi. Cela crée l'indépendance de l'arbitre à l'égard des parties comme le juge la Cour d'appel de Paris : « *l'indépendance de l'arbitre est l'essence de sa fonction juridictionnelle, exclusive par la nature de tout lien de dépendance à l'égard, notamment, des parties [...] Les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par*

---

<sup>162</sup> Jacques HÉRON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6e édition, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, lextenso éditions, 2015 (Domat droit privé), p. 271 ; On peut voir aussi la définition de l'arbitrage par Sylvie FERRÉ-ANDRÉ, Professeur de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, après la synthèse des différentes définitions de l'arbitrage a conclu : « ...Si la mission confiée au tiers intervenant consiste à trouver une solution définitive qui « s'impose » aux parties [c'est nous qui le soulignons] sans qu'elles en ai une connaissance préalable et sans qu'elles puisse la soumettre à une juridiction étatique, qu'il s'agira d'un arbitrage » : Voir dans Filali OSMAN et Lotfi CHEDLY (eds.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage: pour un cadre commun de référence*, Bruxelles : Bruylant, 2015 (Droit méditerranéen), p. 43.

*l'existence de liens matériels ou intellectuels avec l'un des parties en litige, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre en faisant apparaître un risque certain de prévention à l'égard d'une partie à l'arbitrage* »<sup>163</sup>. Un argument selon lequel s'il existe une dépendance, celle-ci doit être à l'égard des deux parties et non d'une seule et concrètement cette dépendance ne tient qu'à la constitution d'un tribunal arbitral.

185. Cependant, aux termes des CG de la FIDIC, ce critère n'est pas rempli car l'article 1.1 (a) (iv) du marché définit que l'ingénieur « est la personne désignée par maître de l'ouvrage en qualité d'ingénieur pour les missions du marché qui lui sont dévolues et dénommé dans la Partie II de ces Conditions. » Comme on le sait, à part la mission de règlement des litiges de l'ingénieur précisé à l'article 67 du Livre Rouge 1987, celui-ci a encore d'autres missions, comme par exemple, il est présent dans l'exercice de la plupart des obligations contractuelles de l'entrepreneur et notamment, il surveille l'achèvement des travaux. Ainsi, il existe une dépendance de l'ingénieur au maître de l'ouvrage dans deux situations, l'une afférente à la constitution d'une « institution » de règlement des litiges, l'autre au fait que l'ingénieur est l'employé du maître de l'ouvrage. L'ingénieur est présumé avoir un intérêt en cause - l'emploi par le maître de l'ouvrage. Comme on le sait, un brin de paille suffit à faire pencher la balance de la justice. L'impartialité et l'indépendance tant du juge<sup>164</sup> que de l'arbitre étant essentielles<sup>165</sup>, comment peut-on croire que l'ingénieur « juge » de façon impartiale et indépendante un « procès » dans lequel son employeur est une partie. C'est aussi ce que suggère un avocat français dans une conférence à Hong Kong en octobre 1991 :

---

<sup>163</sup> C. A de Paris, 1<sup>è</sup> ch. Suppl., le 28 juin 1991, Rev. Arb. 1992, Issue 4, p. 569.

<sup>164</sup> Voir aussi: REID LORD, 'The Judge as Law Maker', *J. Soc'y Pub. Tchrs. L.*, vol. 12, no. 1, 2012, p. 22-29 (23), sur le site web: Heinonline.

<sup>165</sup> Voir aussi: Pascal ANCEL, Sandrine CHASSAGNARD-PINET and COLLOQUE LA CONTRACTUALISATION DE LA PROCÉDURE NORMATIVE (eds.), *La contractualisation de la production normative: actes du Colloque 'La Contractualisation de la Procédure Normative', tenu les 11, 12, et 13 octobre 2007, à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Lille*, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires Actes), p. 208.

*« Le rôle particulier de l'ingénieur dans un Contrat FIDIC mettant l'accent sur son avis et sa décision ne s'accommode pas avec le système français du contrat de génie civil. Comme on le sait, l'ingénieur est le représentant du maître de l'ouvrage et comme tel, payé par celui-ci. Il est difficile, pour l'entrepreneur français, de comprendre comment l'ingénieur pourrait être saisi (comme précisé à l'article 2.6 (a)) pour rendre sa décision, son avis et son consentement de façon impartiale aux termes du contrat en prenant en considération toutes les circonstances. Sans tenir compte des amendements qu'on trouve dans le système légal français, les éléments essentiels pour un conflit d'intérêt semblent être réunis. »<sup>166</sup>*

186. Outre ces éléments, à la lecture de l'article 67, on peut tirer une conclusion selon laquelle la procédure de règlement des litiges est d'autant plus gratuite qu'aucune décision motivée n'est exigée pour l'ingénieur, ce qui se trouve dans l'affaire de la sentence arbitrale précitée. Par conséquent, pour la contredire, sans besoin de la motiver, une partie peut faire connaître à son adversaire son intention de recourir à l'arbitrage. Ceci permet de penser que le doute de l'impartialité de l'ingénieur et la qualité de la justice a déjà existé naturellement dans l'esprit des contractants eux-mêmes et également des rédacteurs des contrats-types FIDIC.
187. Dans la pratique, la désignation de l'ingénieur et sa décision sont gratuite.

L'ingénieur dépend d'une seule partie - le maître de l'ouvrage - ce qui occasionne les difficultés à l'entrepreneur. Une parfaite illustration peut être

---

<sup>166</sup> Ce point de vue représenté par : MICHAEL R LUDLOW, 'Engineer's role under FIDIC standard conditions of contract', *Int'l. Bus. Law.*, vol. 20, no. 10, November 1992, p. 525-533 (526), sur le site web: Heinonline: « The particular role of the Engineer in a FIDIC contract which emphasizes the role of his « opinion » and his « decision » look rather awkward for the French Civil Work system. The Contractor knows the Engineer is the representative of the Employer and, as such, is paid by him and it is difficult for a French Contractor to understand how he may be able (as required by Article 2.6 (a) of FIDIC) to give his decisions, opinions and consents impartially within the terms of the contract and having regard to all circumstances. Irrespective of the legal refinements which may be found in French laws, the basic ingredients for a conflict of interest seem to be met. » Voir aussi ce point de vue dans: BUNNI, *op. cit.*, (note 51), p. 182.

trouvée dans l'affaire 6276 et 6277 en 1990<sup>167</sup> de la Cour internationale d'arbitrage lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas nommé l'ingénieur. Ainsi, lors de la naissance du litige, l'entrepreneur a directement saisi le tribunal arbitral. Cependant, ce dernier a jugé que le demandeur ne pouvait pas échapper à une obligation de déférer le litige à l'ingénieur. Sans tenir compte du fait que la conclusion du tribunal arbitral est convaincante ou non, s'y trouve une inégalité entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage, ce dernier ayant seul la possibilité de nommer l'ingénieur pour le règlement des litiges.

Une autre situation montre de nouveau cette inégalité, c'est dans l'affaire 10892 du 3/2002 de la Cour internationale d'arbitrage, à l'examen des acteurs nommés par le maître de l'ouvrage en qualité d'ingénieurs, le tribunal arbitral a constaté que l'ingénieur effectivement présent dans cette affaire était le maître de l'ouvrage lui-même.<sup>168</sup> Cet état de chose permet de penser à une situation d'un match de football où le joueur joue en même temps le rôle de l'arbitre. Si l'on accepte toujours une telle justice, la justice ne sera plus la justice.

188. En ce qui concerne l'obligation pour l'ingénieur de rendre une décision, une autre affaire mérite d'être évoquée. C'est dans la sentence arbitrale de la Cour internationale d'arbitrage 9202 du 12/1998 où un litige a été déféré à l'ingénieur par l'entrepreneur. Au vu de la réponse de l'ingénieur, le tribunal arbitral a estimé qu'aucune décision n'était prise. Sans poser la question du « déni de justice<sup>169</sup> », cette omission de l'ingénieur crée deux doutes dans le

---

<sup>167</sup> Christopher R. SEPPALA, *International construction contract disputes: Commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of Contract*, p. 34, sur le site web de la FIDIC.

<sup>168</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 19/N°2-2008, extrait à tirage limité, p. 57 sur le site web de la FIDIC.

<sup>169</sup> Cette question se pose par ISABELLE HAUTOT ET GEORGES FLÉCHEUX, *op. cit.*, (note 131), p. 621-622 : « On peut se demander ce qu'il adviendrait du litige soumis à l'ingénieur saisi dans le cadre de la clause 67 et que celui-ci omettrait de trancher sans qu'aucune notification de l'intention « d'arbitrer » ne vienne sanctionner cette omission. N'y a-t-il pas là risque de déni de justice : un litige est effectivement formulé qui ne reçoit pas de solution ? Les règles du contrat apportent la réponse : par l'effet du silence de l'ingénieur pendant 84 jours, une décision implicite de rejet, est réputée être intervenue qui vient ainsi apporter « une solution » à la demande ».

sens des analyses de Sigvard Jarvin<sup>170</sup> - membre de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : soit celui-ci n'est pas vraiment impartial dans ses missions et il a donc hésité dans sa prise de décision car le litige afférent à l'obligation de dommages-intérêts du maître de l'ouvrage qui est leur employeur, soit il est incapable de régler des litiges par manque de connaissances juridiques suffisantes sur le litige en cause. Ce doute demeure aussi si l'on suit le conseil de Christophe R. SEPPALA - arbitre très favorable à l'ingénieur pour qui « il est souhaitable que l'ingénieur ne tranche pas les différends concernant des questions purement juridiques. »<sup>171</sup>

189. Ainsi, étant donné que l'existence de trop d'éléments vient tant de la nature du litige que de la personnalité de l'ingénieur lui-même permettant de suspecter la qualité de la justice dans la décision rendue, la renonciation des juges étatiques à reconnaître la nature juridictionnelle de la décision de l'ingénieur est bien fondée. Car, une fois sa nature juridictionnelle reconnue par le juge étatique, ce sera un exemple à suivre pour les autres affaires en la matière y compris celles où il y a une incidence dans la décision de l'ingénieur, voire dans les autres domaines.
190. Devant ces critiques et aussi face à la difficulté sur l'exécution des décisions de l'ingénieur, certains auteurs proposent que ces décisions aient une valeur contractuelle et soient respectées comme telles.

---

<sup>170</sup> «... At a minimum there is now considerable risk that the Engineer is seen as acting in a partial manner. Where the employer is a public sector company and the Engineer is the president or director of such a public sector company, it is inconceivable that his decision will not be heavily influenced by the interests of public sector enterprise and that legitimate interests of the contractor will play inferior role. The engineer will always be hesitant to decide against his company's interests, especially if the decisions involve the payment of money to the contractor for which he will need additional budget or approvals by his superiors [...] He is usually neither competent nor qualified to decide purely legal question », voir dans SIGVARD JARVIN, *op. cit.*, (note 123), p. 387.

<sup>171</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Les décisions pré-arbitrales afférentes aux litiges en matière de construction : Les décisions prises par l'ingénieur', *Int'l. Bus. L. J.*, vol. 1991, no. 3, p. 331-348, sur le site web : Heinonline

## §2. *La nature contractuelle de la décision de l'ingénieur*

191. Les protagonistes de la mise à exécution de la décision de l'ingénieur proposent de ne pas l'ériger en acte juridictionnel<sup>172</sup> et comme dans les pays de *Common Law*, « les juges [...] pouvaient, aux termes de procédures sommaires, entériner le caractère définitif de décisions contractuelles et leur conférer ainsi, de manière efficace, l'autorité de la chose jugée<sup>173</sup> ».
192. Si tel est le cas, avec les termes de « *définitive-final et obligatoire-binding* » doit-on comprendre que la décision de l'ingénieur doit être exécutée sur-le-champ par son débiteur sans qu'il y ait vérification ou contrôle de la part des arbitres comme ce qui s'est passé dans la sentence arbitrale 12048 (2004) précitée où le tribunal arbitral a ordonné au défendeur - maître de l'ouvrage - de payer au demandeur une somme d'argent en vertu de la décision de l'ingénieur ?
193. Il est bien évident qu'il convient d'avoir une solution adaptée pour procéder à l'exécution de la décision de l'ingénieur lorsque celle-ci est devenue *définitive et obligatoire* pour les parties, mais il n'est pas vraiment raisonnable d'affirmer que cette décision est de nature contractuelle. Comme on le sait, l'essence du contrat est le consentement des cocontractants sur un point donné tandis que la décision de l'ingénieur provient d'une seule partie - l'ingénieur - avec *son pouvoir discrétionnaire* sans le consentement des deux autres parties - le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur - sur le contenu. De ce fait, la solution des juges anglais ci-dessous paraît plus pratique et plus efficace.

### **Section 2. Les conditions pour exécuter la décision de l'ingénieur**

194. Face à ces dilemmes des deux grands concepts sur la nature juridique de la décision de l'ingénieur, les juges anglais ont pris un autre chemin de sécurité

---

<sup>172</sup> GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p 472.

<sup>173</sup> ISABELLE HAUTOT ET GEORGES FLÉCHEUX, *op. cit.*, (note 131), note 8, p. 622.



qui aide à réconcilier sur la qualification de la nature juridique de la décision de l'ingénieur, d'une part, et, d'autre part, à assurer l'exécution de cette décision dans le respect des principes fondamentaux d'une procédure. Tel sera l'objet de ce qui suit.

**§1. Le sens de la « décision de l'ingénieur devenant définitive et obligatoire » dans les cahiers de la FIDIC**

195. En ce qui concerne la compréhension des termes de « décision de l'ingénieur devenant « *définitive et obligatoire* » pour les parties », dans l'arrêt du 12 octobre 1999, la Cour d'appel anglaise a estimé que « [...] *si une décision [de l'ingénieur] qui devient définitive et obligatoire peut être rendue dans une phase initiale du contrat. Tout dépendra des circonstances particulières [c'est nous qui le soulignons] qui prévalent dans des industries respectives et même dans les contrats particuliers. Ce que la cour doit faire est tout simplement d'expliquer les termes du contrat qui a été adopté par les parties dans une situation précise*<sup>174</sup> ».
196. Ainsi, à l'instar de ce raisonnement, dès que le contrat précise que « la décision de l'ingénieur est devenue « *définitive et obligatoire* » pour les parties, ce double effet ne suffit pas pour que cette décision soit considérée naturellement comme une sentence arbitrale devant être mise à exécution en tant que telle. Une explication des juges ou des arbitres est nécessaire en fonction des situations précises. La question se pose de savoir ce qu'est « la situation précise ». Sont-ce les éléments du contrat ou ce qui est exigé de l'ingénieur lui-même et notamment de son impartialité ? Il semblerait que les deux situations coexistent.

---

<sup>174</sup> *Harbour & General Works Ltd v Environment Agency* [2000] 1 W.L.R. 950, para 963: « [...] if a decision which is final and binding can be taken at an early stage of the contract. All will depend on the particular circumstances that prevail in particular industries and indeed on particular contracts. What the court must do is simply construe the words of the contract which has been adopted by the parties in any particular situation ». C'est un arrêt relatif au Conditions de l'ICE. Il est compris que le mécanisme de règlement des litiges par l'ingénieur de ces Conditions est similaire à celui des Conditions de la FIDIC 1987, ce qui a été reconnu dans l'arrêt [2014] EHC 4796 (TCC) de la Cour d'appel anglais du 12/12/2014.

## **§2. Les éléments examinés avant la mise à exécution de la décision de l'ingénieur**

197. Dans l'affaire précitée, pour fonder son raisonnement, le juge a fait droit à l'argumentaire de l'intimé au motif que lorsque la décision de l'ingénieur deviendra définitive et obligatoire pour les parties, le tribunal arbitral ne sera plus compétent pour réexaminer les problèmes déjà soumis à l'ingénieur. Pour le juge, la « situation particulière » dans ce cas-là tient au fait que le règlement procédural de l'arbitrage choisi par les parties n'autorise pas le tribunal arbitral à réexaminer les problèmes déjà soumis à l'ingénieur. Il semblerait que ce soit une argutie du juge plutôt qu'une explication car, que ce soit le contrat ou le règlement procédural de l'arbitrage, tous deux sont à l'origine d'une convention des parties qui impose que lorsque la décision de l'ingénieur devient définitive et obligatoire, nul n'est compétent pour la réexaminer.
198. Néanmoins, hormis cet exemple sur « une situation précise », il est souhaitable, même lorsque la décision de l'ingénieur est devenue définitive et obligatoire, de toujours s'assurer de l'absence de fraude ou de mauvaise foi de l'ingénieur. C'est la solution de la jurisprudence américaine<sup>175</sup>. À titre d'exemple, dans la décision de la Cour suprême des États-Unis en 1972<sup>176</sup>, au sujet de la décision d'un acteur qui règle des litiges en vertu du mécanisme prévu par le contrat, la Cour a confirmé qu' « *en l'absence de fraude ou de mauvaise foi, le règlement des litiges de l'Agent fédéral [comme ingénieur] en*

---

<sup>175</sup> 1915 Carswell BC 25, C. A British Columbia, 14/5/1915: « There could be not doubt that if the parties to a contract chose to agree that the engineer shall be the sole judge the court would not interfere with the judgment of the engineer except in the case of corruption [c'est nous qui le soulignons], or the nature of the contract itself might be such that the court could not interfere by injunction ».

<sup>176</sup> 92 S. Ct. 1411, C. S des États-Unis, 24 avril 1972, les juges ont jugé que : « We hold that absent fraud or bad faith the federal agency's settlement under the dispute clauses is binding on the Government; that there is not another tiers of administrative review; and that, save for fraud or bad faith, the decision of AEC is « final and conclusive ». Cette confirmation de la jurisprudence, pour les experts juridiques en matière de construction, s'applique aussi à la décision de l'ingénieur : voir James J. Myers, « Resolving disputes in worldwide infrastructure projects », 47 C. L. R (2<sup>e</sup>) 87, 1999 ; John Cassan Wait, « Engineering and Architectural Jurisprudence : A presentation of the law of construction for engineer, architects, contractor, builders, public officers, and attorneys at law 305, 1898 », sur le site web: Heinonline;

*vertu du contrat lie le Gouvernement [maître de l'ouvrage] [...] et que sauf fraude ou mauvaise foi, la décision de l'AEC [celui qui tranche des litiges comme ingénieur] est définitive et obligatoire* ». À ce sujet, le Professeur Philippe THÉRY a commenté qu'à moins que la fraude ou la mauvaise foi soit notoire, l'office du juge n'est pas nécessaire. Puisque, pour lui, en l'absence de contestation des parties de la décision de l'ingénieur, en se basant sur le principe selon lequel le silence vaut acceptation, on peut donner à cette décision l'effet juridique que l'on veut. C'est-à-dire que la décision de l'ingénieur doit être mise à exécution d'emblée.

199. Cependant, dans le contexte des contrats-types FIDIC, la solution des juges anglais sera plus pertinente, précisément : quelle que soit la nature de la décision de l'ingénieur et dès lors que celle-ci est devenue définitive et obligatoire en vertu du marché, avant d'être mise à exécution, cette décision devrait toujours faire l'objet d'un contrôle de la juridiction étatique ou du tribunal arbitral en fonction des circonstances précises. Cette solution se justifie pour les raisons ci-dessous :

- D'abord, comme il résulte des analyses précitées, il existe plusieurs motifs pour dénier la qualité de la justice dans la décision de l'ingénieur ;

- Ensuite, dans la pratique, selon les observations des experts en la matière, « *le maître de l'ouvrage tente de restreindre le pouvoir de l'ingénieur comme par exemple en se mêlant à la décision de celui-ci, voire en remplaçant celui qui lui désobéit. [...] il y avait des cas où l'ingénieur était utilisé comme un moyen par le maître de l'ouvrage de mauvais foi* »<sup>177</sup>. Par conséquent, dans une enquête menée par l'Université Reading à l'égard des utilisateurs des contrats-types FIDIC en 1990, la moitié des participants a répondu qu'elle s'inquiétait de l'impartialité de l'ingénieur car celui-ci est embauché et payé

---

<sup>177</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 393: "In practice, the employers try to restrict the engineer's powers, for example, by making the engineer's decisions subject to employer approval, or they withdraw disobedient engineers and replace them with obedient ones. [...] The practice went so far and cases were encountered where the engineers were used as a tool for bad faith behaviour by the employer."

par le maître de l'ouvrage<sup>178</sup> ». De ce fait, la FIDIC a revu ses publications en modifiant le rôle de l'ingénieur dans le règlement des litiges<sup>179</sup> par le comité de règlement des litiges (Dispute Adjudication Board : DAB) à l'article 20.4. La rigueur des juges à l'égard de la décision de l'ingénieur a contribué à la protection de la sécurité juridique du procès d'une part, et, d'autre part, a favorisé les praticiens de nos jours qui appliquent le Livre Rouge 1999 ou à tout le moins son mécanisme de règlement de litige au lieu de celui du Livre Rouge 1987. Ainsi les juges ont donné une solution adaptée à l'évolution du mécanisme de règlement des litiges dans le domaine de la construction internationale.

200. Si l'on se fonde sur ce qui précède que, pour que sa décision devienne définitive et obligatoire aux parties, d'une part, et, d'autre part, pour répondre aux besoins des parties, lors du règlement des litiges, l'ingénieur doit-il se conformer à tous les principes fondamentaux d'un procès comme les juges étatiques ou les arbitres ? La réponse se trouvera dans le processus de règlement des litiges de l'ingénieur qui suit.

---

<sup>178</sup> Voir Toby Shnookal et Dr Donald Charrett, « Standard form contracting; the role for FIDIC contracts domestically and internationally », sur le site web de la FIDIC.

<sup>179</sup> JAEGER and HÖK, *op. cit.*, (note 32), p 394.

## CHAPITRE 3

# LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR L'INGÉNIEUR

201. En ce qui concerne le règlement des litiges, les questions se posent souvent en matière de procédure civile de savoir, d'un point de vue organique, qui est le juge apte à trancher un litige et d'un point de vue fonctionnel, comment la procédure se déroule. Et ces questions s'appliquent aussi au règlement des litiges par des modes alternatifs<sup>180</sup>. Pour répondre à ces questions, l'article 67.1 stipule :

*« Si un litige (dispute) de quelque nature que ce soit survient entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage [...] il doit préalablement être soumis par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie [...] l'ingénieur notifiera au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur sa décision. Celle-ci doit préciser qu'elle est rendue conformément au présent article ».*

Ainsi, pour engager la procédure en vertu de cet article 67.1, deux conditions doivent être remplies : l'une concerne la disponibilité du juge-ingénieur apte à trancher le litige (Section 1) et l'autre l'existence du litige (Section 2). Le déroulement de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur sera approfondi à travers des obligations de celui-ci (Section 3).

### Section 1. La disponibilité de l'ingénieur

202. L'article 1.1 (a) (iv) du Livre Rouge 1987 définit l'ingénieur comme « la personne désignée par le maître de l'ouvrage ès qualité pour les missions du marché qui lui sont dévolues et dénommée dans la Partie II de ces Conditions ». Au sens de cet article, l'obligation de désignation de l'ingénieur

---

<sup>180</sup> LOIC CADIET ET EMMANUEL JEULAND, Droit judiciaire privé, 9è, : LexisNexis, 2016, p. 10.

relève du maître de l'ouvrage. Comme on le sait, en vertu des cahiers de la FIDIC, les missions de l'ingénieur sont diverses. Ainsi, le maître de l'ouvrage ne désigne-t-il qu'un acteur en qualité d'ingénieur pour l'ensemble des opérations du marché ou y a-t-il différents ingénieurs en fonction de la nature des missions qui leur sont confiées ? Dans cette dernière hypothèse, qui est compétent pour le règlement des litiges ?

### ***§1. Identification de l'ingénieur compétent pour le règlement des litiges***

203. À l'examen approfondi des stipulations du Livre Rouge 1987, il est difficile de répondre à ces questions. Il convient donc d'observer l'application des contrats-types FIDIC dans la pratique. En ce qui concerne ce sujet, l'affaire 10892 du mars 2002<sup>181</sup> de la Cour internationale d'arbitrage sera un grand cas à étudier. En l'espèce, il y avait différents acteurs qui jouaient le rôle d'ingénieur à différents stades d'exécution du marché et particulièrement, il existait une période où le maître de l'ouvrage a nommé une personne B ès qualité en énumérant une liste de ses missions : (1) de certifier le paiement à l'entrepreneur ; (2) d'évaluer des modifications du marché ; (3) de fixer des prix de la construction, etc.
204. Ainsi, cette énumération des missions de l'ingénieur permet-elle de comprendre que celui-ci n'est pas compétent pour régler des litiges si cette mission n'est pas expressément mentionnée dans cette liste exhaustive ? Dans cette affaire, le tribunal arbitral a jugé que l'ingénieur B a été désigné pour certaines missions, pour les autres, l'entrepreneur a accepté implicitement que le maître de l'ouvrage lui-même joue le rôle de l'ingénieur car, pour les arbitres, le Livre Rouge 1987 n'exige pas que l'ingénieur soit un acteur indépendant. En l'occurrence, l'ingénieur - maître de l'ouvrage - détient-il aussi le pouvoir de règlement des litiges survenant entre lui-même et l'entrepreneur ?

---

<sup>181</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin - Vol. 19/N°2-2008, extrait à tirage limité, p. 57 sur le site web de la FIDIC.

205. On est d'accord pour dire que le Livre Rouge 1987 ne stipule pas expressément que l'ingénieur doit être un acteur indépendant. Il en résulte qu'existe la situation où celui-ci est en même temps le maître de l'ouvrage mais cela ne peut pas être le cas de l'ingénieur qui tranche le litige, étant donné qu'il y a plusieurs clauses du Livre Rouge dont on peut déduire que l'ingénieur qui tranche le litige doit être un acteur indépendant du maître de l'ouvrage.

- D'abord, la clause 2.1(b) du même Livre mérite d'être analysée en ce qui concerne le pouvoir et les responsabilités de l'ingénieur : « *sauf stipulation précise dans le marché, l'ingénieur n'aura pas le pouvoir de relever l'entrepreneur de ses obligations en vertu du marché* ». Ainsi, si l'ingénieur qui tranche le litige peut être en même temps le maître de l'ouvrage, cette limitation du pouvoir de l'ingénieur est-elle superflue ?

- Ensuite, l'article 53.1 sur la procédure de réclamation stipule que « *si l'entrepreneur a l'intention de réclamer [...] celui-ci doit la notifier à l'ingénieur avec copie au maître de l'ouvrage* ». On en déduit que l'ingénieur et le maître de l'ouvrage sont deux acteurs distincts. Cette explication s'emploie aussi pour le premier paragraphe de l'article 67. 1 selon lequel le litige survenant entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur « *sera préalablement envoyé par écrit à l'ingénieur avec copie à l'autre partie* ». Cet état de chose laisse à penser que l'ingénieur qui tranche le litige est un acteur indépendant du maître de l'ouvrage.

- Enfin, selon l'article 2.6 du Livre Rouge 1987, lors du règlement des litiges, l'ingénieur est tenu d'être impartial. Cette impartialité de l'ingénieur exige que celui-ci soit indépendant ainsi qu'a considéré le tribunal arbitral de façon omnisciente dans l'affaire précitée : « *[...] il existe différents niveaux d'indépendance. Au niveau le plus bas, lorsqu'un gouverneur, l'employeur ou le propriétaire nomme lui-même ou son propre employé en tant qu'ingénieur, il n'y a pas d'indépendance et l'impartialité est peu probable* »<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> « ... There are different levels of independence. At the lowest level, when the government, employer or owner appoints itself or its employee as engineer, there is no independence and impartiality is unlikely »: voir ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 19/N°2-2008, extrait à tirage limité, p. 58 sur le site web de la FIDIC.

206. Ainsi, en tout état de cause, l'ingénieur qui tranche le litige doit être un acteur indépendant du maître de l'ouvrage. De ce fait, comment peut-on déterminer l'ingénieur compétent pour régler des litiges ? La réponse à cette question peut se trouver dans l'affaire 6276 et 6277 [1990] de la Cour internationale d'arbitrage examinée ci-après.
207. En l'espèce, le maître de l'ouvrage n'a pas désigné l'ingénieur. Aussi, l'entrepreneur a saisi directement le tribunal arbitral à la naissance du litige. Par la suite, le tribunal arbitral a jugé que c'était une saisine « prématurée » en expliquant : « *le demandeur [...] est tenu d'avertir le défendeur (maître de l'ouvrage) que ce dernier doit préciser, par une notification, le nom de l'ingénieur à qui le litige sera soumis. Seulement dans le cas de refus ou d'absence de réponse du défendeur, le demandeur peut être dispensé de se conformer à la procédure pré-arbitrale.*<sup>183</sup> ». Ce point de vue du tribunal arbitral sur la désignation d'ingénieur est d'autant plus convaincant qu'il se conforme au sens de l'article 1.1 (iv) du Livre Rouge 1987 : « l'ingénieur est la personne désignée par le maître de l'ouvrage ès qualité pour les missions du marché qui lui sont dévolues et dénommée dans la Partie II de ces Conditions ».
208. Aux termes de cet article, il est notoire que quelque soit l'ingénieur, celui-ci doit être désigné précisément dans la partie II des conditions du contrat. Il est donc déraisonnable de déduire qu'en l'absence de désignation d'ingénieur par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur accepte implicitement le maître de l'ouvrage ès qualité. Cela amène favorablement au non-respect de l'obligation contractuelle du maître de l'ouvrage dans la désignation d'ingénieur.

---

<sup>183</sup> « The claimant ... was under a duty to put the defendant (employer) on notice to indicate to it the name of engineer to whom the dispute could be submitted. It was only if it had met with a refusal or in the event of the failure to reply on the part of the defendant that the claimant could have been dispensed from complying with this pre-arbitral phase »: voir CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'International construction contract disputes: Commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of Contract', *Int'l. Bus. L. J.*, vol. 1999, no. 6, p. 700-723 (703), sur le site web: Westlaw.



209. Cette situation sera un bel exemple à suivre dans l'application du Livre Rouge 1999 étant donné que le contenu de l'article 1.1 (iv) du Livre Rouge 1987 figure avec son intégralité dans le Livre Rouge 1999 à l'article 1.1.2.4. Bien qu'en vertu du Livre Rouge 1999, l'ingénieur ne soit plus compétent pour régler des litiges, il existe toujours le point de vue selon lequel la saisine de la réclamation constitue une condition préalable au commencement de la procédure du DAB. C'est pourquoi la question de la désignation d'ingénieur entre toujours en ligne de compte. À l'avenir, si cette situation se reproduit, comment l'entrepreneur peut identifier l'ingénieur pour qu'il puisse lui adresser sa réclamation avant de porter son problème devant le DAB ? Pour toutes ces raisons, il est préférable que la nomination d'ingénieur doive s'effectuer en conformité avec l'article 1.1 (iv) du Livre Rouge 1987 et l'article 1.1.2.4 du Livre Rouge 1999. Si ces exigences ne sont pas respectées, on peut suivre le raisonnement ci-dessus du tribunal arbitral selon lequel, de bonne foi, l'entrepreneur doit demander au maître de l'ouvrage de remplir son obligation de désigner l'ingénieur et à défaut, en cas de refus ou d'absence de réponse du maître de l'ouvrage, ce dernier est considéré comme ayant violé les obligations contractuelles. L'entrepreneur peut désormais déférer le litige au tribunal arbitral selon le Livre Rouge 1987 ou au DAB selon le Livre Rouge 1999 et demander les dommages-intérêts résultant de cette inexécution du contrat. En l'occurrence, le maître de l'ouvrage perdra tous droits de contestation en application du principe de droit anglais selon lequel nul n'a le droit de se prévaloir de son omission<sup>184</sup>.

## ***§2. Le remplacement de l'ingénieur***

210. Comme il vient d'être analysé ci-dessus, l'ingénieur est présent dans toutes les obligations de l'entrepreneur, du début jusqu'à la fin d'un projet de construction. De ce fait, « *l'identité de la personne choisie comme ingénieur est d'une importance cruciale pour l'entrepreneur lorsqu'il évalue les risques*

---

<sup>184</sup> *Al-waddan Hotel Limited v. Man Enterprise SAL (Offshore)*, [2014] EWHC 4796 (TCC).

du projet, notamment la probabilité que l'ingénieur rende sur ses « claims/demandes » des décisions correctes, à l'issue d'une instruction rapide »<sup>185</sup>. C'est la raison pour laquelle si la désignation d'ingénieur retient notre attention, le remplacement de celui-ci doit aussi être examiné attentivement.

211. L'article 3.4 du Livre Rouge 1999 prévoit que « si le maître de l'ouvrage a l'intention de remplacer l'ingénieur, pendant quarante-deux jours avant son remplacement, il doit informer l'entrepreneur de l'identité, des coordonnées et des expériences du nouvel ingénieur proposé. Le maître de l'ouvrage ne remplacera pas l'ingénieur par celui auquel l'entrepreneur s'est opposé raisonnablement dans une lettre de notification au maître de l'ouvrage avec justification ». Cependant, cette stipulation n'existe pas dans le Livre Rouge 1987. Cela pose la question de savoir si l'ingénieur peut être remplacé ou non en vertu de ce Livre 1987. Si tel est le cas, l'entrepreneur a-t-il le droit de refuser si celui qui remplacera l'ancien ingénieur ne dispose pas de connaissances suffisantes pour répondre aux conditions du marché ?
212. Même si le Livre Rouge 1987 ne mentionne pas le problème du remplacement de l'ingénieur, ce remplacement est adéquat, pour les arbitres et aussi les juges étatiques, dans certaines situations. Comme, par exemple, la Cour suprême anglaise a prévu les circonstances permettant au maître de l'ouvrage de nommer un nouvel ingénieur lorsque l'ingénieur initial est décédé ou n'existe plus ou dans le cas où, pour le maître de l'ouvrage, l'ingénieur s'obstine à appliquer à tort le contrat<sup>186</sup>. À l'examen de l'affaire 10892 de la Cour internationale d'arbitrage précitée, on peut aussi affirmer que dans la pratique, le maître de l'ouvrage peut remplacer l'ingénieur initial par un autre. Ainsi, la question se pose de savoir de quelle façon s'effectue ce remplacement.

---

<sup>185</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Les principaux « claims » de l'entrepreneur aux termes des conditions FIDIC', *op. cit.*, (note 135), p. 176.

<sup>186</sup> *Al-Waddan Hotel Limited v. Man Enterprise SAL (Offshore)*, [2014] EWHC 4796 (TCC), para. 31 et 33.

213. Si l'on suit les stipulations du Livre Rouge 1999, il convient de reconnaître le droit de refus de l'entrepreneur. Cela est également renseigné par la FIDIC<sup>187</sup> lorsqu'elle met en garde que la définition selon laquelle l'ingénieur est la personne désignée dans la partie II des Conditions du marché a pour effet d'empêcher le maître de l'ouvrage de changer d'ingénieur sans accord de l'entrepreneur. Raison pour laquelle l'ingénieur initial est souvent désigné dans l'appel d'offre, cela préside aux calculs de l'entrepreneur dans sa soumission. Cette recommandation a été employée par la Cour suprême britannique<sup>188</sup> lors de l'examen sur l'obligation du maître de l'ouvrage à l'égard de la disponibilité de l'ingénieur. Cela est d'autant plus convaincant que la nomination de l'ingénieur initial a fait l'objet d'un consentement des deux parties - le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur -, ce consentement nécessite donc d'être obtenu également lors du remplacement de l'ingénieur. Ce principe d'exécution des engagements peut se trouver dans le Code civil français selon lequel « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* (nouvel art. 1103) » et « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* (nouvel art. 1193) ». De ce fait, à l'avenir, d'une part, si les parties veulent choisir le Livre Rouge 1987 pour leur contrat de construction, le contenu de l'article 3.4 du Livre Rouge 1999 mérite de servir de référence. D'autre part, si le tribunal arbitral est saisi d'un litige en la matière, pour assurer l'équilibre entre les parties, il est préférable que la solution de cet article 3.4 soit choisie.

---

<sup>187</sup> The FIDIC contract Guide, p. 41: "It should be noted that this definition [about engineer in article 1.1(iv)] identifies engineer as a person named as such in Part II of the conditions, the effect of which is to prevent the employer from changing the engineer without the consent of the contractor. The reason for this change from the 3<sup>rd</sup> Edition is that the identity of the engineer (and his reputation) has been a factor in the calculation of the contractor's tender"

<sup>188</sup> *Al-Waddan Hotel Limited v. Man Enterprise SAL (Offshore)*, [2014] EWHC 4796 (TCC), para. 25.

## **Section 2. La naissance d'un litige en vertu de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987**

214. L'article 67.1 stipule que « *si un litige de quelque nature que ce soit survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur [...] y compris tous les litiges à l'égard de chaque avis, instruction, détermination, certificat ou évaluation de l'ingénieur, l'objet du litige sera préalablement envoyé par écrit à l'ingénieur avec une copie à son adversaire. Cet écrit doit préciser qu'il est établi en vertu du présent article. Dans le délai de quatre-vingts jours à compter de sa réception, l'ingénieur informera les deux parties de sa décision. Celle-ci précisera qu'elle est rendue en vertu du présent article* ».
215. À côté de cet article 67.1, en ce qui concerne le rôle de l'ingénieur, l'article 53.1 du même Livre prévoit aussi sa mission de saisine d'une réclamation sur le paiement : « *nonobstant toute autre stipulation du marché, si l'entrepreneur a l'intention de réclamer un paiement supplémentaire en vertu de tous les articles des présentes conditions ou autrement, il doit notifier son intention à l'ingénieur avec copie au maître de l'ouvrage, dans un délai de vingt-huit jours après la survenance de l'évènement donnant lieu à la réclamation* ».
216. Ces deux stipulations ont créé les difficultés de savoir à quel moment ou dans quelle situation un litige est réputé exister. Il en résulte que comme l'a remarqué Christopher R. SEPPALA - un des experts illustres en matière de construction - pour qui « le point de savoir s'il existe ou non un « *litige* » ou un « *différend* » dans un cas déterminé peut être une question de fait difficile »<sup>189</sup>. Pour la mise en œuvre de ces deux clauses, une théorie sur la détermination d'un litige a été appliquée pour rendre obligatoire la soumission à la procédure de l'article 53.1 préalablement au commencement de celle de l'article 67.1 comme on le verra dans le développement ci-dessous.

---

<sup>189</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les Conditions du contrat type de génie civil de la FIDIC', *op. cit.*, (note 129), p. 585.

**§1. Le point de vue de la soumission à l'article 53.1 comme une condition sine qua non de la naissance d'un litige au sens de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987**

217. Comme on le sait, la situation où, pour l'inexécution de la décision de l'ingénieur, une partie a argué qu'il n'existait pas de litige n'est pas rare.<sup>190</sup> De ce fait, la théorie<sup>191</sup> de la détermination d'un litige entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur a vu le jour et selon laquelle pour qu'il existe un litige, il est nécessaire d'être en présence de trois actes : d'abord celui par lequel la demande est présentée, puis celui par lequel est présentée la réponse faite à cette demande, et enfin celui par lequel une partie manifeste son insatisfaction au vu de cette réponse.
218. Cette théorie s'est inscrite dans le sens de l'article 1.1.31 du Livre Or publié en 2008 : « *litige-dispute survient dans n'importe quelle situation où (a) une partie fait une réclamation contre son adversaire; (b) celui-ci la rejette en partie ou en totalité ; et (c) la première partie n'y acquiesce pas. Cependant, pourvu que l'absence d'opposition ou de réponse de la deuxième partie à l'égard de la réclamation puisse constituer un rejet si, en fonction des circonstances, le DAB ou le tribunal arbitral considère qu'il est raisonnable, pour cette partie, d'agir tel que la situation l'exige* »<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of state for Transport*, [2005] EWCA Civ 291, para 24.

<sup>191</sup> Voir: No. 97-98 de cette thèse.

<sup>192</sup> « Dispute means any situation where (a) one Party makes a claim against the other Party; (b) the other Party rejects the claim in whole or in part; and (c) the first Party does not acquiesce, provided however that a failure by the other party to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in the circumstances, the DAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so ». Voir aussi JACQUES NORMAND, *Le juge et le litige* : Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, p. 2 : « Deux personnes sont en litige, la notion est désormais classique, dès que l'une d'elle, émettant une prétention d'ordre juridique, se heurte au refus de la reconnaître et d'y accéder, de la part de l'autre qu'elle prétend qualifiée pour y faire droit. » ; GLAVINIS, *op. cit.*, (note 37), p. 466, note. 567 : « Le litige est né d'une réclamation restée insatisfaite, c'est-à-dire de la demande d'une partie fondée sur l'appréciation juridique d'une situation de fait, dont la partie adverse conteste le bien-fondé en droit et/ou la réalité des faits invoqués ».

219. À l'instar de cette définition du litige, la soumission à l'article 53 s'impose pour répondre à la deuxième condition qui est la réponse à la demande. De ce fait, les praticiens affirment que « *la mesure prise par l'ingénieur [en vertu de l'article 53.1] sur la prorogation du délai ou sur la réclamation financière est la condition sine qua non pour qu'un litige survienne* »<sup>193</sup>. Cependant, dans la pratique, si l'on analyse les affaires sur cette exigence de conformité à la procédure « gracieuse » pour considérer il existe un litige, les juges l'ont expliqué avec une grande souplesse pour soutenir la validité de la décision de règlement des litiges de l'ingénieur. À titre d'exemple, dans une affaire en 2005<sup>194</sup>, une partie n'a pas exécuté la décision de l'ingénieur en alléguant qu'elle n'est pas valable car le litige n'existait pas. Pour la débouter, la Cour d'appel anglaise s'est référée à une série de décisions y afférant avec les arguments suivants : en ce qui concerne l'exigence d'avoir un refus total ou partiel de la demande, un rejet exprès d'une réclamation n'est pas exigé pour la naissance d'un litige<sup>195</sup> ; ou si le contrat impartit un délai pour la réponse de l'ingénieur à la réclamation, quant au juge, « [...] *un silence du répondant dans le laps de temps imparti [sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration de ce délai] suffirait à en déduire qu'il existe un litige* »<sup>196</sup>. Ainsi, les juges anglais ont appliqué de façon très souple la théorie de détermination de la naissance d'un litige en la matière. Cette solution nous conduit à deux

---

<sup>193</sup> RUBERT CHOAT, "“Not dispute” arguments under dispute resolution and dispute escalation provisions', 4 Const. L. Int'l. 7, 2009, p. 12 : « In this regard, under some FIDIC contract (such as the FIDIC Red Book 1987, 4<sup>th</sup> ed, with 1996 supplement and Red and Yellow Book 1999) it is possible that the determination of the engineer of extension of time and monetary claims (within the timetable provided for) is a precondition to dispute crystallising. Other FIDIC contracts (such as the FIDIC Red Book 1987, 4<sup>th</sup> ed, without the 1996 supplement and FIDIC Gold Book 2008) are clear that the determination of the engineer or Employer's Representative is a precondition to a dispute crystallising for the purpose of the next stage in the dispute resolution process-respectively, arbitration (for the 1987 form) and the DAB (for the 2008 form)”. Voir aussi ISABELLE HAUTOT ET GEORGES FLÉCHEUX, *op. cit.*, (note 131), p. 615 : « Le caractère contraignant de soumission préalable de toute réclamation à l'ingénieur a encore été souligné, dans la quatrième édition de la FIDIC, par la rédaction d'une procédure détaillée à la clause 53 'Procedure for claims' [...] »

<sup>194</sup> *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of state for Transport*, [2005] EWCA Civ 291, para 24.

<sup>195</sup> *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of state for Transport*, [2005] EWCA Civ 291, para 27.

<sup>196</sup> Voir aussi *All In One Building & Refurbishments Limited v. Makers UK Limited*, [2005] EWHC 2943 (TCC), para. 25: dans cette affaire, une partie alléguait que le litige ne survient qu'après l'expiration d'un délai de deux mois pour le paiement final. Cependant, cet argumentaire a été débouté par la Cour d'appel.

questions : l'une sur la pertinence de l'exigence de soumission à la double procédure de règlement des litiges par un même ingénieur et l'autre relative à l'exactitude dans l'explication des stipulations du Livre Rouge 1987.

220. En ce qui concerne la première question, si l'on la met en parallèle avec le Livre Rouge 1999, cette double procédure de règlement des conflits par l'ingénieur n'existe plus. Il semblait donc inutile d'obliger l'entrepreneur à soumettre les mêmes problèmes à un même acteur-ingénieur et d'appliquer deux procédures distinctes.
221. En ce qui concerne la seconde question, à l'étude approfondie des stipulations du Livre Rouge 1987, la signification spéciale de l'article 2.6 du même Livre retient notre attention dans la détermination du moment de la naissance du litige en vertu de l'article 67.1 comme ce qui s'analyse ci-après.

***§2. L'application de l'article 2.6 du Livre Rouge 1987 pour la détermination de la naissance d'un litige en vertu de l'article 67.1***

222. L'article 2.6 du Livre Rouge 1987 stipule que « lorsque l'ingénieur, aux termes du marché, doit exercer son pouvoir discrétionnaire en : (a) donnant sa décision, son avis ou son accord ; ou (b) exprimant sa satisfaction ou son approbation ; ou (c) déterminant une valeur ; ou (d) prenant les autres mesures qui pourraient affecter les droits et les obligations de l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage [nous le soulignons], il doit exercer son jugement de manière impartiale conformément aux termes du marché et en prenant compte de toutes les circonstances. Tous les décisions, tous ces avis, accords, expressions de satisfaction ou approbations, déterminations d'une valeur ou mesures peuvent être remis en cause, réexaminés, revus comme prévu à l'article 67 [nous le soulignons] ».
223. Si l'on met cet alinéa « d » au point, on peut déduire que tous les actes de l'ingénieur qui pourraient *affecter les droits et les obligations de l'entrepreneur ou du maître de l'ouvrage* [...] peuvent être remis en cause en

vertu de la clause 67.1. À l’instar de cette stipulation, faut-il comprendre qu’un litige est réputé survenir en vertu de cette clause 67.1 si une partie s’estime qu’elle est en situation où ses droits et ses intérêts ne sont pas assurés ? Dans ce cas-là, elle peut saisir l’ingénieur soit en vertu de l’article 53.1 au moyen d’une procédure simple<sup>197</sup> ; soit en vertu de l’article 67.1 avec une procédure plus stricte. C’est à-dire que la procédure de l’article 53.1 n’est qu’une option et non une condition sine qua non du commencement de l’article 67.1.

224. Cette explication est aussi convenable à la clause 53.4 qui stipule que « *si l’entrepreneur ne respecte pas l’une ou l’autre des stipulations du présent article eu égard à toute réclamation qu’il se propose de faire, son droit au paiement au titre de ladite réclamation ne dépasse pas le montant que l’ingénieur ou tout arbitre ou arbitres nommés selon les termes de l’article 67.3 pour évaluer la réclamation considèrent comme étant prouvée par les documents contemporains* [nous le soulignons] ». À la lecture de cette stipulation, on peut comprendre que la soumission à l’article 53.1 n’est qu’une option pour l’entrepreneur qui veut recevoir un paiement supplémentaire éventuellement plus avantageux que dans la procédure de l’article 67.1. À défaut, il pourrait aller directement à cette procédure.
225. Si l’on craint que cette explication puisse conduire à la situation dans laquelle une partie peut échapper à la procédure de règlement des litiges prévue à l’article 67.1 en allant directement à la procédure arbitrale à l’article 67.3 du Livre Rouge, ce ne serait pas le cas parce que cet article 67.1 prévoit précisément que le litige de quelle nature que ce soit doit *préalablement* être porté devant l’ingénieur. Ce terme de « *préalablement* » qui n’existe pas à l’article 53.1 permet de comprendre que la procédure de l’ingénieur à l’article 67.1 est une condition sine qua non de celle de l’arbitrage. C’est la raison pour laquelle l’article 67 a exigé que lors de la naissance du litige, le demandeur

---

<sup>197</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 183: “the aim [of procedure of claim] is to ensure that the significant issues which often lead to a price increase or extension of time are addressed and solved immediately (during the realization) and not after project completion”.



doit envoyer la demande par écrit à l'ingénieur en précisant qu' « *elle est faite en vertu de l'article 67.1* » pour que l'acteur saisi puisse choisir la procédure adaptée pour répondre à cette demande.

226. À cet égard, si l'on craint que cette façon de déterminer la naissance d'un litige puisse avoir comme conséquence que l'entrepreneur ne respecte pas l'obligation du contrat prévue à l'article 53.1, cette préoccupation serait superflue puisque la procédure de l'article 53.1 permet à l'ingénieur de régler le problème en sa faveur concernant le paiement supplémentaire en appliquant une procédure beaucoup moins rigide que celle de l'article 67.1. Ainsi, pourvu qu'il ne soit pas placé dans des situations extrêmes, l'entrepreneur n'a aucune raison d'échapper à la procédure de l'article 53.1 pour aller à celle de l'article 67.1.
227. En tout état de cause, comme on le sait, « le déroulement du procès, comme le litige, sera la chose des parties »<sup>198</sup>. C'est la raison pour laquelle, pourvu qu'une partie s'estime que ses droits ou ses intérêts risquent d'être atteints, celle-ci peut engager une procédure de règlement des litiges. La mission des juges du contrat ne consiste pas à savoir s'il existe ou non un litige mais à savoir quelle est la solution donnée aux prétentions du demandeur, en appliquant les stipulations du marché et les dispositions du droit (s'il y en a).

### **Section 3. Les obligations de l'ingénieur lors du règlement des litiges**

228. À l'examen de l'article 2 du Livre Rouge 1987, l'ingénieur doit se soumettre à plusieurs exigences : demander une approbation du maître de l'ouvrage avant de prendre une mesure donnée (art. 2.1 (b)) ; sans relever l'entrepreneur de ses obligations en vertu du marché (art. 2.1 (c)) ; être impartial (art. 2.6). En contrepartie de ces obligations, l'ingénieur dispose du droit de déléguer sa mission. Mais quelles sont les obligations que l'ingénieur doit remplir lors du

---

<sup>198</sup> JACQUES NORMAND, op. cit., (note 192), p. 23.

règlement des litiges ? Cette question résulte des points contradictoires analysés ci-après.

### ***§1. Les contradictions dans les stipulations sur les obligations de l'ingénieur***

229. Comme on le sait, aux termes du Livre Rouge 1987, les missions de l'ingénieur sont nombreuses parmi lesquels le rôle de règlement des litiges prévu à l'article 67.1. Hormis le délai de règlement des litiges, aucune exigence distincte n'est prévue à l'égard de l'ingénieur dans l'exercice de ce pouvoir. D'où la nécessité d'analyser ses responsabilités prévues à l'article 2 du même Livre. Aux termes de cette clause, les points contradictoires sont les suivants :

- En premier lieu, l'alinéa d de l'article 2.6 prévoit que l'ingénieur peut prendre des mesures qui affectent les droits et obligations des parties et cette mesure peut être remise en cause en vertu de l'article 67. Ainsi le terme « affecter » signifie que l'ingénieur est en mesure d'augmenter, de diminuer ou de mettre fin aux obligations de l'entrepreneur. Pourtant, l'alinéa c de l'article 2.1 prévoit que l'ingénieur, sauf conventions précises dans le contrat, n'a pas le droit de relever l'entrepreneur de ses obligations aux termes du marché. Qui plus est, cet article 2.1 préside à l'exigence sur l'impartialité de l'ingénieur selon l'article 2.6.

- En second lieu, l'alinéa b de l'article 2.1 prévoit le cas où l'ingénieur est tenu d'obtenir une approbation du maître de l'ouvrage avant d'accomplir ses missions. Dans ce cas-là, la question se pose de savoir si le litige y afférant peut être porté devant l'ingénieur selon l'article 67. Si tel est le cas, cette stipulation de l'article 2.1 (b) oblige-t-elle celui-ci lorsqu'il tranche des litiges ?

230. En tout état de cause, lors du règlement des litiges, l'ingénieur joue le rôle d'un acteur indépendant par rapport à l'entrepreneur ainsi qu'au maître de l'ouvrage. Cela étant, il est compréhensible que les exigences de l'article 2.1 (b) et (c) ne s'appliquent pas à l'ingénieur lorsqu'il exerce la mission de

règlement des litiges en vertu de l'article 67.1. Cela peut être justifié par le fait qu'en pratique, rares sont les cas où une partie s'oppose à la décision de l'ingénieur pour ce qui concerne ses responsabilités prévues à l'article 2.1 (b) et (c). À l'inverse, l'impartialité prévue à l'article 2.6 est souvent prise comme cible par l'entrepreneur contre l'ingénieur comme nous allons l'examiner.

## **§2. L'impartialité de l'ingénieur lors du règlement des litiges**

231. L'article 2.6 du Livre Rouge prévoit que « *l'ingénieur, aux termes du marché, doit exercer son pouvoir discrétionnaire en : (a) rendant sa décision [...] Il exercera ce pouvoir discrétionnaire de façon impartiale conformément au marché en tenant compte de toutes autres circonstances* ». Ainsi, quelle est la signification de cette « *impartialité* » ? Faut-il la comprendre au sens de l'impartialité des arbitres dans la procédure arbitrale comme ce qui est prévu dans l'Arbitration Act 1996 du Royaume Unis : « *l'objectif de l'arbitrage est d'obtenir un règlement équitable des litiges par un tribunal arbitral impartial (art.1a) [...]* » et « *le tribunal arbitral agit de manière équitable et impartiale entre les parties en donnant chacune une occasion raisonnable de présenter son affaire et d'en discuter avec son adversaire (art. 33a)* ». En l'espèce, à ce sujet, une affaire de la Cour d'appel anglaise mérite d'être rappelée car le litige entre les parties concerne des désordres affectant l'ouvrage dont la construction est réalisée en conformité avec le plan approuvé par l'ingénieur. Aussi, la question de l'impartialité, de l'équité et de l'indépendance de l'ingénieur s'est posée.
232. En l'espèce, en écoutant la présentation du point de vue seulement du maître de l'ouvrage sans qu'il laisse une possibilité à l'entrepreneur d'y répliquer, l'ingénieur a rendu sa décision en l'espace de quelques jours à partir de la réception de la demande en disant que les désordres résultaient de la mauvaise exécution par l'entrepreneur non conforme au contrat. Par conséquent, ce dernier a saisi le tribunal arbitral, inter alia, pour motif d'absence d'équité dans la décision de l'ingénieur. La sentence arbitrale qui l'a débouté a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel anglaise. Bien que

l'ingénieur soit tenu d'agir de façon « équitable et impartiale », le juge a rejeté ce recours en expliquant ces conceptions d'impartialité et d'équité : « *je suis incité à être d'accord sur le fait que l'ingénieur a droit de rendre une décision en se basant seulement sur les motifs de Highways Agency [représentant du maître de l'ouvrage] et sans consultation à Amec [l'entrepreneur] [...]* » et « *ce n'est pas aux tribunaux de juger la « qualité » de la décision de l'ingénieur, a fortiori en l'absence de la réplique d'Amec* »<sup>199</sup>. Aussi, la Cour a expliqué que la conformité aux exigences des règles d'un procès équitable s'analyse à l'égard des juges ou des arbitres et non à l'égard de l'ingénieur. Ce point de vue s'inscrit dans le droit fil des précédents revendiqués par cette Cour.

233. Il est notoire que la notion d'« impartialité » est très abstraite. Or on ne l'examine que dans la situation concrète. Il résulte de ce qui précède que les juges anglais ont eu une attitude bienveillante à l'égard de l'ingénieur, ce qui est conforme à la tendance favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges aujourd'hui. Il en résulte que l'entrepreneur devrait bien évaluer sa situation avant de porter son problème devant le tribunal arbitral afin d'éviter un gâchis de temps et d'argent. Quant à l'ingénieur, étant donné qu'il est souvent partie aux côtés du maître de l'ouvrage, pour protéger sa notoriété, il est souhaitable qu'il respecte, dans la mesure du possible, les principes fondamentaux d'une procédure de règlement des litiges afin que sa décision puisse être exécutée par les parties.

### ***§3. L'impossibilité de la délégation à l'égard de la « fonction judiciaire » de l'ingénieur***

234. L'article 2.3 du Livre Rouge 1987 prévoit que « *l'ingénieur peut à tout moment déléguer à son représentant de l'ingénieur n'importe laquelle de ses*

---

<sup>199</sup> « Applying these concepts [of fairness and impartiality] to the present cas, I would be reluctant to agree that the engineer was entitled to come to his decision on basis only of Highways Agency's complaints and without any reference to Amec...(para. 82)" et "Moreover, it is not for the courts to judge the "quality" of the engineer's decision, a fortiori in absence of Amec's reponse (para. 83): voir *Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for transport*, [2005] EWCA Civ 291.

*obligations ou ses pouvoirs lui est attribués et il peut à tout moment révoquer ladite délégation... ».* Aux termes de cette stipulation, aucune limitation ne s'impose à la délégation du pouvoir de règlement des litiges.

235. Cependant, en droit, à titre d'exemple, en droit anglais, cette délégation est peu probable car le pouvoir de règlement des litiges relève de la fonction judiciaire. Cette assertion est à l'origine de la définition des juges anglais comme ce qui suit. En l'espèce, la Cour d'appel britannique<sup>200</sup> a raisonné d'ores et déjà qu'« *aux termes du contrat, si loin d'être aux côtés du maître de l'ouvrage, un comité se met en position à équidistance entre les deux parties - le maître de l'ouvrage et son cocontractant - et examine leur position ; ce comité est tenu d'examiner s'il existe ou non un non-respect par une partie des exigences légales ou contractuelles ; et si ce comité estime qu'il y a inexécution, il peut même mettre fin à la mission temporairement sans payer. Dans ces situations, ce comité exerce une fonction judiciaire [...]* ». À cet égard, la cour a aussi expliqué qu'« une fonction par laquelle un acteur, par son pouvoir discrétionnaire, oblige une partie à se conformer à un règlement donné, est quasi-judiciaire ». En se basant sur ce raisonnement, les praticiens ont confirmé que la fonction de l'ingénieur en vertu de la clause 66(1) du contrat-type de l'I.C.E relève clairement d'une fonction judiciaire<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> *Barnard and Others v. National Dock Labour Board and others*, [1953] 2. Q.B. 18, para 40: "under the provisions of the scheme, so far from the board being in the position of the employer, the board are put in a judicial position between the men and the employer and investigate them; they have to inquire whether the man has been guilty of misconduct, such as failing to comply with a lawful order or failing to comply with the provision of the scheme; and if they find against him they can suspend him without pay, or can even dismiss him summarily. In those circumstances they are exercising a judicial function [...]" ou "Its disciplinary functions required the exercise a serious discretion and were therefore quasi-judicial" (para. 26)

<sup>201</sup> C. O. Olomolaiye et P. O. Olomolaiye O, 'The validity of engineer's decisions under clause 66(1) of the ICE conditions', 1990, p. 130: "In view of the above discussion, it is now necessary to examine the nature of the engineer's function under clause 66(1). He is empowered therein to take a decision which he should convey in writing to the parties to the dispute. Thus it is clear that the engineer is carrying out a judicial function since he has to settle a dispute and state his decision in writing".

236. Comme on le sait, le rôle de l'ingénieur en vertu des cahiers de la FIDIC est à l'origine du contrat-type de l'I.C.E. Par conséquent, le rôle de règlement des litiges de l'ingénieur selon les contrats-types FIDIC relève aussi de la fonction judiciaire et ne peut donc faire l'objet d'une délégation.
237. En conclusion, hormis les obligations mentionnées ci-dessus, aucune règle précise n'est prévue à l'égard de l'ingénieur comme celle de la procédure de l'arbitrage. Cela constitue un des éléments présidant à la qualité de la décision de l'ingénieur, d'une part, et, d'autre part, à la confiance des parties à son égard. D'où la naissance du comité de règlement des litiges (en anglais : Dispute Adjudication Board : DAB) en 1999 lorsque la FIDIC a eu l'occasion de réexaminer ses publications. Ce comité fera l'objet d'études du deuxième titre de cette partie dans la présente Thèse.

### **Remarques sur la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur**

238. En ce qui concerne le rôle de l'ingénieur, à travers les analyses ci-dessus, les problèmes suivants retiennent notre attention :

#### **Sur le Livre Rouge 1987**

239. Pour déterminer le moment de la naissance du litige porté devant l'ingénieur en vertu de l'article 67.1, il est aujourd'hui préférable que la soumission d'une réclamation en vertu de l'article 53.1 ne soit plus la condition sine qua non de la procédure de l'ingénieur en vertu des articles 67.1, 2.6 alinéa d et 53.4 du même Livre.
240. En ce qui concerne l'exécution de la décision de l'ingénieur, les arbitres doivent, au préalable, veiller à l'honnêteté et la bonne foi de l'ingénieur ainsi qu'au bien-fondé de sa décision, afin d'éviter que la sentence arbitrale soit annulée par le juge étatique. Un tel cas a déjà existé dans la pratique au

Singapour en ce qui concerne la décision du comité de règlement des litiges selon le Livre Rouge 1999<sup>202</sup>. Cette issue sera donc la même pour ce qui concerne la décision de l'ingénieur.

### **Sur l'articulation du Livre Rouge 1999**

241. Le rôle de l'ingénieur de règlement des litiges ne figure plus dans ce Livre, mais dans la pratique, la partie récalcitrante s'en prévaut toujours pour le contredire. Ce faisant, il est préférable que le rôle de l'ingénieur ne soit pas stipulé dans un article intitulé « procédure de règlement des litiges ». On peut prévoir, par exemple, le rôle de l'ingénieur dans un article distinct intitulé « le claim » et par conséquent, il est possible de modifier l'article 20 du Livre Rouge 1999 avec le titre « Dispute and Arbitration » - « Différend et Arbitrage » comme cela a été le cas dans le Livre Rouge 1987 où le rôle de l'ingénieur concernant un « claim » a été mis dans une clause distincte de celle qui prévoit son rôle de règlement des litiges.

### **Quant à la faiblesse de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur**

242. En ce qui concerne ce sujet, le Professeur Philippe MALINVAUD<sup>203</sup> a conclu de manière péremptoire que : *« la faiblesse de ce système tenait à l'absence d'indépendance de l'ingénieur vis-à-vis du maître de l'ouvrage. En application de son contrat, il doit agir dans l'intérêt du maître de l'ouvrage ; comment pourrait-il soudain faire abstraction de cette obligation contractuelle pour se produire avec l'indépendance d'esprit requise pour trancher les litiges qui opposent le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. De surcroît, étant lui-même impliqué dans l'exécution du marché en sa qualité de maître d'œuvre, il arrivera souvent que la décision contestée par l'entrepreneur soit en fait celle de l'ingénieur plus que celle propre du maître*

---

<sup>202</sup> 2010 SGHC 202, le 20/7/2010: la sentence arbitrale a été annulée car elle n'a pas réexaminé le bien-fondé de la décision du Comité du règlement des litiges en vertu de l'article 20.4 du Livre Rouge 1999.

<sup>203</sup> Voir Philippe Malinvaud, « Réflexions sur le 'Dispute Adjudication Board' dans ATIAS and CATALA (eds.), *op. cit.*, (note 33), p. 242.

*de l'ouvrage ; l'ingénieur ne saurait pas être tout à la fois juge et partie ».*

Aussi selon Philippe MALINVAUD, la pratique en a rapidement tenu compte de cette faiblesse et un autre mécanisme de règlement des litiges est donc apparu dans le contrat de construction du tunnel sous la Manche. En l'espèce, l'article 67 du Livre Rouge 1987 a été modifié par un avenant avant toute exécution et aux termes duquel la clause 67 du marché transférait cette mission à un comité d'experts de cinq membres qui fera l'objet de recherche du Titre 2 qui suit.



## TITRE 2

# LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR LE *DISPUTE ADJUDICATION BOARD (DAB)*

243. Devant les critiques sur la faiblesse de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur et aussi face à la naissance d'un comité d'experts compétent pour trancher des litiges dans la pratique précitée, la FIDIC a reformulé ses cahiers en proposant un système du Dispute Adjudication Board (DAB)-le comité de règlement des litiges (CRL) que l'on peut trouver, à titre d'exemple, dans l'article 20.4 du Livre Rouge 1999 : *« si un litige de quelque nature que ce soit survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur [...], une partie peut le déférer, par écrit, au comité de règlement des litiges (CRL) pour qu'il rende sa décision, avec une copie à l'autre partie et à l'ingénieur. Cette référence doit préciser qu'elle est établie en vertu de la présente clause. »*
244. C'est la raison pour laquelle la procédure de règlement des litiges par le DAB fait l'objet de nos recherches et, avant d'entrer dans le détail de cette procédure, il convient d'identifier le DAB.

## CHAPITRE 1

### L'IDENTIFICATION DU DAB DES CONTRATS-TYPES FIDIC

245. Si l'on se fonde sur les analyses ci-dessus du Professeur Philippe MALINVAUD des faiblesses de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur, l'origine de ces faiblesses vient de l'ingénieur lui-même. Si l'on confirme que la création du DAB a pour but de les surmonter, le DAB nécessite d'être identifié dans le « miroir » qu'est l'ingénieur.

#### Section 1. Le DAB devant l'ingénieur-miroir

246. À l'examen des nouvelles versions de la FIDIC, le rôle de règlement des litiges par l'ingénieur n'y figure plus. Cela signifie que la procédure par le DAB vient en remplacement et n'est pas une procédure alternative de celle menée par l'ingénieur. Pour que ce remplacement soit efficace, le DAB doit, d'une part, répondre aux besoins spéciaux conduisant au choix de l'ingénieur dans le règlement des litiges en matière de construction (§1) et, d'autre part, disposer d'une suprématie par rapport à l'ingénieur (§2).

#### *§1. Le DAB susceptible de répondre aux besoins spéciaux des litiges en matière de construction*

247. Dans la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur, la première raison pour laquelle celui-ci est saisi tient au fait qu'il possède de bonnes connaissances techniques adaptées aux problèmes survenant en cours d'exécution des travaux<sup>204</sup>. Sur ce point, les membres du DAB sont comparables à l'ingénieur. Précisément, à titre d'exemple, les Conditions générales de la convention sur le règlement des litiges (en abréviation :

---

<sup>204</sup> Voir : La Section 1 du Chapitre 1 du Titre 1 de la présente thèse.

Conditions sur le règlement des litiges) dans l'Appendice du Livre Rouge 1999 à l'article 3 intitulé « *garantie* » fixent les critères de désignation des membres du DAB : « *leurs expériences en matière de travaux que l'entrepreneur est tenu d'exécuter en vertu du marché ; leurs expériences dans l'analyse des pièces constituant le marché ; et leur maîtrise de la langue du marché* ». Ici, les membres du DAB ne possèdent pas que des connaissances techniques mais ils acquièrent aussi des expériences dans l'analyse des pièces constitutives du contrat et qui relèvent sans doute des connaissances juridiques<sup>205</sup>.

248. Hormis cette raison, le fait que l'ingénieur est habilité du pouvoir de règlement des litiges tient au fait que celui-ci est maître de l'opération tout au long de l'exécution du marché. Sur ce point, le DAB répond aussi à cette exigence grâce à deux éléments. D'abord, conformément à l'article 2 des Conditions sur le règlement des litiges, la convention sur le règlement des litiges peut prendre effet à partir de la date d'exécution du marché qui peut être fixée, à titre d'exemple, sauf accord contraire, aux termes de l'article 8.1 du Livre Jaune, à quarante-deux jours après réception de la lettre d'acceptation de l'entrepreneur. Le DAB peut être mis en place dès le début de l'exécution des travaux. Ensuite, à l'issue de sa mise en place, le DAB est tenu de visiter le chantier en vertu de la convention des parties ou dans un intervalle de quarante jours maximum proposé par la FIDIC. De ce fait, une conclusion peut être tirée selon laquelle le DAB, comme l'ingénieur, dispose des conditions nécessaires pour actualiser les informations relatives aux événements ainsi qu'aux circonstances d'exécution des travaux.

---

<sup>205</sup> Dans la pratique, les membres du DAB possèdent beaucoup d'expériences en matière tant d'ingénierie de construction que de droit, voir le partage d'expérience de Cyril Chern : CYRIL CHERN, 'The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden', Spain Arbitration Review, Rev. Arb. vol. 2010, Issue. 9, p. 5-10: "Another benefit of Dispute Board is that the Dispute Board's member are all generally experienced in both construction engineering and the law (compare this to some courts where the only experience a judge may have had with the construction claim will be from some refurbishment project of their own that went bad). These experiences Dispute Board's members see the parties on a regular basis and allow themselves to be available to the parties if jointly agreed, to just give an informal opinion about some matter that by prompt intervention can prevent a claim from latter arising".

249. Enfin, une autre raison confortant la conclusion selon laquelle le DAB, comme l'ingénieur, satisfait aux besoins de règlement rapide des litiges pour éviter l'interruption de l'exécution des travaux, tient au délai imparti à chaque procédure. Concrètement, un délai de 84 jours à partir de la date déterminée imparti à l'ingénieur<sup>206</sup> pour prendre la décision de règlement des litiges est le même pour le DAB. Reste à déterminer quelle est la supériorité du DAB par rapport à l'ingénieur.

### ***§2. La suprématie du DAB par rapport à l'ingénieur***

250. Quant à la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur, son indépendance et son impartialité ont souvent été la cible de critique parce que l'ingénieur est nommé par une seule partie - le maître de l'ouvrage-, d'une part, et, d'autre part, celui-ci a un lien d'intérêt dans l'exécution du marché. Ces faiblesses tendent à disparaître pour le DAB au regard des stipulations le concernant comme ce qui suit.
251. En ce qui concerne l'indépendance du DAB, les Conditions de règlement des litiges prévues dans l'Appendice du marché à l'article 3 intitulé « *garantie* » prévoient que « *les membres du DAB doivent assurer et s'engager à être impartiaux et indépendants du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur et de l'ingénieur* ». On peut avoir confiance en cette indépendance avec la clause 20.3 du Livre Rouge 1999 sur la désignation des membres du DAB : « *le litige sera réglé par le DAB en conformité avec la clause 20.4 [la prise de la décision du DAB]. Les parties désigneront conjointement les membres du DAB au jour fixé dans l'Appendice pour le dossier de soumission de l'entrepreneur [...]. Si le DAB se compose de trois membres, chaque partie désigne un avec l'approbation de l'autre partie. Les parties consulteront ces deux membres déjà choisis et désignent le troisième en qualité de président du DAB* ». Ainsi, à la différence de l'ingénieur qui est désigné es qualité par une seule partie - le

---

<sup>206</sup> Au quatrième paragraphe de l'article 67.1 du Livre Rouge 1987.

maître de l'ouvrage, les membres du DAB sont *conjointement* désignés par les deux parties. Cette stipulation ne laisse aucune possibilité à l'arbitraire du maître de l'ouvrage dans la désignation d'un acteur qui tranche le litige.

252. Reste le problème de l'impartialité dans le règlement des litiges. Celui-ci est réglé radicalement grâce aux obligations des membres du DAB prévues à l'article 4 des Conditions sur le règlement des litiges dans l'Appendice du Livre Rouge 1999. Ces membres ne doivent pas :

- « *Avoir d'intérêt financier ou autre avec le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ou l'ingénieur ; ni avoir d'intérêt au contrat à l'exception du paiement en vertu de la convention sur le règlement des litiges (a) ;*

- *Par le passé, avoir été embauchés en qualité de consultant ou autre par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur ou l'ingénieur sauf information préalable et écrite au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur avant la signature de cette convention (b) ;*

- *Ils doivent informer, avant de s'engager dans la convention sur le règlement des litiges, le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et les autres membres du DAB (si il y en a), sur la base de leurs connaissances et leurs mémoires, de leur relation professionnelle ou personnelle avec n'importe quel directeur, employé du maître de l'ouvrage, entrepreneur ou ingénieur et de toute participation à l'ensemble du projet dont le contrat fait partie (c) ;*

- *Au cours de l'exécution de la convention sur le DAB, ils ne doivent pas avoir été embauchés en qualité de consultant ou autre par le maître de l'ouvrage, par l'entrepreneur ou par l'ingénieur sauf accord écrit du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur et des autres membres (s'il y en a) (d)... ».*

Si l'on revoit les litiges relatifs à l'impartialité de l'ingénieur, les mentions visées à l'article 4 précité ont servi de fondement à l'entrepreneur pour dénier la qualité de la décision de l'ingénieur. Raison pour laquelle le Livre Rouge 1987 exige que l'ingénieur soit tenu d'être impartial mais ne stipule aucune condition pour que cette impartialité soit assurée.

253. De ce qui précède, il se confirme que l'indépendance et l'impartialité dans le règlement des litiges sont susceptibles d'être assurées par le DAB de façon beaucoup plus stricte que par l'ingénieur.
254. Cependant, si la modalité de mise en place du DAB aide à le différencier de l'ingénieur, cela crée une confusion entre le DAB de la FIDIC et les autres comités qui sont aussi compétents pour trancher des litiges. À titre d'exemple, on peut citer le comité constitué en vertu du Règlement relatif aux *Dispute Boards* (DB) de la CCI, étant donné que l'article 7 de ce règlement stipule que :
- « *Le DB sera constitué conformément aux stipulations du contrat ou, dans le silence du contrat, conformément au présent Règlement (1) ;*
  - *Lorsque les parties sont convenues de mettre en place un DB conformément au présent règlement mais qu'elles ne sont pas convenues du nombre de membres du DB, le DB sera composé de trois membres (2) ;*
  - *Lorsque les parties sont convenues que le DB sera composé d'un membre unique, elles nommeront d'un commun accord le membre unique du DB [...] (3) ;*
  - *Lorsque le DB est composé de trois membres, les parties nommeront d'un commun accord les deux premiers membres du DB [...] (4) ;*
  - *Le troisième membre du DB sera proposé aux parties par les deux membres nommés du DB dans les trente jours suivant la nomination du second membre [...] (5) ».*
255. Ainsi, comment peut-on distinguer le DAB de la FIDIC des autres comités compétents pour trancher des litiges ?

## **Section 2. L'identification du DAB de la FIDIC parmi les comités compétents pour régler des litiges en matière de construction**

256. Avant d'entrer dans l'identification du DAB de la FIDIC comme comité compétent pour régler des litiges, on peut présenter ici les différentes désignations affectées à ces tels comités.

*§1. Les désignations des comités compétents pour régler des litiges*

257. À ce sujet, d'abord, au niveau international, on peut rappeler ici, à titre d'exemple, trois types de comités établis en vertu du Règlement relatif aux Dispute Boards de la CCI. Précisément, trois comités prévus successivement de l'article 4 à 6 de ce Règlement sont le Dispute Review Board (DRB), le Dispute Adjudication Board (DAB) et le Combined Dispute Board (CDB).
258. Au niveau national, on peut citer ici un comité consultatif de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics prévu à l'article 127 du Code des marchés publics français ; ou un acteur - Adjudicator en vertu de l'article 108 de la Loi anglaise sur la construction 1996 ; ou un comité de règlement des litiges en vertu de l'alinéa 2 de l'article 45 de l'Ordonnance 37/2015/NĐ-CP du 22 avril 2015 du Vietnam sur le contrat de construction, etc.
259. Enfin, au niveau contractuel, peuvent être présentés ici, à titre d'exemple, le Dispute Adjudication Board (DAB) des contrats-types de la FIDIC (à l'article 20 des 4 Livres publiés en 1999 et de Livre Or en 2008) et le Dispute Board (DB) prévu à l'article 20.2 du Livre Rose en 2005 que la Banque Mondiale exige d'appliquer aux projets de construction que celle-ci finance<sup>207</sup>. De tels comités sont nombreux en matière de construction, on ne peut pas en donner une liste ici exhaustive.
260. Si l'habit ne fait pas le moine, en l'espèce, on ne peut pas non plus identifier ces types de comités seulement sur la base de leur désignation, étant donné qu'il existe des comités dont la désignation diffère mais qui exercent les

---

<sup>207</sup> Voir aussi : JENKINS, op. cit., (note 34).

mêmes missions. À titre d'illustration, on peut citer le DAB de la FIDIC et le DB du Livre Rose et l'Adjudicator du droit anglais, précisément :

- La Loi anglaise sur la construction à l'article 108 exige que « (1) *une partie au contrat de construction a le droit de déférer au DAB un litige survenant en vertu du contrat selon une procédure en conformité avec cette section [...] ; (2) [...] le contrat doit imposer la responsabilité à l'égard de l'Adjudicator [membre(s) du DAB] d'agir avec impartialité (e) et lui octroyer le pouvoir de prendre initiative de l'assertion sur le fait et sur le droit (f) » ; (3) *le contrat doit stipuler que la décision de l'Adjudicator est obligatoire jusqu'au moment où le litige est finalement résolu par une procédure légale, par l'arbitrage (si le contrat le prévoit ou les parties ont une autre convention sur l'arbitrage) ou par un consentement. Les parties peuvent s'engager à accepter que la décision de la résolution des litiges de l'Adjudicator est définitive [...] ; (5) si le contrat ne se conforme pas aux exigences des alinéas 1 à 4, les dispositions sur le règlement des litiges par l'Adjudicator de la Loi sur le contrat de construction s'appliquent ».**

- Ces exigences se trouvent dans les contrats types FIDIC en ce qui concerne la procédure du DAB, et à titre d'illustration, au quatrième paragraphe de l'article 20.6 du Livre Jaune : « *dans le délai de quatre-vingt quatre jours après la réception de la réponse de l'autre partie ou en absence de réponse, dans le délai de cent cinq jours après la réception de la demande ou dans un autre délai susceptible d'être proposé par le DAB avec l'accord des parties, le DAB rend sa décision et en informe les parties et le représentant du maître de l'ouvrage. Cette décision est motivée en précisant qu'elle est rendue en vertu de la présente clause. Cette décision rend obligatoire aux parties et au représentant du maître de l'ouvrage qui doivent l'exécuter avec célérité nonobstant une notification de désaccord d'une partie à son égard en vertu des stipulations précitées [c'est nous qui le soulignons]... »<sup>208</sup>.*

---

<sup>208</sup> Ici, il y a une légère différence entre le Livre Jaune et le Livre Rouge 1999 car les termes « nonobstant une notification de désaccord d'une partie à son égard en vertu des stipulations précitées » ne figurent pas dans le Livre Rouge 1999. La raison tient au fait que le Livre Jaune a été publié en 2008 après le Livre Rouge 1999, la FIDIC a donc l'occasion de rectifier



261. Ainsi, les exigences de la loi anglaise à l'égard d'un Adjudicator sont remplies par les stipulations de la FIDIC. D'où la question posée : quelle est la singularité du DAB ?

**§2. L'identification du DAB par le caractère obligatoire de sa décision de règlement des litiges**

262. Cette assertion trouve sa justification dans la description de la CCI sur les comités prévue dans le Règlement relatif aux Disputes Boards : « *le Règlement de la CCI relatif aux Disputes Boards propose au choix des parties trois types de Disputes Boards différents : les « Dispute Review Boards » (DRB) qui émettent des recommandations ; les « Dispute Adjudication Boards » (DAB) qui rendent des décisions et les « Combined Dispute Boards » (CDB) qui émettent normalement des recommandations mais peuvent rendre des décisions si une le demande et qu'aucune autre partie ne s'y oppose. Un CDB représente donc une approche intermédiaire entre la méthode plus consensuelle du DRB et la méthode plus contraignante du DAB.* »<sup>209</sup> Pour comprendre de façon exacte le sens de ces termes de « *recommandation* » ou de « *décision* », les articles 4 et 5 du même Règlement sont les bonnes explications.
263. En ce qui concerne le DRB, l'article 4 prévoit que « *les DRB émettent des recommandations concernant des différends (1). À réception d'une recommandation, les parties peuvent s'y conformer volontairement mais ne sont pas tenues de le faire (2) [c'est nous qui le soulignons]. Ce point diffère de la décision du DAB en vertu de l'article 5 selon lequel « *les DAB rendent des décisions concernant des différends (1). Une décision lie les parties dès sa réception. Les parties doivent s'y conformer sans délai nonobstant toute**

---

ses publications précédentes. Cependant, ce manquement ne change pas la nature obligatoire dans la décision du DAB en vertu des Livres publiés en 1999.

<sup>209</sup> Règlement relatif aux Dispute Boards de la Chambre de commerce internationale, p. 1.

manifestation de désaccord selon le présent article 5 (2) [nous soulignons ce passage] ».

264. Ainsi, pour distinguer une *recommandation* d'une *décision*, l'élément déterminant est que l'exécution de la première appartient à la volonté des parties, tandis que celle de la deuxième s'impose aux parties nonobstant leur désaccord. Ce caractère obligatoire est aussi la caractéristique de la décision du DAB de la FIDIC, d'une part, et, d'autre part, et aussi la base sur laquelle les praticiens distinguent les comités de règlement des litiges en matière de construction en deux catégories<sup>210</sup> : l'une qui préconise la recommandation et l'autre qui rend la décision obligatoire aux parties.
265. En se basant sur ce caractère obligatoire pour les parties d'une décision rendue par un comité de règlement des litiges, on peut aussi distinguer entre le DAB de la FIDIC et certains comités du droit national. À titre d'exemple, le comité consultatif de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics en vertu du Code des marchés publics français ne donne qu'un avis qui n'a aucun effet obligatoire pour les parties<sup>211</sup>. Tel est aussi le cas du Vietnam parce que la décision rendue par le comité de règlement des litiges contient une solution de médiation dont l'exécution appartient à la volonté des parties<sup>212</sup>.
266. En guise de conclusion, le DAB en vertu des contrats-types FIDIC relève d'un conseil composé d'experts possédant des connaissances tant dans l'exécution

---

<sup>210</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 237.

<sup>211</sup> Décret No 2010-1512 du 8/12/2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, l'article 8 prévoit que : « (I) le comité notifie son avis, dans le délai de six mois, à compter de sa saisine. Ce délai peut être exceptionnellement prolongé par période d'un mois, par décision motivée du président, dans la limite d'une durée de trois mois [...]. (II) La décision prise par le pouvoir adjudicateur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire et au secrétaire du comité [...]. »

<sup>212</sup> L'Ordonnance No 37/2015/NĐ-CP du 22/4/2015 du Gouvernement sur le contrat de la construction à l'article 45 alinéa 2 (b) prévoit que « dans le délai de vingt-huit jours à partir de la réception de la conclusion de médiation du comité de règlement des litiges, si une partie n'est pas d'accord avec cette conclusion, elle peut s'y opposer et les litiges vont être tranchés par l'arbitrage ou le tribunal étatique en vertu des dispositions du droit ; dans le cas d'expiration de ce délai, aucune partie ne s'oppose à cette conclusion du comité de règlement des litiges, cette conclusion se voit être acceptée par les parties qui sont tenues de l'exécuter ». Ainsi, l'exécution de la décision du comité de règlement des litiges est en fonction de la volonté des parties et non obligatoire.

des travaux qu'en matière de contrat. Les membres du DAB sont les acteurs indépendants tant des intervenants - entrepreneur, maître de l'ouvrage et ingénieur - que du contrat. Ils exercent le rôle de règlement des litiges de façon impartiale avec le pouvoir discrétionnaire en vertu d'un règlement procédural prévu par la FIDIC. Ces attributs nous incitent sans doute à imaginer que le rôle du DAB ressemble à celui des arbitres et la procédure du DAB est à l'image de l'arbitrage.

### Section 3. Les similitudes entre la procédure du DAB et l'arbitrage

267. Il existe beaucoup de similitudes entre ces deux procédures que l'on peut les illustrer ci-après.
268. D'abord, en ce qui concerne la composition du DAB et le tribunal arbitral, la similitude tient au fait que leur nombre est souvent impair<sup>213</sup>. Le comité se compose de trois membres, chaque partie en choisit un et les deux désignés vont proposer le troisième comme président<sup>214</sup>.
269. Ensuite, en ce qui concerne la compétence des comités de règlement des litiges, si l'arbitrage est très connu pour le principe de compétence-compétence, celui-ci s'applique aussi au DAB de la FIDIC. Précisément, le Règlement procédural de la FIDIC à l'article 9 prévoit que « [...] *le DAB devrait avoir le pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il a compétence ou non à l'égard du litige saisi et si tel est le cas, la limite de sa compétence.* »
270. Enfin, en ce qui concerne l'effet de la décision de ces deux comités, les ressemblances de terminologie vont être mises en exergue dans les deux articles suivants :

---

<sup>213</sup> ATIAS and CATALA (eds.), *op. cit.*, (note 33), p. 244.

<sup>214</sup> La seule différence est que le choix d'un président du DAB devrait avoir le consentement des parties. L'article 12 et 13 du Règlement d'arbitrage de la CCI ; l'article 1451 du Code de procédure civil français ; l'article 20.2 du Livre Rouge.

**L'article 58 de la Loi anglaise de l'arbitrage :**

“1- *Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal arbitral pursuant to arbitration agreement is final and binding both [c'est nous qui le soulignons] on the parties and any person claiming through or under them; 2- This does not affect the right of person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or accordance with the provision of this parties.”*

**L'article 58 de la Loi anglaise de l'arbitrage :**

« 1- *Sauf accord contraire des parties, la sentence rendue par le tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, est définitive et oblige pour les parties [nous le soulignons] et toutes personnes qu'elles représentent ou tout ayants-causes ; l'alinéa précédent ne préjudicie pas au droit de quiconque de former un recours contre la sentence par voie d'appel ou d'un recours en révision dans le cadre de l'arbitrage ou dans les conditions prévues au présent chapitre ».*

**L'article 20. 4 du Livre Rouge 1999**

“*If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both parties, and no notice of dissatisfaction has been given by either party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding up to both parties [nous le soulignons]”.*

**L'article 20. 4 du Livre Rouge 1999 :**

« *Si la décision rendue par le DAB pour trancher un litige entre deux parties n'est pas contestée par l'une d'elles, à l'expiration du délai de 28 jours à compter de la date de sa réception, cette décision devient définitive et obligatoire pour les deux parties [c'est nous qui le soulignons]».*

271. Avec les termes de « *the decision shall become final and binding* », il est difficile de faire la différence entre la valeur de la décision du DAB et celle de la sentence arbitrale. C'est peut être la raison pour laquelle Monsieur Nicolas

GOULD a posé la question suivante dans la dixième conférence internationale annuelle du 12-16 mai 2010 à Istanbul : « *peut ou doit-on reconnaître la décision du DAB comme la sentence arbitrale ?* <sup>215</sup> » ? Avec ce qu'on a analysé précédemment en ce qui concerne la mise en place du DAB et si l'on revoit les raisons conduisant à la renonciation de la nature juridictionnelle de la décision de l'ingénieur que [...] [celui-ci] *n'étant pas un tiers à l'égard des parties du contrat ; en outre, la décision, dépourvue de toute motivation et n'apparaissant pas résulter d'un débat contradictoire, est ainsi entachée de plusieurs irrégularités manifestement contraires aux prescriptions procédurales de l'ordre public international* <sup>216</sup> », la question de Monsieur Nicolas GOULD doit - elle recevoir une réponse positive ?

---

<sup>215</sup> Nicolas GOULD, 'Enforcing Dispute Board's decision: Issues and problems', 16 mai 2010 : dans l'introduction il a posé la question que: "Should or could, a court treat a Dispute Board's decision as arbitral award?"

<sup>216</sup> C. A de Caen, 1<sup>e</sup> Ch., le 13 janvier 2004 publié sur le Rev. Arb 2004, Volume 2004, Issue 2, p. 443.

## CHAPITRE 2

### LA RECONNAISSANCE DE LA NATURE ARBITRALE DANS LA DÉCISION DU DAB DES CONTRATS-TYPES FIDIC

272. Comme on le sait, hormis les contrats-types FIDIC, la CCI a aussi publié le 28 septembre 2015 un nouveau Règlement qui aborde le mécanisme de règlement des litiges par le DAB. Qui plus est, ce mécanisme est également une procédure obligatoire en matière de construction en vertu du droit national de certains pays, et à titre d'exemple en Angleterre 1996, en Australie à partir de 1999 et en Nouvelle Zélande de puis 2002.<sup>217</sup> Cet état de chose reflète le développement<sup>218</sup> d'une telle procédure. Il en résulte que l'approfondissement sur la nature de la décision du DAB est d'autant plus significatif qu'il aide à trouver une solution pertinente pour que l'exécution de cette décision soit respectée aux fins de protection des droits et des intérêts légaux des parties, d'une part, et, d'autre part, pour que ce mécanisme réponde effectivement aux besoins de la pratique en matière de construction.
273. C'est la raison pour laquelle, devant la question de Monsieur Nicolas GOULD, bien que sa réponse trouvée dans la pratique soit négative en soulignant le caractère contractuel de la décision du DAB (Section 1), il sera plus

---

<sup>217</sup> EDWIN. H. W. CHAN, CHARLE K. L. CHAN and MARTYN J. HILLS, 'Construction industry adjudication: a comparative study of international practice', *Journal arbitral international*, vol. 22, no. 5, October 2005, p. 363-374.

<sup>218</sup> Voir aussi CYRIL CHERN, *op. cit.*, (note 205): "Since Dispute Boards started 20 years ago their use has been increasing on worldwide basis. In the last 5 years alone the statistics show that if there is an operational Dispute Board in existence on a project close to 99% of all disputes referred to it will be successfully resolved within less than 90 days and at a cost of 2% of the amount of dispute. When one reviews this statistic to results obtained through litigation or arbitration, there is no comparison e.g. the cost of filing at ICC or similar arbitration group can be as high as 12% of the amount of the claim and the time to resolution of the claim take several years".

convaincant, pour nous, de répondre en affirmant que cette décision a la nature arbitrale (Section 2).

### **Section 1. La réflexion sur le caractère contractuel de la décision du DAB**

274. Avant d'exposer les raisons qui justifient qu'il est inopportun de confirmer que la nature de la décision du DAB est contractuelle, il est nécessaire de présenter ici certains défenseurs de cette assertion.

#### ***§1. Les défenseurs de la valeur contractuelle de la décision du DAB***

275. Nous reconnaissons qu'il n'est pas rare de trouver une telle assertion comme suit :

- D'abord, on doit citer les analyses de Lukas KLEE pour qui « *la décision du DAB a, entre les parties, l'effet d'un contrat. « La partie perdante » violerait le contrat si elle ne payait pas ou ne respectait pas le délai en conformité avec cette décision* »<sup>219</sup> ; ou

- Ensuite, Jane JENKINS confirme que « *la décision du comité des litiges n'est pas une sentence arbitrale en vertu de la convention de New York, ni un jugement. En fait, cette décision n'oblige les parties que comme en matière contractuelle* »<sup>220</sup> ;

- Qui plus est, cette confirmation a été réitérée chez Axel-Volkmar JAEGER et Götz-Sebastian HÖK<sup>221</sup> que « *la décision du comité des litiges*

---

<sup>219</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), titre 11.4.2, p. 250: « A DAB decision is contractually binding with immediate effect. Thus the "losing party" will be in breach of contract if it were not to pay/grant time in accordance with the DAB decision".

<sup>220</sup> JENKINS, *op. cit.*, (note 34), au premier paragraphe du titre [A], p. 115: "The dispute board decision is an arbitral award capable of enforcement under the New York Convention, nor does it have the status of court judgment. Instead, the decision is binding only as a matter of contract between the parties."

<sup>221</sup> JAEGER and HÖK, *op. cit.*, (note 32), p. 397 : « The adjudicator's decision is neither an arbitral award capable of enforcement under the New York Convention, nor does it have the status of a court judgment. Instead, the decision is binding only as a matter of the contract between the parties. Failure to comply with a temporarily binding adjudication decision constitutes breach of contract and the appropriate method of enforcement an adjudicator's decision is by way of an action for breach of contract unless ruled otherwise by national law".

*n'est pas une sentence arbitrale selon la convention de New York, ni un jugement. En fait, cette décision n'oblige les parties que comme en matière contractuelle. Le refus de se conformer à une décision obligatoire à titre provisoire constitue une violation du contrat et la solution prise dans la décision du DAB sera mise à exécution à l'instar d'un procès pour l'inexécution du contrat sauf convention contraire ou autres dispositions du droit national ».*

276. Ainsi, les contrats-types prévoient avec précision deux mécanismes de règlement des litiges, l'un relève de la procédure du DAB et l'autre s'appelle arbitrage. Par conséquent, la confirmation selon laquelle la décision du premier n'a pas une nature arbitrale va de soi. Cependant, cette confirmation nous rappelle une scène de même nature pour l'arbitrage dans l'histoire qu'il ne faut pas aujourd'hui réitérer.

***§2. La nature contractuelle dans la décision du DAB et le mauvais exemple de l'arbitrage dans l'histoire***

277. Le problème d'ériger la décision du DAB en sentence arbitrale nous a incités à creuser l'histoire de l'arbitrage pour ce qui concerne la reconnaissance et l'exéquatur d'une sentence arbitrale. Grâce à ce travail, nous découvrons que dans l'histoire, celle-ci a été seulement reconnue comme un acte contractuel.

***A. La sentence arbitrale déjà considérée comme un acte contractuel dans l'histoire***

278. Ce sujet est justifié dans les études de J. MOUTON selon lesquelles « pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine a enseigné que la sentence arbitrale était un contrat, une convention et ne constituait pas un acte de juridiction ». Aussi selon lui, les arguments et les raisons que les auteurs de cette époque évoquent sont que : « les arbitres ne tiennent pas leur mission de puissance publique, qu'il leur manque pour être des juges l'investiture du Chef de l'État et la délégation d'une portion de la puissance publique ; que les arbitres sont les mandataires des parties. C'est d'elles qu'ils reçoivent leurs pouvoirs, par le



*compromis ; que la sentence arbitrale est la conséquence du compromis avec laquelle elle fait corps et qui lui communique sa nature contractuelle. Elle est une convention que les parties sont souscrites entre elles par l'intermédiaire des arbitres leurs mandataires communs ; et que cette convention devient la loi des parties (art. 1134 C. civil), si elle est exécutoire c'est parce que les parties se sont engagées en signant le compromis à exécuter la décision prise par leurs mandataires communs, ce n'est pas parce qu'elle est un jugement ».*<sup>222</sup>

279. De ces analyses, se dégagent trois argumentaires qui fondent la nature contractuelle de la sentence arbitrale dans l'histoire et qui sont les suivants : le premier a trait à l'absence de rôle de la puissance publique ; le deuxième tient au statut de mandataire des arbitres ; et le troisième s'explique par le fait que l'arbitrage est prévu par la clause compromissoire. Cependant, à présent, ces références n'ont pas changé pour l'arbitrage mais la sentence arbitrale n'est plus un acte contractuel et à l'inverse, elle est considérée comme une décision juridictionnelle qui fait l'objet d'une reconnaissance et de l'exéquatur avec célérité et facilité. Cela signifie qu'il n'est plus adéquat si l'on emploie une nouvelle fois lesdits argumentaires pour caractériser la nature arbitrale d'une décision donnée de règlement des litiges comme par exemple celle du DAB.
280. Ainsi, pour quelle raison les experts contemporains persistent-ils dans la confirmation de la nature contractuelle de la décision du DAB ?

***B. Les raisons conduisant à la considération de la nature contractuelle de la décision du DAB***

281. Pour éviter les arguments réfutés ci-dessus, les experts contemporains se réfèrent à plusieurs autres raisons afin de dénier la nature arbitrale dans la décision du DAB comme ce qui suit.

---

<sup>222</sup> J. MOUTON, *op. cit.*, (note 89), p. 35.

### 1. L'absence de dénomination d'arbitrage à l'égard du DAB par les parties

282. Cette raison peut se trouver dans les analyses de Ch. JARROSSON que « [...] Dans ces cas assez nombreux, les parties elles-mêmes semblent avoir exclu la qualification d'arbitrage, tout simplement parce qu'elles ont prévu une procédure préalable faisant intervenir un tiers qu'elles ont stipulés en suite, pour le cas où le différend persisterait, une clause compromissoire en bonne et due forme. L'existence d'une véritable procédure d'arbitrage exclut qu'en amont, il puisse y avoir un autre arbitrage; on pourrait donner une règle d'interprétation ainsi libellée : « arbitrage sur arbitrage ne vaut » [nous le soulignons]. On cite à ce sujet le règlement de déféré - pré-arbitral de la CCI, la clause de règlement des différends FIDIC [...] laquelle spécifiait que la décision du panel d'expert n'avait pas de valeur juridictionnelle »<sup>223</sup>. Cependant, cette exclusion de la nature arbitrale du DAB est susceptible de discussion avec respect comme suit.

- D'abord, la dénomination, par les parties, d'une procédure du DAB ne signifie pas que l'on dénie le caractère arbitral de cette procédure. En effet, la Cour de cassation<sup>224</sup> française a d'ores et déjà jugé que « la qualification d'un tiers chargé d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes ou de la qualification employée par celles-ci mais ressort de la mission à eux confiée »<sup>225</sup>. C'est pourquoi, même lorsque les parties ne désignent pas le DAB dans une convention intitulée la clause d'arbitrage, cela ne suffit pas pour affirmer que la procédure du DAB n'est pas arbitrale.

- En ce qui concerne la règle « arbitrage sur arbitrage ne vaut », cette règle est mise en échec par l'article 1489 du CPC français qui dispose que « la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». Ainsi, si les parties souhaitent faire appel d'une sentence arbitrale,

---

<sup>223</sup> CHARLES JARROSSON, 'Les frontières de l'arbitrage', Revue de l'Arbitrage, vol. 2001, Issue 1, p. 5-42.

<sup>224</sup> Cass. Req., 31 mars 1862 : DP 1862, 1, P. 242.

<sup>225</sup> Ce critère est celui retenu de façon constante par la Cour de cassation français, voir :LOQUIN, *op. cit.*, (note 16), p.8.

elles en ont la possibilité et dans ce cas-là, il y aurait arbitrage sur arbitrage. À titre d'exemple, au Vietnam en 2008, ce cas a existé dans une affaire dans laquelle deux parties se sont mises d'accord sur le fait que « les arbitres japonais peuvent réexaminer la sentence du tribunal arbitral vietnamien saisi d'un recours contre la décision du DAB<sup>226</sup> ». Ce droit d'appel n'est pas non plus exclu par le droit d'arbitrage britannique à l'alinéa 1 de l'article 58 selon lequel « sauf convention contraire des parties, la sentence rendue en vertu de la convention d'arbitrage a autorisé de chose jugée entre les parties et toutes personnes qu'elles représentent ou tous ayants-cause »<sup>227</sup>. De façon plus claire, on peut le trouver dans les termes de l'International Arbitration Act du Singapour dans l'affaire la plus récente en 2015 de la Cour suprême du Singapour<sup>228</sup>. Par son importance, la section 19B sur l'effet de la sentence arbitrale de ce texte nécessite d'être présentée dans son intégralité comme suit :

*“(4) This section shall not affect the right of a person to challenge the award by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provision of this Act or the Model Law”*

*« (4) Cette section n'influe pas sur le droit de celui qui conteste une sentence arbitrale en recourant à une procédure arbitrale d'appel ou en demandant de la revoir ou en vertu des dispositions de la présente Loi ou de la Loi-type ».*

En l'espèce, en se basant sur les termes de cette section, une partie - le maître de l'ouvrage - a argué que la sentence qui fait exécuter la décision du DAB ne devient pas définitive. C'est la raison pour laquelle il existe la thèse

---

<sup>226</sup> Voir la décision du DAB du 24 décembre 2008 que nous avons collecté par nous même.

<sup>227</sup> Article 59: “1-Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them”.

<sup>228</sup> [2015] SGCA 30 du 27 mai 2015. Dans cette affaire, la question sur l'appel à l'égard d'une sentence arbitrale a fait l'objet d'une discussion animant qui fera l'objet des analyses dans la Partie sur la procédure de l'arbitrage de la présente thèse.

selon laquelle « *le tribunal arbitral ne soit conçu que, [selon les contrats-types FIDIC], comme une sorte de deuxième instance* »<sup>229</sup>.

## 2. *L'absence de respect du principe de la contradiction par le DAB*

283. Comme on le sait, « *l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exercice de la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »<sup>230</sup>. À cet égard, cette mission est étayée par un principe privilégié de contradiction qui est l'origine d'un doute sur son non-respect dans la procédure du DAB. D'où l'indétermination de la nature arbitrale de celui-ci<sup>231</sup>. Pourtant, ce point de vue se heurte aux obstacles ci-après.

284. En premier lieu, les Conventions de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et aussi de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial, ne prévoient pas précisément que soit refusée la sentence arbitrale si le tribunal arbitral ne respecte pas le principe du contradictoire. D'où une question posée : ce principe est-il inclus dans la notion d'ordre public prévue à l'alinéa 2(b) de l'article 5 de la Convention de New York selon laquelle cette notion d' « ordre public » s'entend en vertu du droit des pays qui reconnaissent et font exécuter la sentence arbitrale. Ainsi, quel est le contenu des droits nationaux en la matière ?

Pour ces droits nationaux, à titre d'exemple, aux termes de l'article 1520 du CPC français, il est fait référence au non-respect de l'ordre public

---

<sup>229</sup> Voir : ASA BULLETIN, *op. cit.*, (note 93), p. 839.

<sup>230</sup> Guy KEUTGEN (ed.), *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles : Bruylant, 2008 (Éditions Juridiques Bruylant), p. 361.

<sup>231</sup> « Les particularités tenant au caractère juridictionnel de mission des arbitres sont étayées par un arsenal de notes, il faut privilégier les principes de contradiction. Certes, on l'a vu, les notions voisines de l'arbitrage ne fonctionnent pas sans garanties, mais c'est par un effet de trompe-l'œil que l'on a pu dire parfois que les mêmes règles de procédure sont applicables », voir : CHARLES JARROSSON, *op. cit.*, (note 223), para. 22. Qui plus est, à la Conférence organisée à Paris sur L'arbitrage commercial international par la Confédération nationale des avocats (CNA) le 16 juin 2017, interpellé sur la règle « arbitrage sur l'arbitrage », Maître Juan Antonio Cremades, Vice président de la CNA a répondu que cette règle était tout à fait possible si les parties s'en accordaient.

pour annuler une sentence arbitrale comme un motif distinct du non-respect du principe du contradictoire. Il en résulte donc que ce principe du contradictoire n'est pas d'ordre public en matière d'arbitrage. Il en est de même dans le droit vietnamien sur l'arbitrage<sup>232</sup>. À cet égard, bien qu'on puisse, aux termes de l'alinéa 4 de cet article 1520, annuler une sentence arbitrale pour non-respect du principe du contradictoire, l'article 1522 du même code autorise les parties à y renoncer par une convention. Il en résulte que le respect du principe du contradictoire relève du droit des parties mais ne constitue pas une obligation.

285. En deuxième lieu, la thèse selon laquelle le DAB ne respecte pas le principe du contradictoire n'est pas bien fondée. Ainsi qu'analyse le professeur Ali YESILIRMARK, « [...] *une décision du DAB peut être considérée comme une détermination des experts [...] tous les arbitres et les experts devraient observer le droit procédural fondamental des parties (par exemple rendre aux parties le droit d'être entendues)* »<sup>233</sup>. Encore plus flagrant, selon Philippe MALINVAUD, dans son article sur les réflexions sur le Dispute Adjudication Board, « *on s'accorde à reconnaître que, bien qu'il ne s'agisse pas d'un arbitrage, il convient de respecter les grands principes de procédure, spécialement le principe du contradictoire* »<sup>234</sup>.
286. En dernier lieu, l'affirmation que le DAB ne respecte pas le principe du contradictoire n'est pas bien fondé, étant donné que ce principe s'impose aussi au DAB aux termes du Règlement procédural pour le DAB à l'article 5

---

<sup>232</sup> Selon le droit de l'arbitrage commercial du Vietnam, parmi les raisons causant l'annulation de la sentence arbitrale, aucune disposition n'aborde le principe contradictoire. En plus, au Vietnam, la sentence arbitrale peut être annulée à cause de la violation des principes fondamentaux du droit vietnamien mais cette notion de « principes fondamentaux » ne diffère en rien de la notion d'« ordre public », (voir : VAN DAI DO and MAI HONG QUY, *Tư pháp quốc tế Việt Nam : quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài*, Nhà Xuất Bản Chính Trị Quốc Gia, 2010, p. 288).

<sup>233</sup> ALI YESILIRMARK, *op. cit.*, (note 149) : « [...] Decision of Dispute Review Board or Dispute Adjudication Board can be considered expert determination [...]. Both arbitrators and experts should comply with fundamental procedure right of the parties (for instance providing the parties the right to be heard) [...] ».

<sup>234</sup> Voir : Philippe MALINVAUD, « Réflexions sur le « Dispute Adjudication Board » », dans ATIAS and CATALA (eds.), *op. cit.*, (note 33), p. 248.

l'alinéa 2 que : « *le DAB doit agir de façon impartiale et en équité entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur en laissant chacun d'entre eux une occasion de présenter ses situations et de répondre à l'affaire de son adversaire* ».

### 3. *Le non-règlement des questions de droit par le DAB*

287. Ces raisons ôtées, pour objecter la nature arbitrale de la décision du DAB, un autre élément déjà appliqué à l'arbitrage dans l'histoire figurant aussi dans le sens du raisonnement de Charles JARROSSON concerne l'absence de question de droit dans les litiges portés devant le DAB, précisément : « *le critère tiré de la distinction entre résolution d'une question de fait et d'une question de droit est parfois utile pour distinguer la mission de l'expert qui se prononcerait seulement sur une question de fait et celle de l'arbitre, qui non seulement connaît des faits mais en tire les conséquences juridiques et donc tranche une question de droit* »<sup>235</sup>. À cet égard, plus récemment, le juge français a déjà jugé, dans le but de distinguer entre l'arbitrage et une autre procédure par le tiers, que « *les tiers désignés par les parties ont reçu de celles-ci mission non pas d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais de procéder sur élément de fait à un constat s'imposant aux parties [...]* ». Cet état de chose permet d'expliquer que pour que sa décision soit de même nature qu'une sentence arbitrale, le DAB devrait trancher des litiges touchant aux questions de droit<sup>236</sup>. Se pose donc la question de savoir si le pouvoir du DAB est limité aux seules questions de fait.
288. En ce qui concerne le pouvoir du DAB, à titre d'illustration, l'article 20.4 du Livre Rouge 1999 stipule que « *si un litige quelle que soit sa nature surgit entre les parties ou hors du contrat de construction ou au cours de son*

---

<sup>235</sup> CHARLES JARROSSON, *op. cit.*, (note 223), para. 31.

<sup>236</sup> Cette situation existait dans l'histoire de l'arbitrage classique: « Ce modèle classique: les différends qui étaient soumis aux arbitres des associations de branches relevaient dans leur immense majorité de problèmes de faite (qualité des graines, délais de livraison, retard de paiement, ect.) », voir dans Claire LEMERCIER and Jérôme SGARD, Arbitrage privé international et globalisation(s) : rapport final, Paris : Mission de recherche Droit et justice, 2015, p. 138.

*exécution [...] par écrit, chaque partie peut le soumettre au DAB pour qu'il rende sa décision [...] ».* Par cette stipulation, le pouvoir du DAB n'est pas enfermé dans la question de fait.

289. De surcroît, il est difficile de déterminer qu'un litige relève, soit seulement d'une question de droit, soit seulement d'une question de fait. Ainsi, qu'analyse Jean-Louis SABLON<sup>237</sup> : « *le litige relatif à un dommage ou un désordre de construction comporte généralement des aspects juridiques et des aspects techniques. Ici, les aspects juridiques sont de deux ordres : « 1- les aspects purement juridiques qui peuvent, sauf exception, être réglés sans recours à un technicien : l'interruption de la prescription, la qualification, la garantie de l'assureur et bien d'autres. 2- Les aspects mixtes dont la solution juridique dépend d'une question technique.* » À ce propos, en pratique, a observé Philippe MALINVAUD, dans le tunnel sous la Manche, l'ingénieur dans le rôle prévu par l'article 67 du Livre Rouge 1987 a été remplacé par un comité de règlement des litiges, la plupart des litiges concernent la manière d'expliquer les stipulations du marché et non pas les questions techniques. Aux yeux des experts de ce comité, il s'agissait de « *droit* », en fait du « *contractuel* », et en tout cas, d'une manière relevant de la compétence du juriste. Plus généralement, « *le comité peut être ramené à trancher des points de droit et il a compétence pour le faire* »<sup>238</sup>.
290. À cet égard, nous avons du mal à voir le bien-fondé de la conclusion selon laquelle la question de fait ou de droit peut être l'élément qui détermine la nature juridictionnelle de l'arbitrage par deux motifs. D'abord, selon Monsieur Justice DEULIN comme pour le Professeur Eric LOQUIN, c'est un argument défendu avec justesse, « *un juge ou un arbitre qui aurait possédé un plein*

---

<sup>237</sup> SABLON, op. cit., (note 122).

<sup>238</sup> Dans cette affaire, « le marché du tunnel sous la Manche renvoyait de manière très originale aux principes communs à la fois du droit anglais et français et en l'absence de tels principes communs, aux principes généraux du droit du commerce international tels qu'appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux », voir : Philippe Malinvaud, « Réflexions sur le 'Dispute Adjudication Board' », dans ATIAS and CATALA (eds.), op. cit., (note 33), No. 9, p. 244,

*pouvoir juridictionnel aussi bien en fait qu'en droit, aurait disposé de tout l'affaire en beaucoup moins de temps qu'il aurait fallu pour que l'arbitre se prononçât d'une part sur les faits, et le juge, d'autre part, sur le droit* [c'est nous qui les soulignons] »<sup>239</sup>. Ainsi, dès lors que les questions posées sont celles de fait, cela ne préside pas au pouvoir juridictionnel de l'acteur qui en est saisi. Ensuite, quelle que soit la question de fait ou de droit soumise au DAB ou au tribunal arbitral, la décision qui y répond et affecte les droits et les intérêts des justiciables doit être respectée et exécutée.

291. De tout ce qui a été discuté ci-dessus, bien que les raisons auxquelles il est fait référence ne soient pas absolument les mêmes, afin de déterminer la nature contractuelle à l'égard tant de la procédure du DAB que de l'arbitrage dans le passé, ce phénomène d'affirmation de la nature contractuelle de la procédure du DAB a-t-il emprunté le chemin de l'arbitrage dans l'histoire comme mauvais exemple qu'il ne convient pas aujourd'hui de réitérer ? Peut-on se tourner vers une autre direction supposée ci-dessous ?

## **Section 2. La pertinence dans la reconnaissance de la nature arbitrale dans la décision du DAB**

292. Comme nous l'avons bien connu, aujourd'hui, existent deux types d'arbitrage : en équité et en droit. À titre d'exemple, le CPC français prévoit : « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* (art. 1478, pour l'arbitrage interne) ; et « *le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission* » (art. 1512 pour l'arbitrage international). Ce sens existe aussi dans le Règlement d'arbitrage de la CCI à l'alinéa 3 de l'article 21 que « *le tribunal arbitral statue en amiable compositeur ou décide ex aequo et bono, seulement si les parties sont convenue de l'investir de tels pouvoirs* ». Ainsi, si l'on veut reconnaître la

---

<sup>239</sup> ERIC LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies Techniques Paris, 1980 (vol. 7), p. 106, No 190.



nature arbitrale de la procédure du DAB, faut-il la considérer comme arbitrage en équité ou en droit ?

**§1. L'insuffisance de fondement pour la reconnaissance de la nature arbitrale en droit de la procédure du DAB**

293. Même s'il existe plusieurs points communs avec la procédure arbitrale, il est difficile de conclure de manière péremptoire que le DAB tranche les conflits en appliquant les règles de droit de façon omnisciente et ce, pour les motifs qui suivent.

294. D'abord, comme nous le savons, pour régler des problèmes de droit, il faut connaître le droit. Et pourtant, ceci n'est pas exigé avec précision dans les stipulations de contrats-cadres de la FIDIC. Cela peut être justifié par la clause sur l'obligation de garantie des membres du CRL (à titre d'exemple, selon l'article 3 des Conditions sur règlement des litiges du Livre Or) mentionnée dans son intégralité ci-dessous :

*The member warrants and agrees that he/she is and shall be impartial and independent of the Employer, the Contractor and the Employer's Representative. The member shall promptly disclose, to each of them and to the Others Members (if any), any fact or circumstance which might appear inconsistent with his/her warranty and agreement of impartiality and independence.*

*When appointing the Member, the Employer and the Contractor relied upon the Member's representations that he/she is: (a) experienced in the*

*Chaque membre garantit et s'engage qu'il/elle est ou sera impartial(e) et indépendant(e) à l'égard de l'employeur, de l'entrepreneur et des représentants du maître de l'ouvrage. Il informe sans délai les autres membres et les parties de tous éléments qui lui paraîtront contraires à sa garantie et aux principes d'impartialité et d'indépendance. Lors de la désignation du membre, l'employeur et l'entrepreneur veillent à ses qualités, à savoir : (a) l'expérience professionnelle en*

*work which the Contractor is to carry out under the contract; (b) experienced in the interpretation of contract documentation; and (c) fluent in the language for communications which is stated in the Contract Data.*

*matière d'exécution des travaux que l'entrepreneur est tenu de réaliser en vertu du contrat ; (b) celle en matière d'interprétation des documents contractuels ; et (c) la bonne connaissance de la langue définie dans le contrat.*

295. Aux termes de cette clause, aucune connaissance du droit n'est exigée précisément des membres du DAB. Il serait donc difficile de faire confiance à une solution juridique donnée par le DAB dont les membres ne possèdent pas forcément de connaissances juridiques. Il en résulte que la décision du DAB ne peut pas se définir comme une sentence arbitrale en droit.
296. Tel était le cas de l'arbitrage des années avant 1927, époque où l'exequatur de la sentence arbitrale n'était pas encore automatique comme de nos jours. Nous voyons qu' « en 1927, la liste des arbitres, membres de la CCI, comptait 161 noms issus de 20 pays différents, dont seulement 17 mentions de professions ou qualités juridiques »<sup>240</sup>. Aussi, à cette époque, puisque ses membres ne possèdent pas de connaissances juridiques, le tribunal arbitral était jugé incapable de trancher les litiges de droit. Raison pour laquelle, à cette époque-là, la sentence arbitrale ne pouvait pas encore obtenir l'exéquatur aisément comme de nos jours.
297. Selon ses expériences au Vietnam, l'arbitre Van Dai DO rapporte qu'actuellement il n'est pas rare que les arbitres ne soient pas des experts juridiques<sup>241</sup>. À cet égard, suivant Andrew de LOTBINIÈRE MCDUGALL et Paul GIRAUD, « l'expérience montre que le choix d'un juriste est un atout

---

<sup>240</sup> LEMERCIER and SGARD, *op. cit.*, (note 236), p. 45 et 90.

<sup>241</sup> Doyen de la Faculté de droit civil de l'Université de droit de Ho Chi Minh ville du Vietnam - et Arbitre du Centre d'arbitrage commercial international du Vietnam.

majeur »<sup>242</sup>. Cependant, même lorsqu'il y a les membres non juristes dans le tribunal arbitral, celui-ci doit trancher des litiges selon les règles de droit sauf convention contraire des parties. Cette obligation est prévue dans la législation de la plupart des pays dans le monde<sup>243</sup>. Pourtant, une telle obligation n'est pas exigée pour le DAB même si, en Angleterre, la résolution des litiges par celui-ci est une procédure obligatoire en matière de construction. Qui plus est, bien que les parties n'interdisent pas le DAB de trancher les litiges en application des règles de droit, la reconnaissance de la nature arbitrale en droit à l'égard de sa décision pourrait être risquée si les membres du DAB ne sont pas juristes.

298. Peut-on dans ces conditions affirmer que le DAB joue le rôle de l'arbitrage en équité ?

***§2. Le fondement pour ériger la procédure de règlement des litiges par le DAB en arbitrage ex aequo et bono***

299. Pour le confirmer, il convient de savoir quel élément fonde vraiment la nature arbitrale et, par conséquent, l'arbitrage en équité ?

***A. Les éléments caractérisant la nature arbitrale***

300. À ce sujet, il convient de présenter ici un argumentaire vraiment convaincant de Messieurs FOUCHARD, GAILLARD ET GOLDMAN - trois experts éminents du droit français de l'arbitrage, lors de la comparaison entre l'arbitrage et l'expertise dans le Traité sur l'arbitrage commercial international (p.22) : « [...] *si les parties confient à un tiers qu'elles appellent un pouvoir de décider (soit pour trancher des litiges, soit pour procéder à l'évaluation d'un bien ou d'un dommage), ce tiers n'ayant plus une mission purement consultative est en réalité soit un arbitre, soit - en absence de*

---

<sup>242</sup> Béatrice BLOHORN-BRENNEUR et Paola CECCHI DIMEGLIO, Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement de conflit, Bruxelles : Editions Larcier, 2014, p. 1140.

<sup>243</sup> Voir Note 195 de la présente Thèse.

*contestation - un mandataire commun* ». Au sens de ce paragraphe, deux éléments composant l'arbitrage : un tiers qui a le pouvoir de décider et un litige. Selon les contrats-types FIDIC, il est notoire que le DAB est un tiers qui est habilité du pouvoir de règlement des litiges. Il mérite donc d'être arbitre. Reste à déterminer quelle raison permet de confirmer que le DAB joue le rôle de l'arbitre qui tranche les différends en équité.

### ***B. Les éléments de garantie d'un arbitrage en équité***

301. La réponse à cette question se trouve dans la définition d'« équité » de Hervé ASCENSIO selon laquelle « *l'équité n'est ici rien d'autre que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge, optant pour celle des solutions possibles qui lui paraît la plus acceptable, sans effort de justification par un argument rationnel - comme une technique d'interprétation - ou un argument juridique - comme un précédent jurisprudentiel* ». <sup>244</sup> Ce pouvoir discrétionnaire est attribué au DAB à l'article 10 (d) du Règlement procédural de la FIDIC selon lequel « *le DAB est habilité à prendre l'initiative de donner une assertion sur les questions dont il est saisi pour prendre sa décision* ». C'est la raison pour laquelle la procédure de règlement des litiges du DAB mérite d'être érigée en arbitrage ex aequo et bono.
302. Si tel est le cas, on peut poser la question sur la situation dans laquelle existent deux procédures arbitrales en vertu des contrats-types FIDIC. Cette situation peut être expliquée grâce aux sens des analyses sur l'équité dans le jugement de M. Christophe ALBIGÉS, précisément : « *la présence de l'équité dans le jugement [...] est généralement représentée sous la forme du syllogisme judiciaire classique. Celui-ci suppose que le raisonnement du juge part du texte, la majeur, puis ensuite, prend en considération des faits, la mineure, et enfin, adopte une conclusion qui correspond à la décision du juge [...] quand le juge opère par une inversion du syllogisme, il apprécie les éléments de l'espèce en optant pour un jugement a priori et ce n'est qu'a posteriori qu'il*

---

<sup>244</sup> Voir : Hervé ASCENSIO, « Équité et justice international », dans Marie-Luce PAVIA and UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (eds.), *L'équité dans le jugement*, Paris : Harmattan, 2003 (Logiques juridiques), p. 23.

*va appliquer une règle de droit qui sera non seulement conforme au jugement initial, mais aussi qui leur permettra de lutter contre une solution inéquitable »<sup>245</sup>.*

Ainsi, si l'on suit ce raisonnement, il y aura deux étapes : au stade de l'« *a priori* », c'est le rôle du DAB d'apprécier l'équité de l'affaire et au stade de l'« *a posteriori* » c'est la juridiction étatique ou arbitrale du droit qui appliquera les règles de droit pour cette affaire. Concrètement :

- Les membres du DAB usent de leur pouvoir discrétionnaire (selon leurs connaissances techniques et juridiques ainsi que aussi leurs informations acquises lors de la visite des travaux ; des arguments et des épreuves présentés par les parties) en rendant, avec leur indépendance et impartialité, une décision concernant un litige qui leur est soumis ;

- Une des parties s'opposant à cette décision peut recourir au tribunal étatique ou arbitral en droit et celui-ci va examiner *sa conformité en appliquant les règles de droit*.

303. L'on peut craindre que cette explication ne soit pas d'autant plus pertinente que la procédure du DAB ne répond pas aux garanties d'un arbitrage en équité, précisément les principales garanties du procès équitable<sup>246</sup> : indépendance, impartialité de l'arbitre, célérité, loyauté et caractère contradictoire de la procédure. Cette préoccupation n'est pas nécessaire pour des raisons suivantes :

- D'abord, en ce qui concerne les exigences sur l'impartialité, la célérité, la loyauté et le respect du principe du contradictoire, on doit confirmer que la procédure du DAB peut les satisfaire car, précisément, l'article 5 du Règlement procédural de la FIDIC prévoit que « *le DAB doit agir en équité et en impartialité entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur en*

---

<sup>245</sup> Voir : Christophe ALBIGÉS, « L'équité dans le jugement-Étude de droit privé », dans Ibid, p. 114.

<sup>246</sup> Voir les analyses sur les garanties d'un arbitrage équitable de Serge GUINCHARD (ed.), Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable, 5e éd, Paris : Dalloz, 2009 (Précis Dalloz Droit privé), No 617-623, p. 1265-1281 ; Voir aussi GEORGES BOLARD, 'Les principes directeurs du procès arbitral', Revue de l'Arbitrage, vol. 2004, no. 3.

*donnant à chaque partie la possibilité adéquate de présenter son problème et pour répliquer à l'autre (a) ; adopter la procédure de résolution des litiges en évitant tous les retards ou les coûts inutiles ». Quant à l'indépendance du DAB, elle a été bien justifiée dans le chapitre précédent à propos de la constitution du DAB. Il sera donc déraisonnable de douter de l'équité dans le règlement des différends par le DAB. Cela a été confirmé par Axel-Volkmar JAEGER et Götz-Sebastian HÖK. Bien que ceux-ci ne reconnaissent pas la nature arbitrale de la procédure du DAB, ils ont souligné que « *durant le processus de prise de décision, le DAB est lié par le contrat de construction et le règlement procédural attaché au service de la résolution des différends. Selon ce contrat-cadre, le DAB doit respecter la règle de la justice naturelle et équité [...] Il est autorisé à trancher des litiges ex aequo et bono plutôt qu'en appliquant les règles de droit. Cela ne résulte pas de la nature du conflit, ni de l'insuffisance de droit international mais seulement de la décision ou du consentement des parties pour obtenir une telle résolution* »<sup>247</sup>.*

- Ensuite, en ce qui concerne l'application des principes directeurs d'un procès à l'arbitrage, à titre principal, l'article 1464 du CPC français prévoit : « *à moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. Toutefois, sont toujours applicables [c'est nous qui le soulignons] les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1* ». Ainsi, les termes « *sont toujours applicable* » et non « *doit appliquer* » de cet article laissent entendre que les principes directeurs du procès peuvent être appliqué à l'arbitrage mais cette application n'est pas une obligation.

---

<sup>247</sup> JAEGER and HÖK, *op. cit.*, (note 32), p. 399: "During the whole decision making-process the DAB is bound to the construction contract and appended procedure rules for Dispute Adjudication. According to this contract framework the DAB shall comply with rules of natural justice and fairness. Thus DAB shall hear the parties, take evidences if necessary and inform the parties about its proper investigations and methods which are indented to be applied. [...]. It is submitted that the settlement of the dispute ex aequo et bono (Latin for "according to right and good or "from equity and conscience") rather than on the basic of law, result neither from the nature of dispute, nor from lacunae in international law but only from the decision or agreement of the parties to reach such resolution".

- Or, dès lorsque cette obligation est réputée exister, la Cour d'appel de Paris a d'ores et déjà jugé que : *« la clause d'amicable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer des conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige »*<sup>248</sup>. Ainsi, pour favoriser la nature arbitrale dans la décision du DAB, on peut considérer que celui-ci applique avec souplesse les principes directeurs du procès lors du règlement des litiges. Ce raisonnement peut trouver son fondement grâce à une leçon sur la technique de reconnaissance de l'arbitrage en amiable composition dans l'histoire.

### ***C. La leçon dans l'histoire sur la technique de reconnaissance d'un arbitrage en amiable composition***

304. Cette leçon se trouve dans les recherches sur l'amicable composition en droit comparé et international d'Éric LOQUIN - expert illustre en matière d'arbitrage - dont on peut résumer les idées à titre principal comme suit :

- Comme on a approfondi dans la section sur les facteurs propices à la floraison des modes alternatifs de règlement des conflits en matière de construction, grâce à ceux-ci, les parties au litige peuvent préserver les intérêts dans l'avenir d'une part, et, d'autre part, parvenir à une solution plus rapide, plus souple, moins exacte en droit mais plus satisfaisante et aussi plus efficace en fonction de la nature des litiges. Cela a été indiqué par Éric LOQUIN en ce qui concerne l'arbitrage en amiable composition : *« les parties, en acceptant de se soumettre à un arbitrage d'amicable composition, renoncent à certains de leurs prérogatives accordées par la loi, afin de permettre à l'arbitre de donner la solution la plus apaisante. La stipulation d'une clause d'amicable composition est déjà en elle-même, et avant la survenance de tout de litige, la manifestation d'une volonté de coopération loyale. La clause a un rôle préventif. L'accord des parties sur son choix est le signe de la bonne foi qui*

---

<sup>248</sup> CA de Paris, le 28 novembre 1996, Rev. Arb. 1997, p. 390-394, Note É. Loquin.

*devra imprégner leurs relations futures. Elle indique les contractants sont prêts à abandonner certains de leurs prérogatives pour faciliter leur collaboration »<sup>249</sup>.*

- C'est la raison pour laquelle la plupart des arbitrages d'amicable composition recensés au sein de la Cour d'arbitrage de la CCI des années 1980 ne concernaient que des opérations à long terme, y compris des opérations de construction<sup>250</sup>.

- Une autre importance capitale de ces recherches a été soulignée par leur auteur à savoir la naissance d'une technique grâce à laquelle l'arbitrage en amiable composition a été reconnu en Angleterre. En fait, à cette époque-là, le droit de la Grande Bretagne n'autorisait pas encore un arbitrage ex aequo et bono d'exister officiellement. Par conséquent, pour éluder l'obligation d'appliquer le droit au fond du litige, les arbitres ont rendu les sentences arbitrales sans motiver. Cependant ces telles sentences n'ont pas été annulées par la Cour anglaise. Cette réalité très répandue était une technique propre au droit anglais qui *« n'a pas pour unique fonction d'éviter tout recours a posteriori contre la sentence. Elle produit certes des effets équivalents à la clause de renonciation aux voies de recours. Mais, combinée à l'absence de « spécial case », elle produit les mêmes résultats qu'une clause d'amicable composition [nous le soulignons] »*.<sup>251</sup> Aussi pour Monsieur LOQUIN, l'apparition du long terme dans les contrats impose pratiquement l'arbitrage d'amicable composition. Car, *« la règle légale d'origine étatique ou coutumière, par hypothèse générale et abstraite, ne peut être appliquée à une opération le plus souvent unique et originale. Seule la clause d'amicable composition autorise alors l'arbitre à écarter ces règles au profit de considérations plus opportunes »*.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> ERIC LOQUIN, *op. cit.*, (note 239)..

<sup>250</sup> Ibid, p. 146, No 257.

<sup>251</sup> Ibid., p. 110, No 200.

<sup>252</sup> Ibid., p. 150-151, No 260.



305. En matière de construction, la nature unique et spéciale d'un projet de construction est notoire<sup>253</sup>. Il en résulte qu'avec le résultat d'études d'Éric LOQUIN ci-dessus évoquées, peut-on, dans ces conditions, imaginer une nouvelle fois que la procédure de résolution des litiges par le DAB dans les contrats-types FIDIC soit *une technique équivalente à une clause d'amicable composition* ? Cela est possible car les parties veulent *éviter tout recours a posteriori contre la sentence*, d'une part, et, d'autre part, à toutes les règles formelles de procédure, étant donné que « *la complexité et la technicité de l'objet de ces contrats, la longue durée de ces engagements et leur insertion dans un réseau de relations antérieures et futures entre les parties, dont la sauvegarde constitue un souci majeur, obligent à chercher d'autres garanties que la rigidité et le respect des concepts préétablis* »<sup>254</sup>. De ce fait, bien que les cahiers FIDIC stipulent, à titre d'exemple, à l'article 20.6 du Livre Or, que « *le DAB n'agira pas en tant qu'arbitre* », ceux-ci exigent que les parties doivent, de façon sérieuse, respecter et exécuter la décision du DAB en particulier : « *la décision du DAB doit être exécutée spontanément nonobstant la notification de l'insatisfaction d'une partie à son encontre* ». Aux termes de cette stipulation, la façon d'exécuter la décision du DAB ne diffère pas, pour nous, de celle de l'exécution d'une sentence arbitrale. Si l'on examine attentivement la façon de raisonner dans les jugements des juges anglais lors qu'ils soutiennent la sentence arbitrale et la décision du DAB, la justification pour reconnaître la dernière comme un arbitrage en amiable composition se manifeste comme suit :

- En ce qui concerne la décision du DAB, les juges anglais ont estimé que « *la cour n'est pas autorisée à juger si la décision du DAB est exacte ou erronée. En effet, cette appréciation est sans rapport avec cette décision. Tout le problème est de savoir s'il a compétence ou non pour rendre la décision et*

---

<sup>253</sup> KLEE, *op. cit.*, (note 36), p. 1.

<sup>254</sup> ERIC LOQUIN, *op. cit.*, (note 239), p. 342, No 585.

*si cette décision a été rendue en équité ou non et aussi si cette décision a été rendue dans le délai imparti ou non »<sup>255</sup>.*

- Pour soutenir une sentence arbitrale sans motivation, la Cour britannique a aussi déjà jugé que « *dans cette espèce, l'arbitre n'a pas donné de motif dans sa sentence, comme il a le droit de le faire. Aussi, la Cour n'a pas à spéculer sur ce qu'étaient ces motifs et encore moins à chercher s'ils étaient ou non pertinents* »<sup>256</sup>.

306. Ainsi, en tout état de cause, il est souhaitable que la décision du DAB soit reconnue comme une sentence arbitrale en équité. Pour que cette hypothèse soit réelle, on posera sans doute les questions sur l'avantage de cette reconnaissance d'une part, et, d'autre part, les solutions à l'égard des incidences éventuelles de cette reconnaissance.

### **Section 3. L'intérêt et les solutions pour les incidences éventuelles de la reconnaissance de la nature arbitrale dans la décision du DAB**

307. Le Professeur Van Dai DO a souligné, lors du partage de ses idées sur la reconnaissance de la nature jurisprudentielle de certains arrêts au Vietnam, que « *face à un problème juridique qui nécessite d'être expliqué, il est souhaitable que les autorités compétentes l'expliquent pour faire en sorte que cette explication suscite le développement de la société plutôt que de la*

---

<sup>255</sup> *AMEC Group Ltd v Thames Water Utilities Ltd* [2010] EWHC 419 : « [...] All the matters is that whether the adjudicator had the jurisdiction to reach the decision that he did, and that he reached it by a fair process, making every allowance for the strict time constraints imposed in adjudication ».

<sup>256</sup> Voir dans *Perry v. Stopher*, [1959]1 W.L.R 415, para. 418: "In this present case, the arbitrator had given no reasons for his award as to costs, nor was he bound to do so. It might have been that he thought the claim was exaggerated; but the court could not speculate as to what his reasons were and still less assume that they were unjudicial. Nor could it be said that this award showed on its face that the arbitrator must have acted unjudicially. The application must be dismissed". Cet argumentaire s'est employé par Éric LOQUIN lors de ses études sur les techniques utilisées par le droit anglais dans la reconnaissance d'un arbitrage en équité, voir : ERIC LOQUIN, *op. cit.*, (note 239), p. 110, No 199.

*ramener vers l'impasse* »<sup>257</sup>. C'est la raison pour laquelle si l'on souhaite reconnaître la nature arbitrale de la décision du DAB, quels sont les intérêts qui impulsent le développement de la société en général et en particulier qui bénéficient aux parties contentieuses ?

### **§1. L'intérêt de la reconnaissance de la nature arbitrale de la décision du DAB**

308. Comme on le sait, selon les cahiers de la FIDIC, à titre d'exemple, l'article 20.6 du Livre Or stipule que « [...] *La décision du DAB est obligatoire tant pour l'entrepreneur que pour le maître de l'ouvrage qui est tenu de l'exécuter avec célérité nonobstant l'opposition d'une partie [...] Si le DAB a rendu sa décision à l'égard du sujet de litige et aucune opposition de l'une des parties n'est donnée pendant vingt-huit jours à partir de leur réception de cette décision, celle-ci devient définitive et obligatoire aux parties* ». Il en résulte que dans la pratique, il existe deux sortes de décisions du DAB : une qui est obligatoire et non définitive aux parties ; et l'autre devient définitive et obligatoire aux parties. Aux termes de ces stipulations, en ce qui concerne l'exécution de la décision du DAB qui est obligatoire et non définitive, les questions se posent ci-dessous.
309. La première question est de savoir qui est compétent pour trancher le litige relatif à l'exécution de la décision du DAB, le tribunal arbitral en vertu de l'article 20.8, à titre d'exemple du Livre Or, selon lequel « *n'importe quel litige à l'égard d'une décision du DAB qui est obligatoire et non définitive sera tranché par le tribunal arbitral* » ou le DAB en vertu de l'article 20.6 du même Livre selon lequel « *si le litige de quelque nature que ce soit survient entre les parties [...] une des parties doivent le déférer devant le DAB ?*

---

<sup>257</sup> Il a partagé ses idées dans la conférence du 22/7/2017 organisée à Ho Chi Minh ville par la Cour suprême du Vietnam pour but de consulter les idées des experts juridiques à l'égard des problèmes juridiques des certains arrêts qui peuvent être érigés en jurisprudence.

310. La réponse à cette question nous ramène aux autres interrogations qui suivent.

- Si cette compétence relève du DAB, quel est le délai d'existence du DAB pour considérer sa compétence pour les litiges concernant l'exécution de sa décision dans le cas où celui-ci est ad hoc, étant donné qu'il y a les cahiers de la FIDIC qui prévoient une nature ad hoc du DAB, à titre d'exemple le Livre Jaune, et non permanent comme le Livre Rouge 1999. Concrètement dans l'affaire 18069 de la Cour d'arbitrage de la CCI<sup>258</sup>, le tribunal arbitral a été saisi d'un différend sur la fin de l'existence du DAB, précisément : pour une partie, c'est le moment où les parties s'accordent sur sa terminaison, mais pour son adversaire, c'est le moment de la décision prise par le DAB. Si la seconde hypothèse est le cas, le DAB ne sera plus compétent pour régler le litige pour ce qui concerne l'exécution de sa décision qui tranche le contenu du litige.

- À l'inverse, si la compétence pour forcer l'exécution de la décision obligatoire et non définitive du DAB relève du tribunal arbitral, les questions dans une telle situation sont que : d'abord, quel type de décision le tribunal arbitral est tenu de rendre, une décision provisoire ou partielle ou bien une sentence finale ? Après avoir répondu à cette question, le tribunal arbitral doit-il prendre une décision distincte forçant le débiteur à se conformer à la décision du DAB sans qu'il soit nécessaire d'examiner son bien-fondé ; ou doit-il examiner le bien-fondé de la décision du DAB avant de prendre une sentence obligeant le débiteur de l'exécuter ; ou bien il donne préalablement une sentence provisoire pour que la décision du DAB soit mise en œuvre et ensuite, il tranchera le litige sur le contenu de cette décision ? Un exemple illustratif de ces questions qui retient l'attention de différents experts en matière de la construction tient à l'affaire de Singapour en 2015<sup>259</sup> selon laquelle les parties avaient dû passer, de 2010 à 2015, deux fois devant le tribunal arbitral, trois fois devant la Cour suprême de ce pays afin de poursuivre un litige concernant lesdites questions. Sans qu'il soit nécessaire

---

<sup>258</sup> *ICC Dispute Resolution Bulletin*, *op. cit.*, (note 68), p. 109.

<sup>259</sup> *PT Perusahaan Gas Negara TBK v. CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30.

d'entrer dans le détail de cette affaire, avec cette perte de temps, non seulement les intérêts des parties dans le recours au mode alternatif de règlement des litiges ne sont pas assurés mais aussi leur relation se trouve dans l'impasse. D'autre part, le coût de cette affaire pour l'État de Singapour mérite d'être considéré.

311. De ce fait, si la décision du DAB est reconnue comme une sentence arbitrale, il n'est plus question de savoir de qui relève la compétence de faire exécuter la décision du DAB, ou le tribunal arbitral doit la faire exécuter dans quelle sorte de décision, étant donné qu'il y a des conventions internationales sur la reconnaissance et l'exéquatur de la sentence arbitrale comme la Convention de New York 1958. Il reste une seule catégorie de litige déféré au tribunal arbitral, c'est le litige relatif au bien-fondé de la décision du DAB. C'est la raison pour laquelle la seule échappatoire pour le débiteur est qu'il doit respecter la décision du DAB. Si cette hypothèse devient réelle, la question se pose de savoir si le phénomène de l'« arbitrage sur arbitrage » est juridiquement acceptable ou si l'on peut appliquer à la décision du DAB le régime de l'annulation de la sentence arbitrale.

***§2. Les solutions à la problématique née de la reconnaissance de la nature arbitrale en équité de la procédure du DAB***

312. En ce qui concerne l'annulation de la sentence arbitrale, si la décision du DAB est érigée en sentence arbitrale, pour que cette solution devienne utile en protégeant de façon efficace la partie bénéficiaire, il convient de suivre le sens des dispositions du CPC français à l'article 1522 sur le droit de renoncer au recours en annulation. Pour la mettre en pratique dans le cas du DAB, dans ce sens-là, on peut déduire, dans le cas où la décision du DAB devient définitive et obligatoire, que les parties ont renoncé au droit de recours en annulation de la sentence arbitrale. De ce fait, la décision du DAB doit être exécutée sur-le-champ comme dans le sens de l'alinéa 6 de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI : « *toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au Règlement,*

*les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer ».*

313. En ce qui concerne le caractère obligatoire de la décision du DAB qui n'est pas encore définitive, le droit d'appel des parties à son égard n'a aucune incidence comme il a été autorisé par le droit anglais<sup>260</sup>. Cet état de chose nous permet de penser à l'« *arbitrage sur arbitrage* » lorsqu'un autre tribunal arbitral est saisi d'appel. Cela n'est pas inopportun si les parties en conviennent. Qui plus est, il ne faut pas limiter le droit des parties soit seulement dans l'arbitrage en droit, soit seulement dans l'arbitrage en équité. Elles peuvent les combiner en fonction des problèmes posés afin d'obtenir le meilleur résultat possible dans l'exécution de leur contrat<sup>261</sup>.
314. En tout état de cause et de tout ce qui s'est développé précédemment, la reconnaissance de la nature arbitrale dans la décision du DAB est sans doute une solution bénéfique. Avant cette reconnaissance, les problèmes du déroulement de la procédure de règlement des litiges par le DAB en vertu des cahiers de la FIDIC retiennent encore notre attention.

---

<sup>260</sup> Article 58 (1) de l'Arbitration Act 1996.

<sup>261</sup> Cette question sera plus approfondie au Chapitre 1 de la Partie 2 de la Présente Thèse sur la procédure arbitrale

## CHAPITRE 3

### LES PROPOSITIONS D'ARTICULATION DES CONTRATS- TYPES FIDIC AUTOUR DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES LITIGES PAR LE DAB

315. Lors de l'étude de la procédure de résolution des litiges, le déroulement d'une audience retient notre attention car nous y voyons les acteurs qui examinent les éléments de fait et aussi de droit d'une même affaire dans un but distinct. Précisément, pour la défense des intérêts de leur client respectif - demandeur ou défendeur -, les avocats étudient les éléments d'un même litige et bâtissent des argumentaires opposés. Le juge, quant à lui, examine les éléments présentés de part et d'autre pour tenter de trouver une solution la plus juste au regard de la loi. Aussi, la recherche de la solution d'un problème donné, suivant les objectifs, nous conduira à des résultats différents. Quid du but de notre exploration de la procédure de règlement des litiges par le DAB en vertu des cahiers de la FIDIC ?
316. Comme nous l'avons vu dans l'introduction de la présente Thèse, en droit civil dans le monde entier, on s'oriente aujourd'hui vers le règlement amiable des litiges dont fait partie la procédure par le DAB. La raison tient au fait que, d'une part, cette voie présente plusieurs avantages au profit tant des justiciables que de la société. Différents États ont donc réformé leur législation pour favoriser ce mode de règlement des litiges. Notre étude de la procédure de règlement des litiges par le DAB a pour but de chercher les solutions pertinentes pour que cette procédure prospère. Aussi, ériger cette procédure en arbitrage *ex aequo et bono* mérite considération eu égard au caractère arbitral du DAB en partant du regard général porté sur l'ensemble des stipulations des contrats-types FIDIC afférant à la procédure du DAB (section 1) et en se basant sur les principes déjà reconnus dans la pratique de l'application de ces

Livres (Section 2). De ces principes reconnus dans la pratique, les propositions d'articulation autour de la procédure du DAB des Livres FIDIC (section 3) seront précisées dans les développements qui suivent.

### **Section 1. Le regard général sur l'articulation des cahiers de la FIDIC dédiée à la procédure du DAB**

317. En ce qui concerne le rôle du DAB, on peut le trouver dans trois parties distinctes des contrats-types FIDIC : d'abord, à l'article 20 intitulé « *Claim, Dispute and Arbitration* » selon lequel, hormis l'arbitrage et le règlement amiable des litiges, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage s'engagent, en cas de litige, à suivre la procédure du DAB ; ensuite, dans l'Appendice du Contrat appelé « *General conditions of Dispute Adjudication Agreement* » qui est une convention tripartite entre l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage et les membres du DAB pour la constitution du DAB ; et enfin, dans l'Annexe du Livre qui prévoit pour le Règlement procédural (*Procedure Rules*) des règles auxquelles le DAB et aussi les justiciables doivent se soumettre pour le déroulement du règlement des litiges.
318. En l'absence de miroir, il est difficile pour une personne de reconnaître, au moins dans sa forme, ses anomalies. Ainsi, pour trouver les éléments raisonnables et aussi déraisonnables dans l'articulation autour la procédure du DAB, les stipulations du règlement d'arbitrage seront sans doute un bon miroir, étant donné qu'il est justifié que la procédure du DAB a la nature arbitrale.
319. Sur la procédure arbitrale, le texte concis de la convention-type d'arbitrage de la CCI retient notre attention : « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou*



*plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement* ». <sup>262</sup> Cette convention-type comporte deux points : la précision des litiges susceptibles d'être réglés par l'arbitrage et le Règlement procédural choisi.

320. À la différence de ce texte concis de la clause-type d'arbitrage, la longue clause sur la procédure du DAB semble d'autant plus complexe qu'elle se compose de plusieurs sous-clauses successives intitulées : la mise en place du DAB - *Appointment of the Dispute Adjudication Board* ; l'absence d'accord sur la mise en place du DAB - *Failure to agree Dispute Adjudication Board* ; la prise de décision du DAB - *Obtaining Dispute Adjudication Board's decision* ; défaut de constitution du DAB - *Expiry of Dispute Adjudication Board's appointment*. Longue et complexe, cette clause cache la contradiction, le caractère superflu de certaines stipulations et aussi des lacunes. Trois exemples peuvent être pris pour illustrer ce point.

- En ce qui concerne la contradiction, à titre d'illustration, le Livre Or à la sous-clause 20.3 prévoit que « *le litige survenant [...] sera résolu par le DAB conformément à la sous-clause 20.6 du même Livre* ». En revanche, la sous-clause 20.11 de ce Livre stipule que « *si le litige surgit entre les parties [...] et s'il n'y a pas de DAB en place que ce soit en raison de l'expiration du délai de nomination du DAB ou pour toute autre raison [...] le litige peut être porté directement en arbitrage* ». Ainsi, d'une part, le contrat oblige les parties à soumettre leur conflit au DAB mais, d'autre part, il les autorise à outrepasser et à saisir directement l'arbitre pour n'importe quelle raison au sens des termes « *pour toute autre raison* ».

- Quant au caractère superflu, on peut évoquer ici la stipulation de la notification de l'insatisfaction d'une partie à l'encontre de la décision du DAB en vertu de la sous-clause 20.4 du même Livre. Cette notification est considérée comme superflue car elle n'est qu'un acte unilatéral qui ne

---

<sup>262</sup> Voir le Règlement d'arbitrage de la CCI, p. 68.

demande aucune réponse de l'autre partie ou du tiers d'une part, et, d'autre part, elle est dépourvue d'effet juridique<sup>263</sup>.

- Quant à la lacune, on la retrouve dans le défaut de stipulations sur l'exécution de la décision du DAB lorsque celle-ci devient obligatoire mais n'est pas encore définitive<sup>264</sup>.

321. Devant cette articulation, au cours de l'explication de ces clauses dans la pratique de l'application des contrats-types FIDIC, certains principes ont été reconnus.

## **Section 2. Les principes fondamentaux reconnus dans la pratique à l'égard de la procédure de règlement des litiges par le DAB**

322. À ce sujet, deux grands principes nécessitent d'être présentés ici : l'un concerne l'obligation de soumettre les litiges au DAB avant de les déférer au tribunal arbitral (§1) et l'autre l'obligation de l'exécution spontanée de la décision du DAB avant même que celle-ci ne devienne définitive (§2).

### ***§1. Le principe de la soumission obligatoire à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage***

323. Est tirée du sens des stipulations des contrats-types FIDIC (A) cette obligation que les juges et les arbitres ont mise en pratique (B).

#### ***A. L'obligation de soumission à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage aux termes des contrat-types FIDIC***

324. Au niveau du contrat-type, à titre d'exemple du Livre Rouge 1999, cette obligation se trouve dans les deux articles suivants :

---

<sup>263</sup> Cette clause sera analysée de manière plus détaillée dans la Section 2 du présent Chapitre sur les propositions y afférentes.

<sup>264</sup> L'affaire au Singapour est un bon exemple pour illustrer ce manquement, voir: *PT Perusahaan Gas Negara TBK v. CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30.

- « *Si le litige de quelle nature que ce soit survient entre les parties [...] une partie peut demander par écrit au DAB qu'il rende sa décision avec une copie à l'autre partie et à l'ingénieur* » (art. 20.4) et ;

- « *En cas d'impossibilité de règlement amiable des litiges, tous les litiges en rapport avec la décision du DAB (s'il y en a) qui ne devient pas obligatoire et définitive seront réglés par l'arbitrage international...* » (art. 20.6).

Aux termes de ces textes, tous les litiges doivent être déférés au DAB préalablement à l'arbitrage et la seconde procédure ne s'applique qu'aux différends relatifs à la décision prise par le DAB<sup>265</sup> ou aux litiges en l'absence de décision du DAB après expiration du délai imparti.

### ***B. Le respect, dans la pratique, de l'obligation de soumission à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage***

325. Le caractère obligatoire de la soumission à la procédure du DAB préalablement à l'arbitrage peut être justifié par le soutien des juges du contrat à l'égard de la décision du DAB dans la pratique.
326. D'abord, les juges suisses ont donné corps à ce principe en expliquant les termes « *disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with sub-clause 20.4 ...* » de l'article 20.2 des Livres 1999. En l'espèce, ils ont rendu à

---

<sup>265</sup> On peut déduire que la soumission à la procédure du DAB n'est pas obligatoire car les termes « ... (s'il y en a) / (if any) ... » de cet article 20.6 signifient qu'il existe des situations dans lesquelles il n'y a pas de décision du DAB, c'est-à-dire en l'absence de procédure du DAB. En l'occurrence, les litiges portés devant le tribunal arbitral ne concernent pas que la décision du DAB et par conséquent cette procédure du DAB n'est pas obligatoire. Cependant, dans l'affaire No 14431 de Juillet 2008 de la Cour d'arbitrage de la CCI, le tribunal arbitral a expliqué que ces expressions ne permettent pas de comprendre que la procédure du DAB est une option mais elles montrent que le litige peut être porté devant le tribunal arbitral à la fois dans le cas où le DAB a pris la décision et dans le cas où celui-ci ne peut pas rendre une décision après expiration du délai de quatre-vingts quatre jours en vertu de l'article 20.4, voir : *ICC Dispute Resolution Bulletin, op. cit.*, (note 68), p. 22 : « The words « if any » added in sub-clause 20.6 (1) FIDIC Rules in parentheses does not indicate that the Adjudication Procedure under Clause 20 CG is optional as they consider that a dispute may be submitted to arbitration apart from a notice of dissatisfaction under sub-clause 20.4(5) FIDIC Rules also if a DAB fails to render a decision within 84 days after having received such reference ». À cet égard, les juges suisses ont ajouté le cas où une partie a tenté sans succès de soumettre son litige au DAB. En l'occurrence, celle-ci peut saisir directement l'arbitre même en l'absence d'une décision du DAB, voir : L'arrêt No 4A 124/2014 du 7 juillet 2014 du Tribunal Fédéral de Suisse, para. 3.1.1.

ces termes le sens selon lequel « *il n'est pas douteux que le verbe anglais shall - traduit en français par devra-, qui figure au premier paragraphe de la sous-clause 20.2 des conditions générales, correspond à une obligation, à un devoir [...] la doctrine considère que l'utilisation du terme shall signifie que l'action ou la démarche à laquelle ce terme s'applique n'est pas laissée au bon vouloir des parties, mais doit être entreprise* »<sup>266</sup>.

327. Pour justifier ce caractère obligatoire, le point de vue des juges étatiques anglais dans une affaire du 10 octobre 2014<sup>267</sup> mérite d'être présenté. Dans ce cas concret, le contrat s'est établi sur la base du Livre Argent 1999 selon lequel le tribunal arbitral a été remplacé par la juridiction étatique précisément : en vertu de l'article 20.2, « *le litige sera résolu par le DAB conformément à la sous-clause 20.4* » ; et en vertu de l'article 20.8, « *si le litige survient entre les parties... et il n'y a pas de DAB en place, que ce soit par expiration de la mise en place du DAB ou pour toute autre raison : (a) la sous-clause 20.4 (prise de décision du DAB) et la sous-clause 20.5 (règlement à l'amiable) ne s'appliqueront pas, et (b) le litige peut être porté directement devant la juridiction étatique » [ nous soulignons].*

Comme nous l'avons analysé précédemment, les termes « *l'absence du DAB en place [...] pour toute autre raison* » de l'article 20.8 des Livres de 1999 peut laisser place à une interprétation contradictoire sur l'obligation de la soumission des litiges au DAB. Par conséquent, dans cette affaire, une partie a argué que cet article 20.8 permet à la partie qui ne souhaite pas régler le litige par la procédure du DAB de saisir directement la juridiction étatique. Cependant, les juges anglais ont expliqué que cette expression « *l'absence du DAB en place* » n'existe que dans le cas du DAB permanent<sup>268</sup> comme en vertu

---

<sup>266</sup> Voir l'arrêt No 4A 124/2014 du 7 juillet 2014 du Tribunal Fédéral de Suisse, para. 3.4.3.1.

<sup>267</sup> *Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service Ltd* [2014] 2 C. L. C. 684.

<sup>268</sup> Dans la pratique d'application des cahiers de la FIDIC, les juges et les arbitres distinguent deux sortes de DAB - ad hoc (selon le Livre Rouge 1999 et le Livre Or) et permanent (selon les autres Livres 1999) -. À titre d'obiter dictum, pour les distinguer, en vertu du Livre Jaune à l'article 20.2 selon lequel « ...les parties désignent conjointement les membres du DAB dans le délai de vingt-huit jours à partir du moment où une partie informe l'autre partie de son intention de déférer le litige au DAB conformément à la sous-clause 20.4 ». Aux termes

du Livre Rouge 1999 plutôt que dans le cas du DAB ad hoc comme en vertu du Livre Argent de la présente affaire. Il en résulte qu'ils ont suspendu l'instance en ordonnant aux parties de soumettre leur différend au mécanisme contractuel de règlement des litiges par le DAB.

328. Quant à l'application du Livre Rouge 1999, pour soutenir le principe de soumission des litiges au DAB préalablement à l'arbitrage, le tribunal arbitral a confirmé la validité de la mise en place du DAB dès lors que celui-ci n'a pas été établi dans le délai imparti par le contrat. Précisément, dans l'affaire 15956 du juin 2010 de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI<sup>269</sup>, les parties ont convenu que le DAB doit être établi dans le délai de quarante deux jours après la date de début d'exécution des travaux. Cependant, pendant neuf mois, il n'y avait pas de coopération du maître de l'ouvrage pour la constitution du DAB, l'entrepreneur a donc demandé au Président de la FIDIC de nommer un membre unique pour constituer le DAB. Par la suite, sa décision n'a pas été respectée par le maître de l'ouvrage au prétexte du défaut de validité car la constitution du DAB est irrégulière. De ce fait, l'entrepreneur a recouru au tribunal arbitral pour obliger le maître de l'ouvrage à exécuter la décision du DAB. Ce recours a été accepté par le tribunal arbitral qui a confirmé la validité

---

de cet article, le DAB est ad hoc parce qu'il est constitué après la naissance du litige. Pourtant, en ce qui concerne le Livre Rouge 1999, il est difficile de trouver une clause qui stipule expressément sur la permanence du DAB, étant donné que l'article 20.2 prévoit que « ...les parties devront conjointement désigner les membres du DAB dans le délai prévu dans l'Appendice de la lettre de soumission ». Au sens de cet article, les parties peuvent convenir que le DAB sera constitué après la naissance du litige. Qui plus est, les Conditions Générales sur la Convention de règlement des litiges à l'article 2 du même Livre prévoient que le DAB devra être constitué au plus tard aux trois dates suivantes : « (a) à la date de commencement d'exécution des travaux prévue dans le contrat ; ou (b) lorsque le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et les membres du DAB ont signé la convention de règlement des litiges ; ou (c) lorsque le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et chaque membre du DAB ont signé une convention distincte de règlement des litiges ». Ainsi, ces points (b) et (c) laissent à penser que le DAB peut être ad hoc car il est constitué après la naissance du litige. Cependant la nature permanente du DAB peut être déduite du Livre Rouge à l'article 1 du Règlement procédural qui prévoit l'obligation de visite du chantier à des intervalles réguliers par des membres du DAB selon l'intervalle.

<sup>269</sup> ICC *Dispute Resolution Bulletin*, *op. cit.*, (note 68), p. 27.

de la mise en place du DAB en ordonnant au maître de l'ouvrage de se conformer à la décision du DAB.

329. À la lumière de ce qui précède, peut être tirée une conclusion selon laquelle la soumission au mécanisme de règlement des litiges par le DAB préalablement à l'arbitrage est soutenue par le tribunal tant étatique<sup>270</sup> qu'arbitral. En cas de conflit y afférent, le contrat a été expliqué par les juges ainsi que les arbitres dans le sens selon lequel ce mécanisme doit être respecté.

### ***§2. Le principe de l'exécution spontanée de toutes sortes de décisions du DAB***

330. Comme on le sait, la procédure de règlement des litiges par le DAB figure dans plusieurs Livres de la FIDIC mais seul le Livre Or - le plus récent qui a été publié en 2008 - aborde avec précision le principe de l'exécution d'emblée de la décision du DAB. Ce contenu s'inscrit au quatrième paragraphe de l'article 20.6 selon lequel « *la décision du DAB s'impose aux parties et aussi au représentant du maître de l'ouvrage qui doivent l'exécuter avec célérité nonobstant la notification de mécontentement d'une partie à son encontre ...* ».
331. Dans la pratique, ce principe est aussi reconnu pour l'exécution de la décision du DAB en vertu des autres Livres. L'affaire la plus récente en 2015 au Singapour sera une parfaite illustration pour ce principe. En l'espèce, le Livre Rouge 1999 a été appliqué à la conclusion du contrat de construction en 2006. Lors de la naissance du litige, une partie a argué que lorsque la notification de mécontentement à l'encontre de la décision du DAB est faite, cette décision ne s'impose plus aux parties. Cependant, cet argument a été rejeté par les juges du Singapour. Quant aux juges, « *la notification de l'insatisfaction d'une partie à l'encontre de la décision du DAB ne fait pas automatiquement et ne*

---

<sup>270</sup> Ce principe est aussi soutenu par les juges de la Suisse, voir dans l'affaire : L'arrêt No 4A 124/2014 du 7 juillet 2014 du Tribunal Fédéral de Suisse, para. 3.1.2.

*peut faire disparaître le caractère obligatoire de cette décision ou l'obligation des parties de respecter et d'exécuter spontanément la décision du DAB »<sup>271</sup>.*

332. À cet égard, avant cet arrêt, à plusieurs reprises, cette obligation d'exécution immédiate de la décision du DAB a été confirmée par les arbitres. Peut être présentée ici, à titre d'obiter dictum, l'affaire No 16119 de la Cour d'arbitrage internationale de la CCI selon laquelle le tribunal arbitral a estimé que « *l'effet obligatoire immédiat de la décision du DAB aide au moins à la résolution provisoire des conflits et aussi à la continuité dans l'exécution des travaux jusqu'à achèvement* »<sup>272</sup>.
333. À la lumière de ce qui précède, deux principes ont été reconnus : l'un concerne l'obligation de soumission des litiges au DAB préalable à l'arbitrage et l'autre l'exécution spontanée de la décision du DAB. Ces deux principes contribueront sans doute au développement du DAB en matière de construction. Aussi, en se basant sur ces deux principes, nous proposons à la FIDIC la modification de l'articulation autour de la procédure de règlement des litiges par le DAB.

### **Section 3. Les propositions pour réécrire les stipulations des contrats-types FIDIC dans la procédure de règlement des litiges par le DAB**

334. Pour faciliter la compréhension des stipulations de la FIDIC sur la procédure de règlement des litiges par le DAB, les clauses y afférentes, à titre d'illustration du Livre Jaune, seront analysées successivement ci-dessous.

---

<sup>271</sup> *PT Perusahaan Gas Negara TBK v. CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30, para. 57 (c): "Hence, the issuance of an NOD [Notice of dissatisfaction] self-evidently does not and cannot displace the binding nature of a DAB decision or the parties' concomitant obligation to promptly give effect to and implement it".

<sup>272</sup> *ICC Dispute Resolution Bulletin, op. cit.*, (note 68), p. 52, l'affaire No 16119 du novembre 2010, para. 70 : « The immediate binding force of the DAB's decision allows disputes to be settled at least on an interim basis, and allows work to continue until completion ».

**§1. Le regroupement des trois sous-clauses - 20.2 sur la mise en place du DAB, 20.3 sur le défaut de consentement sur la constitution du DAB et 20.8 sur l'expiration du délai de la mise en place du DAB - dans une seule clause**

335. La sous-clause 20. 2 stipule que :

- « *Les litiges devront être réglés par le DAB en conformité avec la sous-clause 20.4 [la prise de décision du DAB]. Les parties devront conjointement constituer le DAB dans le délai de vingt-huit jours après qu'une partie a fait connaître son intention de déférer le litige au DAB en vertu de la sous-clause 20.4.*

- *Le DAB se composera, selon l'Appendice de la soumission, soit d'une soit de trois personnes qualifiées (les membres). Si ce nombre n'est pas déterminé et à défaut d'accord entre les parties, le DAB sera composé de trois membres.*

- *Si le DAB se compose de trois membres, chaque partie en nommera un avec l'approbation de l'autre. Les parties consulteront ces deux membres nommés et se mettent d'accord sur le troisième membre qui sera le président.*

- *Cependant, s'il y a une liste de membres potentiels incluse dans le contrat, les membres devront être choisis sur cette liste sauf si cette liste ne comporte aucune personne en mesure d'accepter cette mission ou disponible.*

- *La convention entre les parties et chaque membre (Adjudicateur) incorporera, comme des modifications, par référence aux Conditions générales de la clause de règlement des litiges figurant dans l'Appendice affecté à ces conditions.*

- *Les termes de rémunération pour chaque membre devront recevoir l'accord des parties lorsqu'elles s'engagent à la clause de mise en place du DAB.*

- *Si, à tout moment, les parties se mettent d'accord sur ce contenu, elles peuvent désigner des membres ou chaque personne qui remplacera les membres du DAB. Sauf autre accord, cette désignation prend effet si un membre refuse ou n'est pas en mesure d'exercer sa mission pour cause de décès, d'invalidité, de démission ou de fin du délai de désignation. Le*



*remplacement sera effectué de même manière que la désignation du membre remplacé en vertu de la présente clause.*

*- Il ne peut être mis fin à la désignation de n'importe quel membre que par l'accord de toutes les parties et non à l'initiative d'une seule partie - entrepreneur ou maître de l'ouvrage-. Sauf convention contraire des deux parties, la désignation du DAB sera achevée lorsque la décision de règlement du litige aura été rendue par celui-ci en vertu de la clause 20.4 [la prise de décision du DAB] et simultanément aucun autre litige n'a été déféré au DAB en vertu de l'article 20.4, sinon cet achèvement sera déterminé à la date où le DAB a rendu les décisions pour régler tous ces litiges ».*

336. Aux termes de cette clause, le premier regard est porté sur l'intitulé de la Clause - la mise en place du DAB (*Appointment of the Dispute Adjudication Board*). Bien que ce soit une clause sur la constitution du DAB, dans la pratique, le premier paragraphe de cette clause sert à confirmer l'obligation de soumission des litiges au DAB<sup>273</sup> considérée la plus importante dans cette procédure. Car en l'absence de cette obligation, il est très difficile de mettre la procédure du DAB en pratique. Cela montre que le titre de la clause 20.2 ne restitue pas suffisamment le sens de ses stipulations.
337. Au regard de cette clause 20.2, à part son premier paragraphe, il sera plus opportun si le contenu de ses autres paragraphes à partir du troisième s'inscrit dans le Règlement procédural plutôt que dans les conditions générales du Contrat pour les motifs ci-après :
- D'abord, pour simplifier la clause sur la procédure de règlement des litiges par le DAB comme l'exemple de la convention d'arbitrage ;
  - Ensuite, comme on le sait, il n'existe que deux parties - l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage - au contrat de construction. Tandis que le contenu de ces paragraphes concerne non seulement deux parties au contrat mais aussi les tiers-les membres du DAB. Par conséquent, dans un souci d'unité, ces

---

<sup>273</sup> Voir l'arrêt No 4A 124/2014 du 7 juillet 2014 du Tribunal Fédéral de Suisse, para. 3.4.3.1.

contenus nécessitent d'être intégrés dans le Règlement procédural auquel les trois parties doivent se soumettre.

338. Si cette thèse se réalise, ce raisonnement peut aussi s'appliquer à la sous-clause 20.3 sur le rôle du Président de la FIDIC dans la désignation des membres du DAB en cas d'absence de coopération d'une partie dans la mise en place du DAB. Si cette logique est acceptée, et pour assurer le respect du principe de soumission obligatoire à la procédure de règlement des litiges par le DAB préalablement à l'arbitrage, la FIDIC peut concevoir une clause concise similaire à l'article 12 du Règlement procédural de la CCI en remplaçant le rôle de la Cour par celui du Président de la FIDIC pour regrouper les deux articles 20.2 et 20.3 des Conditions Générales dans le Règlement procédural affecté au DAB. Si tel est le cas, l'intérêt de ce regroupement se justifie par le fait que la sous-clause 20.8<sup>274</sup> du même Livre sur l'expiration du délai de mise en place du DAB peut être supprimée, étant donné que le DAB sera constitué dans tous les cas, concrètement :

« ***La constitution du DAB :***

- ***Le nombre des membres du DAB :*** (1) *Les différends sont tranchés par un Adjudicator unique ou par trois Adjudicators. (2) Si les parties ne sont pas convenues du nombre d'Adjudicators, le Président de la FIDIC nomme un Adjudicator unique, à moins que le différend lui paraisse justifier la nomination de trois Adjudicators. Dans ce cas, le demandeur désigne un Adjudicator dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la notification de la décision du Président de la FIDIC, et l'autre partie désigne un Adjudicator dans un délai de quinze jours à compter de la date de la réception de la notification de désignation faite par le demandeur. Si une*

---

<sup>274</sup> L'article 20.8 stipule que « si le litige survient entre les parties en relation avec ou découlant du contrat ou de l'exécution des travaux et il n'y a pas de DAB en place par expiration du délai de constitution du DAB ou par autre raison : (a) La sous-clause 20.4 [la prise de décision du DAB] et la sous-clause 20.5 [règlement amiable] ne devra pas s'appliquer, et (b) le dispute peut être déféré directement à l'arbitrage en vertu de l'article 20.6 [Arbitrage].

*partie s'abstient de désigner l'Adjudicateur, celui-ci est nommé par le Président de la FIDIC.*

*- **L'Adjudicator unique** : Lorsque les parties sont convenues que le différend sera résolu par un Adjudicateur unique, elles peuvent désigner celui-ci d'un commun accord pour confirmation. Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à compter de la réception de la notification de la Demande à l'autre partie, l'Adjudicator unique est nommé par le Président de la FIDIC.*

*- **Trois Adjudicators** : Lorsque les parties sont convenues que le litige sera résolu par trois Adjudicators, chacune des parties, respectivement dans sa Demande et dans sa Réponse, désigne un Adjudicator. Si l'une des parties s'en abstient, la nomination est faite par le Président de la FIDIC. »*

## **§2. La reconstruction de la sous-clause 20.4 intitulée « la prise de décision du DAB »**

339. Cette sous-clause est constituée de sept paragraphes. Le premier dresse une liste des litiges relevant de la compétence du DAB ; le deuxième précise le point de départ du déroulement de la procédure du DAB ; le troisième stipule l'obligation des parties dans la préparation des pièces à l'appui à la disposition du DAB ; le quatrième fixe le délai de prise de décision du DAB ; et le reste est relatif à la notification par une partie de son insatisfaction à l'encontre de cette décision du DAB.
340. Dans cette sous-clause, la seule mention qui peut être retenue concerne la liste des litiges relevant de la compétence du DAB. Les autres nécessitent d'être réorganisés comme suit.
341. D'abord, pour obtenir une clause concise consacrée à la procédure du DAB dans le contrat, il est souhaitable que les stipulations sur l'obligation des parties de préparer les pièces à l'appui à la disposition du DAB s'inscrivent dans le règlement procédural auquel doivent se soumettre les trois acteurs - l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage avec les membres du DAB.

342. Ensuite, en ce qui concerne les stipulations du cinquième au septième paragraphe relatives à la « *notification de mécontentement d'une partie à l'encontre de la décision du DAB* », se pose la question de la nécessité de cette notification. Pour répondre à cette question, ces stipulations seront analysées ci-dessous dans le détail.

- « *Si une partie est mécontente de la décision du DAB, dans le délai de vingt-huit jours à compter de la date de réception de cette décision, elle peut notifier à l'autre partie son mécontentement. En l'absence de décision du DAB [...] dans le délai de 28 jours à compter de l'expiration du délai de prise de décision du DAB, une partie peut notifier son mécontentement à l'autre partie.*

- *Dans chaque situation, la notification du mécontentement devra préciser qu'elle est faite en vertu de la présente clause en indiquant l'objet des litiges et les raisons de ce mécontentement. Sauf les cas prévus à la sous-clause 20.7 [l'absence de la décision du DAB] et à la sous-clause 20.8 [l'expiration du délai de la mise en place du DAB], aucune partie ne peut ouvrir l'arbitrage pour régler les litiges en l'absence d'une notification du mécontentement en conformité avec la présente clause.*

- *Si la décision du DAB a été rendue pour régler des litiges des deux parties et aucune notification du mécontentement n'a été donnée dans le délai de vingt-huit jours à compter de la date de réception de cette décision, celle-ci devient obligatoire et définitive entre les parties ».*

Aux termes de ces stipulations, la notification du mécontentement vise deux buts : l'un pour déterminer le moment où une partie peut saisir l'arbitrage et l'autre pour déterminer le moment où la décision du DAB devient obligatoire et définitive entre les parties.

Cependant ces buts ne sont plus nécessaires grâce au principe de l'exécution immédiate de la décision du DAB. Selon ce principe, quelle que soit la nature de la décision du DAB, elle doit être exécutée d'emblée par le débiteur. De ce fait, le seul litige relatif à la décision du DAB qui peut surgir est le différend relatif à son bien-fondé. Dans ce cas-là, il suffit que le contrat impartisse un délai à partir de la décision prise par le DAB afin qu'une partie

puisse recourir à l'arbitrage pour trancher le litige afférent au bien-fondé de cette décision. À l'expiration de ce délai, le recours à l'arbitrage sera forclos.

343. Si les propositions précédentes sont admises, la clause sur la procédure de règlement des litiges par le DAB peut être reconstituée de la manière suivante :

*Si le litige de quelle que nature que ce soit survient entre les parties concernant ou découlant du contrat ou de l'exécution des travaux y compris tous différends quant à un certificat, une solution, une instruction, un avis, ou une évaluation de l'ingénieur, les parties doivent le déférer au DAB préalablement. Celui-ci doit rendre la décision dans le délai de quatre-vingt quatre jours à partir de la date de réception de cette demande. Cette décision du DAB doit être exécutée spontanément nonobstant la demande d'une partie de trancher à nouveau amiablement le litige ou le recours à l'arbitrage d'une partie à l'encontre de cette décision du DAB dans le délai de quatre-vingts quatre jours<sup>275</sup> à compter de sa réception de cette décision. À l'expiration de ce délai, le recours à l'arbitrage à l'encontre de la décision du DAB sera forclos et aussi la procédure de règlement amiable (s'il y en a) sera mise à l'échec. La décision du DAB de règlement des litiges devient définitive et ces litiges ne peuvent faire l'objet d'aucune demande de trancher à nouveau.*

### **Remarques sur la procédure de règlement des litiges par le DAB**

344. Si l'attention portée à la procédure de l'ingénieur tient à l'absence de son indépendance vis-à-vis du maître de l'ouvrage, la procédure du DAB jouit d'une suprématie sur ce point. C'est peut-être la raison pour laquelle les juges anglais ont estimé que « *si une partie considère que la décision du DAB est mauvaise (tant en fait qu'en droit), elle peut saisir le tribunal étatique ou arbitral afin d'obtenir une solution correcte. Le fait de contester la décision*

---

<sup>275</sup> On propose le délai quatre-vingts quatre jours qui est équivalent à la période de temps où les parties doivent attendre pour susceptible de recours à l'arbitre en vertu des stipulations actuellement des Livres de la FIDIC.

*du DAB en se fondant sur l'excès du pouvoir ou sur le non-respect du DAB des principes de la justice naturelle conduit vraisemblablement à un gaspillage de temps et d'argent »<sup>276</sup>. Ce faisant, dans la pratique d'application des contrats-types de la FIDIC, la soumission des litiges au DAB préalablement à l'arbitrage a été confirmée à plusieurs reprises par les tribunaux tant arbitraux qu'étatiques des différents pays. Qui plus est, ces acteurs ont attribué à la décision du DAB beaucoup de faveurs lors qu'ils obligent les parties à l'exécuter immédiatement nonobstant la contestation par une partie. Or, le domaine de la construction nécessite un mécanisme de règlement rapide adapté pour éviter de mettre en péril l'achèvement des travaux dans le délai prévu. Cet état de chose nous conduit à chercher des solutions pour que cette procédure prospère. Aussi, deux grandes solutions sont proposées :*

- D'abord, il convient d'ériger la procédure du DAB en arbitrage en équité.

- Ensuite, pour éviter les incidents qui ne sont pas dignes d'intérêt lors de l'application de ce mécanisme de la FIDIC, il est temps de rebâtir la clause sur la procédure du DAB en se basant sur deux principes déjà reconnus - la primauté de la procédure du DAB par rapport à l'arbitrage et l'obligation d'exécution d'emblée de la décision du DAB -. Pour ce faire, les stipulations sur l'absence du DAB en place et la notification de l'insatisfaction d'une partie à l'encontre de la décision du DAB deviennent superflues et doivent être supprimées du contrat.

---

<sup>276</sup> "If he does not accept the Adjudicator's decision is correct (whether on the fact or in law), he can take legal or arbitration proceedings in order to establish the true position. To seek to challenge the Adjudicator's decision on the ground that he has exceeded his jurisdiction or breached the rules of natural justice (save in plainest cases) is likely to lead to substantial waste of times and expense", voir: *Cantillon Limited v. Urvasco Limited* [2008] EWHC 282 (TCC), para. 52.

## DEUXIÈME PARTIE

### PROCÉDURE ARBITRALE

---

345. Comme nous le savons, l'arbitrage est un mode conventionnel de règlement juridictionnel d'un litige<sup>277</sup>. C'est la raison pour laquelle, d'une part, les parties ont la liberté de choix des règles d'arbitrage et, d'autre part, ce choix-là est encadré par certaines limites et notamment par le contrôle des sentences arbitrales par le juge étatique<sup>278</sup>. Partant de cette double caractéristique de la procédure arbitrale, cette Partie de la Thèse sera composée de deux Titres dont le premier est consacré à l'analyse de la problématique juridique singulière née de l'application de la procédure arbitrale prévue dans les cahiers de la FIDIC et le second Titre est consacré au contrôle du juge étatique à travers notamment le régime d'annulation de la sentence arbitrale.

---

<sup>277</sup> Yves STRICKLER and Jean-Baptiste RACINE (eds.), *L'arbitrage: questions contemporaines*, Paris : L'Harmattan, 2012 (Droit privé et sciences criminelles), p. 13.

<sup>278</sup> ANDREA PINNA, 'L'autorité des règles d'arbitrage choisies par les parties', *Cahiers de l'arbitrage*, no. 1, 1 mars 2014.

# TITRE 1

## LES QUESTIONS JURIDIQUES POSÉES PAR L'APPLICATION DE LA PROCÉDURE ARBITRALE DES CONTRATS-TYPES FIDIC

346. Selon la logique des contrats-types FIDIC, à titre d'exemple à l'article 20.8 du Livre d'Or, tout litige relatif à la décision du DAB [...] sera tranché définitivement par l'arbitrage international. Si nous reconnaissons la nature arbitrale de la procédure du DAB, avec cette procédure arbitrale de l'article 20.8 ci-dessus, la FIDIC a créé le phénomène d'*arbitrage sur arbitrage* dont le fondement et sa conséquence méritent un éclairage (Chapitre 1) avant d'approfondir la compétence du tribunal arbitral au deuxième stade en vertu des stipulations de la FIDIC (Chapitre 2). La recherche de procédure arbitrale des contrats-types FIDIC nous amènera à une question sur la *jurisprudence arbitrale* (Chapitre 3).



## CHAPITRE 1

### LES QUESTIONS POSÉES DU PHÉNOMÈNE

#### *D'ARBITRAGE SUR ARBITRAGE*

347. Les contrats-types FIDIC, à titre d'illustration à l'article 20.6 du Livre Rouge 1999, prévoient qu'« *en cas d'échec du règlement amiable, tout litige pour lequel la décision du DAB ne devient pas définitive et obligatoire sera tranché définitivement par l'arbitrage international [...] le tribunal arbitral aura toute compétence pour remettre en cause, réviser ou revoir [...] n'importe quelle décision du DAB concernant le litige.* ».
348. Partager le point de vue selon lequel la procédure du DAB a la nature arbitrale - arbitrage technique, le Professeur Philippe THÉRY a donné à cet article 20.6 le sens selon lequel le recours à l'arbitrage prévu est une sorte d'appel. Si tel est le cas, ce recours sera-t-il recevable en droit français (Section 1) ?
349. Si l'appel est autorisé et le tribunal arbitral peut être saisi d'un recours contre la décision du DAB qui est reconnue comme une sentence arbitrale en équité, deux dispositions du CPC français retiennent notre attention. Précisément : la cour saisie d'appel « *statue en droit ou en amiable composition dans les limites de la mission du tribunal arbitral* » (art. 1490) et « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* » (art. 1478). Ainsi, aux termes de ce dernier, le tribunal arbitral saisi d'appel contre la décision du DAB est tenu de *statuer en droit*. La situation selon laquelle le litige a été réglé *en équité* au premier degré puis *en droit* au deuxième degré sera donc contraire à l'article 1490 qui impose, selon l'enseignement du Professeur Philippe THÉRY, que la cour saisie d'appel doive statuer en droit ou en équité selon que la première instance statue en droit ou en équité. En résulte la

question de savoir si les parties peuvent appliquer l'arbitrage à la fois en équité préalable et en droit subséquent (Section 2).

### **Section 1. La recevabilité d'appel contre la sentence en matière d'arbitrage international devant un autre tribunal arbitral**

350. En ce qui concerne l'appel contre la sentence arbitrale, en droit français, la sentence en matière interne n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties (art. 1489 du CPC). Cependant, il n'est pas fait référence à cette disposition en matière d'arbitrage international. Qui plus est, l'article 1518 du CPC français dispose que « *la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ». Ces termes « *ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* » permettent-ils de déduire que, hormis le recours en annulation, est irrecevable toute voie de recours contre la sentence arbitrale internationale ?
351. En ce qui concerne l'appel à l'encontre d'une sentence arbitrale, en se basant sur l'autorité de la chose jugée, la Cour d'appel de Reims a estimé que : « *aux termes de l'article 1476 du nouveau Code de procédure civile, la sentence arbitrale a, dès son prononcé, et même à défaut d'exequatur, l'autorité de chose jugée. Dès lors, et en application de l'article 122 du nouveau Code de procédure civile, une des parties est irrecevable pour défaut du droit d'agir à solliciter une juridiction étatique qu'elle se prononce sur le même litige en arguant du fait que la sentence a été produite comme un simple élément de preuve du bien-fondé de sa demande* »<sup>279</sup>. Ici, pour la Cour d'appel, l'autorité

---

<sup>279</sup> Voir : CA Reims, 10 janvier. 2001: Deltour c. A.D.S. Auto distribution, in Gaz. Pal., du 13 juin 2002, N°164, p. 6 ; qui plus est, le 31 mai 1988, face à une question de cette autorité de la sentence arbitrale, un tribunal arbitral a décidé que le principe de l'autorité de la chose jugée empêchait la réouverture de points nécessairement décidés. Voir Bernard HANOTIAU, « Quelques réflexions à propos de l'autorité de chose jugées des sentences arbitrales », in Lucien SIMONT (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 307.

de chose jugée de la sentence arbitrale fait perdre aux parties le droit d'interjeter appel contre la sentence arbitrale devant une juridiction étatique.

352. Cette logique a été appliquée par le Professeur Jean-Baptiste Racine pour déclarer irrecevable l'appel contre une sentence arbitrale formé devant un autre tribunal arbitral dans le raisonnement suivant : « *l'autorité de la chose jugée développe un effet négatif. Celui-ci est très classique et dérive, en droit français, de la règle issue de l'article 1351 C. civ. (à travers l'exigence de triple identité). Toute demande portée devant un juge étatique après que les arbitres ont tranché le litige est irrecevable au nom de l'autorité de la chose jugée attachée à la sentence rendue. Il en va de même si une même action est à nouveau portée devant un autre tribunal arbitral [nous les soulignons]. Le second tribunal arbitral constitué devra, dans les conditions de la chose jugée, déclarer irrecevable la demande formulée devant lui.* »<sup>280</sup>.

Cependant, ces arguments méritent d'être discutés avec respect. En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale, le Professeur Cécile CHAINAIS<sup>281</sup> nous enseigne que l'essence de la chose jugée est d'interdire de « *réitérer en justice une affaire identique - l'identité étant comprise comme identité de parties, de cause et d'objet* » et cette interdiction, selon MOTULSKY, s'applique « *aux facteurs qui ont été débattus devant le tribunal et tranchés par lui* ». Ainsi, cette interdiction s'applique lorsque le tribunal arbitral saisi d'appel est celui du premier degré. Tel n'est pas le cas de la FIDIC, étant donné que le tribunal arbitral saisi d'appel et le DAB sont deux formations distinctes. Qui plus est, les décisions tant du tribunal arbitral

---

<sup>280</sup> Voir : Jean-Baptiste RACINE, *Droit de l'arbitrage*, 1re édition, Paris : puf, Presses universitaires de France, 2016 (Thémis. Droit), p. 539. Voir aussi: Les commentaires de Claire DÉBOURG à l'égard de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 mars 2009 : « S'agissant de sentences arbitrales, les décisions de l'arbitre sur sa compétence devraient bénéficier de l'autorité de la chose jugée et s'imposer au tribunal saisi en second lieu. C'est ce qui ressort d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 26 mars 2009 dans une affaire Papillon », dans : Claire DÉBOURG, « L'autorité de chose jugée des décisions relatives à la compétence arbitrale », *Rev. Arb.*, 2016, Issue 1, pp. 127-164.

<sup>281</sup> CÉCILE CHAINAIS, 'L'autorité de chose jugée en procédure civile: perspective de droit comparé', *Rev. Arb.*, no. 1, 2016.

interne que de la juridiction étatique française, bien que dotées de l'autorité de la chose jugée, peuvent faire l'objet d'un appel.

353. Outre l'autorité de la chose jugée, il existe le point de vue selon lequel un autre élément qui conduit au dessaisissement des arbitres dès lors que la sentence arbitrale est rendue tient à la disposition de l'article 1485 du CPC selon laquelle « *la sentence arbitrale dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche* ». Par conséquent, une fois que la sentence est rendue, « *l'instance arbitrale s'éteint. De la sorte, une demande nouvelle formulée après la reddition de la sentence est irrecevable* »<sup>282</sup>. Cet argument est faible car, aux termes d'article 1485 ci-dessus, *la sentence arbitrale dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche* et non l'autre tribunal arbitral. De ce fait, cet article n'est, semble-t-il, pas prévu dans le but d'interdire l'appel contre une sentence arbitrale.
354. En approfondissant ce sujet, nous avons rencontré une autre affaire portée devant la Cour de cassation. En l'espèce, en 2007, une sentence arbitrale rendue à la charge d'appel a fait l'objet du recours en annulation. À cette occasion, la Cour de cassation française a confirmé que s'« *agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes par l'article 1504 [actuelle 1518] du nouveau code de procédure civile ont un caractère impératif qui exclut tout appel réformation de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties [...] Seul leur accord [accord des parties] prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage international elle-même n'étant pas, du fait de son autonomie, entachée de nullité* »<sup>283</sup>. Ici, dans le contexte d'un recours contre une sentence à la charge d'appel, la Cour de cassation a confirmé qu'« *un arbitrage international [...] qui exclut tout appel de réformation* ». Ces termes

---

<sup>282</sup> Voir RACINE, op. cit., (note 281), p. 544. Cependant, il est plus opportun de comprendre que le dessaisissement du juge ou des arbitres « est un corollaire de l'autorité de chose jugée », voir : CÉCILE CHAINAIS, op. cit., (note 282).

<sup>283</sup> Cass., 1<sup>è</sup> civ., N<sup>o</sup> : 04-10979 du 13 mars 2007 : Dans cet arrêt, le recours en matière d'arbitrage international est prévu à l'article 1504 du Code de procédure civile en vigueur 2007. Ce contenu se reproduit en intégralité dans l'article 1518 du CPC d'aujourd'hui.

« *exclut tout appel* » laissent-ils à penser que toute voie d'appel contre la sentence arbitrale en matière internationale, tant devant une juridiction étatique que devant un autre tribunal arbitral, est irrecevable ? Ou faudrait-il comprendre d'une autre façon selon laquelle, en matière d'arbitrage international, l'appel contre la sentence n'est interdit que lorsqu'il est portée devant une juridiction étatique et non devant un autre tribunal arbitral ? Dans le contexte de cette affaire relative au recours contre une sentence à charge d'appel, ce jugement peut laisser à penser que le point de vue de la Cour de cassation française relève de la première hypothèse selon laquelle toute voie d'appel contre la sentence arbitrale en matière internationale, tant portée devant une juridiction étatique que devant un tribunal arbitral, est irrecevable.

355. Cependant, pour le Professeur Philippe Théry, la mission de la Cour de cassation française est limitée à l'application du droit français et elle ne s'immisce pas dans la procédure arbitrale. C'est pour quoi, dans le contexte de l'affaire ci-dessus, le terme d'appel doit être compris dans le sens selon lequel c'est un appel devant une juridiction étatique et non devant un autre tribunal arbitral. Autrement dit, pour le Professeur Philippe Théry, en matière d'arbitrage international, le droit français n'interdit que l'appel contre la sentence arbitrale devant une juridiction étatique et non devant un autre tribunal arbitral.
356. Ainsi, quel est vraiment le bien-fondé du point de vue selon lequel le droit français interdit d'appel devant une juridiction étatique en matière d'arbitrage international ? La justification de cette politique peut se trouver dans les analyses de Christophe SERAGLINI, concrètement: « *l'arbitrage ne peut être une justice attractive que si l'œuvre des arbitres est dotée une grande autorité. Pour cela, il faut bien entendu que leur décision ne puisse être ni trop longtemps, ni trop facilement, contestée. Autrement dit, les voies de recours contre la sentence arbitrale doivent faire l'objet d'une approche restrictive. Dans cette perspective, la réforme opérée par le décret du 13 janvier 2011 contribue à renforcer l'autorité de la sentence arbitrale et de ce fait, du*

*tribunal arbitral, en limitant les possibilités de contestation de la sentence et en orientant par principe certains recours extraordinaires devant le tribunal arbitral lui-même [recours pour révision en l'arbitrage interne] et non devant les juridictions étatiques* »<sup>284</sup>. Ainsi, en France, le point de vue de l'interdiction d'appel contre une sentence en matière d'arbitrage international tient au désir de faciliter son développement.

357. Il est compréhensible que, pour que la justice arbitrale soit attractive, la sentence arbitrale soit dotée d'une grande autorité et ne puisse être ni trop longtemps, ni trop facilement, contestée. Le but final est d'assurer la rapidité et l'efficacité de cette procédure. Cependant, force est de rappeler ici que l'arbitrage est non seulement un mode de règlement juridictionnel des litiges mais aussi un mode conventionnel. Il ne faut donc pas priver le droit des parties dans le choix des règles applicables à l'arbitrage au service de leur pratique dans un domaine précis comme, par exemple, en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC. Les parties doivent avoir la pleine liberté dans le choix des règles pour faire en sorte que la solution obtenue grâce à la procédure arbitrale répond non seulement à la rapidité et l'efficacité dans le règlement des litiges mais également au besoin de préserver leurs intérêts et leur bonne relation dans l'avenir. Ce faisant, le droit belge en matière d'arbitrage nous offre une belle illustration à suivre lorsqu'il conserve le droit d'appel des parties contre une sentence arbitrale à l'article 1716 du Code judiciaire selon lequel « *il ne peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage. Sauf stipulation contraire, le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la communication de la sentence* ».<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup>CHRISTOPHE SERAGLINI, 'L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret No2001-48 du 13 janvier 2011', *Cahiers de l'arbitrage*, no. 1, avril 2011, p. 375.

<sup>285</sup> Cette disposition remplace l'article 1703 de l'ancien Code judiciaire de Belgique selon lequel « à moins que la sentence arbitrale soit contraire à l'ordre public ou que le litige ne soit pas susceptible d'être réglé par voie de l'arbitrage, la sentence arbitrale a l'autorité de chose jugée lorsqu'elle a été notifiée aux parties ... et qu'elle ne peut plus être attaquée devant les arbitres », voir : SIMONT (ed.), *op. cit.*, (note 280)., p. 301.

Christophe SERAGLINI<sup>286</sup> comme le Professeur Philippe Théry qui partage cette idée, a imaginé une solution selon laquelle, en droit français, les parties peuvent se référer à l’alinéa 2 de l’article 1502 du CPC pour interjeter appel d’une sentence arbitrale devant un autre tribunal arbitral.

358. Cette façon d’interpréter des dispositions du droit français de l’arbitrage international mérite d’attirer l’attention des experts vietnamiens, étant donné que dans la pratique au Vietnam, il existe les cas où les parties ont convenu de deux degrés d’arbitrage<sup>287</sup>, précisément, l’arbitrage vietnamien précédent et celui étranger subséquent et la sentence du dernier sera définitive pour les parties. Sur ce point, actuellement, les experts vietnamiens<sup>288</sup> en la matière considèrent que cette convention est nulle, étant donné que l’alinéa 5 de l’article 4 de la Loi de l’arbitrage commercial prévoit que la sentence arbitrale est définitive. Certains insistent sur la nullité partielle de ce type de convention d’arbitrage, précisément en ce qui concerne la valeur de la sentence arbitrale. D’autres estiment que cette clause d’arbitrage sera nulle en totalité. Cependant, sous l’angle du droit, bien que la Loi de l’arbitrage commercial du Vietnam prévoie la valeur définitive de la sentence arbitrale, aucune disposition de cette Loi n’interdit les parties d’aménager cette valeur. De ce fait, il ne sera pas juridiquement raisonnable de confirmer qu’une clause

---

<sup>286</sup> CHRISTOPHE SERAGLINI, *op. cit.*, (note 284) ; Cette idée est aussi partagée par certains experts pour qui « selon la jurisprudence, l’autorité de chose jugée est seulement d’intérêt privé. Il s’en déduit que sa violation n’entraîne pas une contrariété à l’ordre public international », voir : RACINE, *op. cit.*, (note 281), p. 541 ; Voir aussi : CA de Paris (Pôle 1-Ch. 1), Note-9 Septembre 2010, Claire BÉBOURG, *Rev. Arb.*, p. 976-990.

<sup>287</sup> Voir l’affaire dans la décision du DAB du 24 décembre 2008 entre *Vinci Sumitomo Mitsui Joint Venture et The Project Management Unit for the Vietnam Television Centre appliquant*. En l’espèce, le Livre Rouge 1987 a été appliqué. À l’article 67.4, les parties ont convenu qu’ « *Unless otherwise agreed by the parties, any dispute [...] shall be firstly referred to arbitration in Ha Noi, Vietnam, such arbitration shall be administered by Vietnam International Arbitration Centre (VIAC) in accordance with the arbitration rules of the VIAC. Notwithstanding the provision in the above paragraph, unless otherwise agreed by the parties. Any dispute in respect of which the decision, if any, of the above-mentioned arbitration in Ha Noi, Vietnam has not become final binding upon or enforceable against the parties hereto [...] shall be referred to arbitration in Tokyo Japan. Such arbitration shall be administered by the Japan Commercial Arbitration Association in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce. The award rendered in the arbitration in Tokyo, Japan shall be final and binding upon the parties hereto and may be brought to any court of competence jurisdiction for enforcement* ».

<sup>288</sup> VAN DAI DO, *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam - Bản án và bình luận bản án (tập 2)*, Hong Duc, 2017, p. 96.

stipulant deux degrés d'arbitrage sera nulle. Néanmoins, ce type de clause peut rendre les mauvais effets dans la société en matière d'arbitrage. Elle laisse sans doute à penser que les arbitres étrangers sont supérieurs à ceux vietnamiens. Ce faisant, la solution selon laquelle devrait être nulle la clause d'arbitrage stipulant deux niveaux d'arbitrage pour régler un même litige sur la base des mêmes règles de droit est acceptable. Cependant, tel n'est pas le cas de deux degrés d'arbitrage - en équité et en droit subséquent de la FIDIC-. Ici, deux procédures d'arbitrage se déroulent pour régler des litiges en s'appuyant sur deux fondements différents, l'un sur l'équité, l'autre sur les règles de droit. Reste à savoir si les parties peuvent combiner l'équité et le droit pour construire un mécanisme de règlement des litiges avec l'arbitrage en équité en amont et l'arbitrage en droit en aval ?

## **Section 2. Une combinaison de l'arbitrage en équité précédant l'arbitrage en droit subséquent**

359. Comme nous le savons, actuellement, un principe est établi selon lequel le tribunal arbitral tranche le litige soit en droit soit en équité ; le règlement des litiges en amiable composition uniquement dans le cas où les parties l'y ont expressément autorisé ; et à défaut de la désignation du droit applicable au litige par les parties, le tribunal arbitral est tenu d'appliquer les règles de droit<sup>289</sup>. Ainsi, les parties n'ont pas le droit de combiner l'arbitrage à la fois en équité et en droit d'une part, et, d'autre part, en cas d'absence d'accord des parties sur la loi applicable, l'arbitre doit trancher le litige en droit et non en

---

<sup>289</sup> Ce contenu figure à l'article 1710 du Code judiciaire belge ; à l'article 1511 et 1512 du CPC français ; la section 46 de l'Arbitration Act de la Grande Bretagne, précisément : "(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute – (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. [...] (3) if or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable". En droit anglais, les termes de "others considerations" laissent à penser que le tribunal arbitral peut trancher en équité, voir : Andrew TWEEDDALE and Keren TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005, p. 192; l'article 20, l'alinéa 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI, etc.



équité. Devant cette disposition du droit et face à la pratique de la FIDIC, une question se pose : les parties peuvent-elles combiner à la fois l'arbitrage en équité et en droit pour mettre l'équité en avant et rendre le droit subséquent (§2) ? Pour répondre à cette question, il convient de mettre en lumière la différence lorsque l'arbitre tranche les litiges en équité et en droit (§1).

***§1. La différence entre le règlement des litiges en droit et en équité par le tribunal arbitral***

360. Avant de justifier l'existence d'un écart entre l'arbitrage en droit et celui en équité (B), il est nécessaire de présenter le débat animé sur ce sujet (A).

***A. Le débat animé sur la distinction entre l'arbitrage en droit et en équité***

361. À ce sujet, le Professeur Jean PAILLUSSEAU, dans son étude sur le choix entre l'arbitrage en droit et en équité, a posé la question de savoir « *quelle est alors la différence entre un arbitrage en droit et un arbitrage en équité ?* ». <sup>290</sup> Ici, il a répondu qu'aujourd'hui, la distinction entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage en équité est beaucoup plus accentuée. Il a justifié cette distinction dans ses analyses selon lesquelles, « *il est incontestable que le raisonnement juridique suit un cheminement très caractéristique : la solution retenue résulte de l'application de texte, de principes juridiques, de précédents jurisprudentiels, de la stricte application de stipulations contractuelles, etc. Il se distingue du raisonnement en équité qui se caractérise par la recherche de la solution la plus juste en l'espèce. La motivation de la solution est différente dans les deux cas* ». À cet égard, il a montré qu'« *il est vrai que des divergences peuvent apparaître entre le droit et l'équité quand le droit poursuit des finalités qui sont, dans certains cas, étrangères à la seule recherche de la justice, de la solution équitable* [il explique que c'est le cas des prescriptions extinctives qui répondent généralement à des impératifs

---

<sup>290</sup> JEAN PAILLUSSEAU, 'Arbitrage: le choix entre le droit et l'équité', JCP, 2006, I, 108.

d'ordre, de sécurité et de paix sociale]. *Ou encore, lorsque l'application d'une règle, conçu de manière générale, peut se révéler contraire à l'équité dans un cas particulier.* » Cependant, pour nous, cette distinction entre l'arbitrage en droit et celui en équité n'est pas vraiment limpide. Précisément, pour quelle raison « *le raisonnement en équité [...] plus juste en l'espèce* » ? Ou si tel est le cas, quelle est la justification pour cette valeur plus juste. Ou bien, pourquoi le fait que *l'arbitrage en droit poursuit des finalités à la seule recherche de la justice, de la solution équitable* distingue celui-ci de l'arbitrage en équité ?

362. Dans le passé, ce sujet a été discuté, un point de vue contraire à celui du Professeur Jean PAILLUSSEAU trouvé dans l'étude du Professeur René DAVID<sup>291</sup> pour qui l'opposition entre l'arbitrage selon le droit et en amiable composition est un leurre, car « *le plus souvent les arbitres qualifiés d'amiables compositeurs ne cherchent pas à effectuer une transaction, mais ils se sentent obligés de statuer selon le droit parce qu'ils voient une sorte de ratio scripta et que nulle considération d'équité ne leur paraît exiger en l'espèce une déviation de ce que commande le droit [...]* L'amiable composition ne constitue nullement, dans la grande majorité des cas, une renonciation au droit ». <sup>292</sup> Ce point de vue a été aussi partagé par le Professeur Jean Baptiste RACINE pour qui « *dans tous les cas, il ne faut pas surestimer la différence entre l'arbitrage rendu en droit et un autre rendu en amiable composition. Tout est affaire de motivation. Un arbitre statue en droit saura habiller l'équité avec un vêtement juridique et l'arbitre statue en amiable composition saura parer le droit du vernis de l'équité. Autrement dit, fréquemment, dans l'arbitrage en droit, le droit est le premier plan et l'équité au second, tandis que dans l'arbitrage en amiable composition, les rôles sont inverses* ». <sup>293</sup> C'est aussi la remarque du Professeur Gerardo BROGGINI de l'Université de Milan selon laquelle « *la signification de la distinction entre*

---

<sup>291</sup> René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris : Economica, 1982 (Collection Etudes juridiques comparatives), p. 568.

<sup>292</sup> Ibid, p. 464.

<sup>293</sup> RACINE, op. cit., (note 281).

*l'arbitrage en droit et l'arbitrage en équité n'est plus celle d'antinomie, mais plutôt celle d'une différence de degré ».*

363. Au regard de ces observations des trois Professeurs DAVID, BROGGINI et JEAN BAPTISTE, la méthode « opératoire » est appliquée pour parvenir à la conclusion selon laquelle dans le règlement des litiges en droit, il existe l'équité et dans l'équité, le droit appliqué.
364. Contrairement à ce qui a été dit ci-dessus, le Professeur POUDRET pense « *qu'il n'y a pas seulement une différence de degré, mais véritablement une différence d'approche entre l'arbitrage en droit et l'arbitrage en équité* ». Précisément, « *l'arbitre, en droit, doit procéder au syllogisme judiciaire, confronter les cas d'espèce à la norme générale, qui est la norme légale. Que ce soit une loi, un règlement, un traité international, peu importe. Il y a une norme objective préexistante à laquelle le juge ou l'arbitre doit adapter la solution [...] l'arbitre en équité ne doit pas déduire une solution d'une règle générale ; il doit rechercher quelle est la solution d'espèce in casu qui lui paraît tout simplement la plus équitable, c'est-à-dire la plus appropriée aux circonstances, à la justice, à son sentiment à la justice, et non à une règle préétablie. C'est la grande différence entre les deux choses* ». <sup>294</sup> L'explication selon laquelle l'arbitre en équité recherche une solution plus équitable est trouvée aussi dans le sens des termes d'un arrêt de la Cour de cassation française selon laquelle les pouvoirs d'amiable compositeur conférés à l'arbitre sont « *la recherche de la solution la plus juste pour régler la difficulté* ». <sup>295</sup> Pourtant, selon les commentaires de Jean PAILLUSSEAU <sup>296</sup> - Professeur émérite de l'Université de Rennes I, « *c'est une précision importante mais elle ne résout pas complètement la difficulté* » dans la mise en lumière de la différence entre l'arbitrage en droit et en équité. Certes, il sera

---

<sup>294</sup> ASSOCIATION SUISSE DE L'ARBITRAGE, 'Débat sur l'équité', Kluwer Law International, vol. 9, no. 2, 1991.

<sup>295</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 février 1990, No : 88-16831.

<sup>296</sup> JEAN PAILLUSSEAU, *op. cit.*, (note 290).

inoportun de dire que l'arbitrage en équité emporte une solution la plus équitable, étant donné que, comme nous enseigne le Professeur Philippe THÉRY, quel que soit le type d'arbitrage en droit ou en équité, les parties souhaitent obtenir un résultat équitable. Ainsi, la méthode de déduction d'une situation concrète pour donner la conclusion générale sur la précellence de l'arbitrage en équité du Professeur POUDRET ne justifie pas toujours la différence entre l'arbitrage en droit et en équité.

365. Quel est le bien-fondé pour privilégier l'arbitrage en amiable composition à l'arbitrage en droit - l'équité plutôt que le droit ?

***B. La preuve de la suprématie de l'arbitrage en équité par rapport à l'arbitrage en droit***

366. De tout ce qui précède, la méthode tant opératoire que de déduction ne peut pas justifier la suprématie de l'arbitrage en équité par rapport à celui en droit. De ce fait, nous essayons d'appliquer d'autres méthodes, il s'agit de les mesurer et de mettre les deux procédures dans la balance. L'arbitrage en droit est-il « plus lourd » que l'arbitrage en équité (1) ? Et l'arbitrage en droit qui a été judiciarisé va-t-il plus loin dans la mission d'arbitrage que celui en équité (2) ?

*1. L'arbitrage en droit plus lourd que celui en équité*

367. La conclusion selon laquelle l'arbitrage en droit est plus lourd que l'arbitrage en équité trouve sa cause dans ce qui concerne le droit, étant donné que « le droit se veut précis et rigoureux »<sup>297</sup>. Dans l'étude sur les conceptions de l'ordre social et du droit, cette rigueur a été justifiée par le Professeur René DAVID, précisément : le droit « *est inapte à régler les conflits, dans la mesure où il prévoit des solutions qui seraient imposées à l'une des parties. De telles*

---

<sup>297</sup> Jacques BÉGUIN, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable composition », Marc PUECH and Georges WIEDERKEHR (eds.), *De code en code: mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009 (Études, mélanges, travaux), p. 1 ; On peut voir aussi la lourdeur de la loi dans l'Évangile, Romains 3-18 : « la loi, en effet, ne donne que la connaissance du péché ».

*solutions seront toujours précaires, car elles paraîtront à celui qu'elles condamnent ne pas exprimer autre chose que la volonté du plus fort. Une solution imposée, de même, ne sera jamais une bonne solution dans les rapports entre membres d'une famille ; le droit ne pénètre dans de tels rapports que pour détruire la famille, si même qu'il n'en prononce pas formellement la dissolution (divorce). Une solution imposée n'est pas appropriée pour régler les conflits qui se produisent au sein d'une entreprise, car ici à nouveau ce qui importe est une solution de conciliation vers l'avenir. [...] Le droit, trop orienté vers le passé, trop axé sur le respect de règles, trop respectueux des solutions établies et trop soucieux des « droits » de chacun, est impropre à donner une solution « juste » au litige ».<sup>298</sup> La justice de cette solution doit être comprise dans le sens selon lequel elle apporte aux justiciables *la paix, l'harmonie, la concorde, la condition d'une coexistence qui s'impose dans l'avenir* »<sup>299</sup> plutôt dans le sens de la justice universelle aux yeux des législateurs. C'est la raison pour laquelle aussi pour DAVID, de plus en plus, on reconnaît à l'administration et au juge une certaine latitude dans l'application du droit, concrètement : *« l'administration jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, le juge a des pouvoirs d'équité ; la règle de droit subsiste, mais elle perd de sa rigueur [lourdeur]; elle ne constitue plus qu'un modèle, ou elle se borne à fixer des limites, un maximum et un minimum, entre lesquelles on cherchera à découvrir quelle est la solution la plus juste »*<sup>300</sup> [nous soulignons]. Cela signifie que la proportion rigoureuse du droit a été réduite dans la solution obtenue pour répondre au besoin de paix, d'harmonie, de concorde et de condition d'une coexistence dans l'avenir des parties. Cette étude de DAVID peut être renforcée grâce à l'affirmation de la Cour d'appel de Paris qui mérite d'être rappelée ici une fois de plus selon laquelle *« la clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la loi, les parties perdant la prérogative d'en exiger la**

---

<sup>298</sup> RENÉ DAVID, *Le droit comparé: droits d'hiers et droits de demain*, Economica, 1982, p. 100.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 100

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 107

*stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer des conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige* »<sup>301</sup>

[nous soulignons]. De tout ce qui précède, il est raisonnable de conclure que l'arbitrage en droit est plus lourd que l'arbitrage en équité. Il en résulte que l'arbitrage en équité mérite d'être privilégié dans le choix d'un mode de règlement des litiges.

*2. L'arbitrage en droit judiciairisé allant plus loin dans la mission de l'arbitrage que celui en équité*

368. La suprématie de l'arbitrage en amiable composition par rapport à l'arbitrage en droit peut être aussi justifiée par le fait que ce dernier qui a été judiciairisé va plus loin dans la mission d'arbitrage que celui en équité. Certes, selon Aristote, « *l'arbitre vise à l'équité, le juge à la loi, l'arbitrage a été pour que l'équité soit appliquée* »<sup>302</sup>. Plusieurs recherches peuvent illustrer ces propos. À titre d'exemple, l'étude de Klaus Peter BERGER montre que « *jusqu'à il y a environ vingt ans, l'arbitrage international était une procédure ad hoc axée sur le compromis, caractérisée par l'absence de formalisme et l'accent mis sur l'équité. La sentence arbitrale n'était pas tant vénérée pour son exactitude ou sa précision juridique que pour son sens de l'équité et sa sagesse pratique. Depuis longtemps, à l'arbitre était dévolue une sorte d'autorité paternaliste, l'arbitre étant souvent expert du même domaine d'activité que les parties. Celles-ci souhaitent que l'arbitre rende un résultat juste et équitable même si cela signifiait parfois qu'il peut méconnaître les termes exprès du contrat ou les dispositions claires de la loi choisie. Ces rôles de l'arbitre sont parfois décrits en termes de doctrines formelles, tels qu'amiable compositeur et ex aequo et bono, qui autorisent expressément ceux-ci à méconnaître les restrictions des règles dites auxiliaires, telles que les règles de prescription,*

---

<sup>301</sup> CA Paris, le 28 novembre 1996, Rev. Arb. 1997, p. 380, Note É. Loquin.

<sup>302</sup> Rhétorique I, 1374 b, in RACINE, *op. cit.*, (note 281), p. 497.

*afin de faire Justice »<sup>303</sup>. Partager cette conception de l'arbitrage, le Professeur PERROT voit dans l'arbitre un acteur qui est - « essentiellement un homme, un homme de chair et d'os, un homme qui est directement choisi par les parties qui le connaissent, qui ont confiance en lui et qui demandent de les départager, d'arranger ou de régler leur différend de la manière plus simple, plus directe possible, sans formalisme, sans recours au droit des juristes ».<sup>304</sup>*

Cependant, cette conception classique et qui est très belle d'ailleurs, de l'arbitre est aujourd'hui singulièrement altérée. Une des raisons notables de cette altération, pour monsieur PERROT, réside dans le phénomène de judiciarisation de l'arbitrage, précisément : *« les arbitres aujourd'hui, les plus nombreux sont des arbitres « organisés », dans le cadre d'institutions permanentes d'arbitrage : or ces institutions dépersonnalisent à leur tour l'arbitrage, en établissant à l'avance des listes d'arbitres dans lesquelles seront choisis, et pas nécessairement par les parties, ceux qui trancheront le litige, et en édictant des règlements d'arbitrage qui sont de petits codes de procédure privés concurrents des codes des États ; véritables juridictions privés, ces Centres d'arbitrage, de plus, ont un siège, un personnel, un secrétariat, des mécanismes quasi judiciaires se déclenchent, dans les arbitrages de type institutionnel, d'une manière assez comparable à celui qui*

---

<sup>303</sup> Peter BERGER, CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW, WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS (FIRM) and KLUWER LAW INTERNATIONAL (FIRM), Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration, 2015, p. 293, No. 16-29: "Until about twenty years ago, international arbitration was an ad hoc compromise-oriented process characterized by its informality and emphasis on fairness. Arbitral decisions were not revered so much for their legal accuracy or precision as much as for their sense of fairness and practical wisdom. The arbitrator of yesteryear was often an expert from the same industry as the parties, who exercised a sort of paternalistic [...] authority. The arbitrator was expected to rend a just and equitable result, event if that sometimes meant disregarding the express terms of the contract or the clear provisions of chosen law. These modes of decision-making are sometimes described in terms of formal doctrines, such as amiable compositeur and ex aequo et bono, expressly authorize arbitrators to disregard the strictures of so-called auxiliary rules, such as statutes of limitation, in order to "do justice"".

<sup>304</sup> PHILIPPE FOUCHARD, ÉMANNUEL GAILLARD, XAVIER BOUCOBZA and CHARLES JARROSSON, *Écrits: Droit de l'arbitrage, droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 213. Cette image de l'arbitrage existe aussi dans la définition sur l'arbitrage : « l'arbitrage est une méthode de résolution des différends qui était caractérisée par la souplesse, l'informalité et la rapidité de la procédure. Parce que la liberté des parties leur permet de conduire la procédure comme il leur convient le mieux », voir : Basak BASOGLU, Walid BEN HAMIDA, Lotfi CHEDLY and Filali OSMAN, *Où va l'arbitrage international? de la crise au renouveau: journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb*, Istanbul, avril 2016, Paris : Lexis Nexis, 2017, p. 13.

*déclenche l'assignation devant le juge judiciaire* »<sup>305</sup> [nous les soulignons]. Ce phénomène se définit, par William PARK, comme « *la judiciarisation de l'arbitrage qui est la transformation procédurale de la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage afin de ressembler de plus en plus à la juridiction étatique* »<sup>306</sup>. Ce phénomène est-il la conséquence d'une disposition qui existe dans la législation de la plupart des pays dans le monde d'aujourd'hui selon laquelle « en l'absence de désignation du droit applicable des parties, l'arbitre doit statuer en droit » et non en équité ? Par conséquent, pour éviter l'annulation de la sentence par les juges étatiques, l'arbitre doit observer de manière stricte le droit tant substantiel que procédural pour se rapprocher des juges étatiques dans le règlement des litiges. Ce phénomène, pour Jan PAULSSON, a créé une mauvaise réputation pour l'arbitrage international<sup>307</sup>. Il en résulte que, dans le colloque tenu à Istanbul des 8 et 9 avril 2016 avec le sujet « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau », Ahmet Cemil YILDIRIM - Directeur du Master de Droit du commerce international de l'Université Istanbul Kemerburgaz retient notre attention sur l'arbitrage d'aujourd'hui que « *ni la liberté des parties ni la souplesse ne caractérisent plus la procédure arbitrale. Plus l'arbitrage s'éloigne de son caractère souple, plus il se standardise, plus il se rapproche de la juridiction étatique et plus la volonté des parties perd son importance* ». <sup>308</sup> Au contraire, avec l'amicable composition, la liberté des parties et la souplesse de l'arbitrage sont assurées comme le souhaite René DAVID, « *tous les arbitres sont, dans une*

---

<sup>305</sup> Ibid, p. 213.

<sup>306</sup> « Judicialization of arbitration : the procedure transformation of arbitral dispute resolution to resemble court litigation more closely », voir W.W. PARK, Procedure Evolution in Business Arbitration : Three studies in Change, in Arbitration of International Business Dispute, 2006, p. 56 cité dans BASOGLU et al., *op. cit.*, (note 304)., p. 17.

<sup>307</sup> “We are perhaps quicker to learn mischief from each other than we learn the virtue. The mischief I have in mind has been decried as the jurisdictionalisation of international arbitration” in Jan PAULSSON, “Lesson of last decade: The promise and danger of globalisation and practice under LCIA Rules” in Martin HUNTER, Arthur L. MARRIOTT, V. V. VEEDER and LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (eds.), The internationalisation of international arbitration: the LCIA Centenary Conference, London ; Boston : Graham & Trotman/M. Nijhoff, 1995, p. 61.

<sup>308</sup> Voir : Ahmet Cemil YILDIRIM, « Où va la liberté des parties dans l'arbitrage international ? » dans BASOGLU et al., *op. cit.*, (note 304)., p. 21.



*large mesure, des amiables compositeurs, parce que leur préoccupation, conforme à la volonté des parties, est d'arriver à une solution de juste plus que d'appliquer un rigoureusement un droit étatique donné* ». <sup>309</sup> Cette idée a été aussi exprimée dans l'explication du Professeur et arbitre - Van Dai DO - que « *les parties ont la libre de disposition des droits que la loi supplétive leur accorde. Elles peuvent donc valablement renoncer à la sanction de ces droits avec l'amiable composition* ». <sup>310</sup> Ainsi, si dans le jugement en droit, le droit est comme un roi à qui les parties sont tenues de se soumettre, dans le jugement en équité, le droit n'est qu'un moyen au service de la libération de leur esprit qui tend à la vie et la paix <sup>311</sup>.

369. De tous les développements ci-dessus, il est notoire que l'arbitrage en droit est plus lourd que l'arbitrage en équité d'une part, et, d'autre part, le premier se rapproche plus de la procédure judiciaire étatique et va plus loin dans la mission arbitrale que l'arbitrage en équité qui est une procédure de règlement des litiges axée sur la paix et l'intérêt de chacune des parties <sup>312</sup>. De ce fait, pour les systèmes du droit national qui distinguent entre l'arbitrage en équité et en droit, faut-il privilégier l'arbitrage en équité « *en cas d'absence de la convention des parties sur la loi applicable au litige, l'arbitrage tranche le différend en équité* » au lieu d'en droit ? Pour les pays dont la législation ne connaît pas cette dichotomie comme le droit vietnamien, il est souhaitable que les autorités compétentes puissent avoir un regard tolérant pour reconnaître la

---

<sup>309</sup> DAVID, *op. cit.*, (note 291), No 453, p. 568.

<sup>310</sup> Voir Van Dai DO, « L'amiable composition, une voie à privilégier dans l'arbitrage » dans Jacques MESTRE and Bouches-du-Rhône) CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE (AIX-EN-PROVENCE (eds.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ?*: actes du colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 à Aix-en-Provence, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 264.

<sup>311</sup> En ce qui concerne le rôle du droit ou de la Loi, nous avons aussi rencontré lors d'étude de l'Évangile. Ici, les chrétiens font face à la question selon laquelle « faut-il suivre la loi ou suivre Jésus ? ». La réponse à cette question trouvée dans l'Épître de Paule au Romains : « la loi, en effet, ne donne que la connaissance du péché (3.20) » ; « La loi de l'Esprit qui donne la vie en Jésus Christ m'a libéré de la loi du péché et de la mort [...] sous l'empire de l'Esprit, on tend à ce qui est spirituel : la chair tend à la mort, mais l'Esprit tend à la vie et la paix (8. 2 et suivants) ».

<sup>312</sup> BERGER et al., *op. cit.*, (note 303), p. 295, No 16-33: "Indeed, arbitration as we experience it today has move away from the idea of a peaceful and interest-oriented dispute resolution process of former times".

nature arbitrale d'une procédure de règlement des litiges donnée comme celle du DAB de la FIDIC.

370. Cependant, pour privilégier l'arbitrage en amiable composition par rapport à celui en droit, il est inévitable de poser la question sur l'attitude de la pratique à l'égard d'arbitrage *ex aequo et bono*. Aujourd'hui, il semblerait qu'il ne soit plus raisonnable de réitérer la conclusion de René DAVID en 1982 selon laquelle « *il n'y a pas toujours lieu de donner aux arbitres les pouvoirs d'amiables compositeurs, et il est bien des cas où on ne le fait pas* »<sup>313</sup>, étant donné qu'une nouvelle tendance a été ouverte en la matière. À titre d'illustration, en 2006, l'avocat Benoît LE BARS a partagé ses expériences selon lesquelles « *le droit de l'arbitrage international illustre souvent le souhait de rendre une décision qui ne soit pas le strict résultat d'une application de la règle de droit* »<sup>314</sup>. Plus tard, en 2009, le Professeur Jacques BÉGUIN a exposé que « *les entreprises confient fréquemment leurs litiges à des arbitres amiables compositeurs* »<sup>315</sup>. Aujourd'hui, nous partage Maître Thi My Hanh NGO-FOLLIOT<sup>316</sup>, « *lorsque les parties recourent à l'arbitre, elles visent souvent à une solution en équité* ». Qui plus est, si l'arbitrage en droit est judiciaire, la tendance de déjuridictionnalisation<sup>317</sup> à travers le développement des MARL justifie-t-elle aussi la préférence de l'arbitrage en équité pour éviter les inconvénients de l'arbitrage judiciaire d'aujourd'hui, étant donné que les raisons conduisant le justiciable à recourir aux MARL coïncident avec celles de son recours à l'arbitrage dans le passé pour éviter les

---

<sup>313</sup> Ibid, p. 465.

<sup>314</sup> BENOÎT LE BARS, 'Aperçu rapide: Usage de l'amiable composition dans l'arbitrage CCI, un droit évolutif à l'étude', JCP, 2006 (2), p. 2079.

<sup>315</sup> PUECH and WIEDERKEHR (eds.), *op. cit.*, (note 297), p. 1.

<sup>316</sup> Avocate au Barreau de Paris et Présidente de la Confédération nationale des avocats (CNA) française en 2016-2017.

<sup>317</sup> LUDWICZAK, *op. cit.*, (note 13), p. 21: La notion de « déjuridictionnalisation dispose ainsi un sens spécifique car elle suppose une résolution du litige dans des formes différentes de celle du recours à la saisine de la juridiction normale compétente. Il s'agit donc d'un phénomène de déjuridictionnalisation dont les avantages avancés sont ceux d'une résolution plus rapide, moins coûteuse et rapprochant les justiciables afin de parvenir à la paix sociale ».

juridictions étatiques ?<sup>318</sup> Ce phénomène est-il une preuve notoire pour justifier l'attitude favorable de la pratique à l'égard de l'arbitrage en amiable composition ? Il en résulte que l'arbitrage en équité mérite aussi de se classer en tête des problèmes prioritaires dans la politique favorable aux MARL d'aujourd'hui, l'arbitrage en équité étant une alternative de l'arbitrage en droit ? Si tel est le cas, quelle est l'explication pour militer en faveur d'une combinaison à la fois d'arbitrage en équité et en droit ?

## §2. *La manière de combiner l'arbitrage en équité et celui en droit*

371. Si on respecte la liberté des parties dans le choix des règles applicables à la résolution amiable de leur litige, la combinaison de l'arbitrage en équité et de celui en droit peut trouver son fondement dans l'argument ci-dessous du Professeur René DAVID selon lequel *la règle de droit [...] se borne à fixer des limites, un maximum et un minimum, entre lesquelles on cherchera à découvrir quelle est la solution la plus juste* »<sup>319</sup>. Aux termes de ces analyses, on peut raisonner qu'en premier lieu, lorsqu'on conclut un contrat dans l'esprit collaboratif, les contractants sont prêts à prévoir l'arbitrage en équité pour que le litige soit réglé plus rapidement. À titre d'illustration, les parties, pendant quatre-vingts quatre jours de la procédure du DAB, doivent parvenir à un

---

<sup>318</sup> Voir dans la Partie d'Introduction de la présente Thèse, No 10 : Les raisons pour la floraison des MARL : pour avoir une solution qui peut-être moins exactes en droit mais plus satisfaisantes sur le plan personnel ou économique. Ce souhait a été aussi trouvé dans les motivations d'arbitrage dans le passé grâce aux études de René DAVID, précisément : « Les raisons pour lesquelles on recourt à l'arbitrage sont multiples. Quatre catégories de cas peuvent être distinguées. Dans une première série de cas on cherche à obtenir un règlement du litige conforme à ce que décideraient des juges, mais dans des conditions qui paraissent aux parties être meilleurs que si elles recouraient à la justice des tribunaux : le litige sera résolu plus rapidement, plus économique, selon une procédure moins rigide par des personnes ayant leur confiance ou possédant des connaissances techniques que l'on ne peut s'attendre à trouver chez les juges. Dans une deuxième série de cas la raison qui pousse les parties à convenir d'un arbitrage est leur désir de voir leur contestation résolue, quant au fond, autrement qu'elle ne le serait si elle l'était par les juges. Ceux-ci appliqueraient le droit qui leur est prescrit par l'État qui les a investis de leur mission ; les parties souhaitent voir appliquer un autre droit : droit corporatif fondé sur les usages du commerce ou lex mercatoria de caractère international, distinct des droits nationaux. Dans une troisième série de cas [...] on entend que le litige soit réglé autant que possible à leur satisfaction mutuelle et ne vienne pas troubler les rapports que dans l'avenir elles comptent continuer à avoir avec l'autre... » voir : DAVID, *op. cit.*, (note 291), p. 15-16.

<sup>319</sup> RENÉ DAVID, *op. cit.*, (note 298), p. 107

résultat oscillant entre le maximum et le minimum imposé par le droit, en vue d'assurer l'exécution du contrat et de maintenir leur bonne relation. Si la solution obtenue grâce à l'arbitrage en équité crée un décalage qui dépasse la limite de l'accord par rapport à une solution légale, la partie intéressée peut, en second lieu, recourir à l'arbitrage en droit pour aboutir à une solution légale. Pour mieux comprendre cette situation, on peut entrer dans le détail de la procédure de l'arbitrage de la FIDIC comme ce qui sera développé dans le chapitre qui suit.

### **La conclusion du chapitre**

372. En guise de conclusion du chapitre, le partage du Professeur Giovanni LUDICA de l'Université Bocconi de Milan retient notre attention, précisément : « *les parties conviennent de conférer à l'arbitre le pouvoir de juger en équité parce que, plutôt que de se fier au droit, elles préfèrent s'en remettre à la sagesse non seulement juridique mais à tous points de vue, à la compétence professionnelle et à l'expérience de la vie, à la sensibilité, à la capacité de comprendre les faits économiques et les affaires, à la vertu, à l'équilibre, à la prudence et, lato sensu, à la culture de la personne désignée comme juge* »<sup>320</sup>. Cela veut dire que la procédure de règlement des litiges en équité présente plusieurs intérêts. De ce fait, il est souhaitable que l'arbitrage en équité puisse être privilégié dans les situations suivantes : - d'abord, dans le cas où la clause d'arbitrage ne préciserait pas la base sur laquelle le tribunal arbitral tranche le litige, le tribunal arbitral statue en équité. - Ensuite, les procédures de règlement des litiges comme le DAB de la FIDIC sont considérées comme répondant aux conditions d'un arbitrage. - Et enfin, si les justiciables constituent un mécanisme de règlement des litiges selon lequel l'arbitrage en équité préalable et l'arbitrage en droit subséquent comme dans le régime de la FIDIC, la légalité de cette combinaison nécessite d'être reconnue.

---

<sup>320</sup> GIOVANNI LUDICA, 'Chronique de jurisprudence étrangère, Italie', Rev. Arb, vol. 2012, no. 3, 2012, p. 633-640 (précise : p. 635).

## CHAPITRE 2

# LA PROCÉDURE ARBITRALE POUR TRANCHER À NOUVEAU LE LITIGE DÉJÀ RÉGLÉ PAR LE DAB ET L'INGÉNIEUR

373. En ce qui concerne la procédure arbitrale prévue par la FIDIC, notre attention est portée sur les conditions d'ouverture de l'arbitrage (Section 1) après achèvement de la procédure de l'ingénieur et du DAB et sur le champ de compétences du tribunal arbitral à l'égard du litige déjà réglé par l'ingénieur ou par le DAB (Section 2).

### **Section 1. Les conditions d'ouverture de l'arbitrage après achèvement de la procédure de l'ingénieur et du DAB**

374. En matière de construction, il existe un délai d'application des procédures contractuelles<sup>321</sup> de sorte que mérite considération le moment du recours à l'arbitrage qui préside à la forclusion du recours si celui-ci est formé après le délai imparti. Ainsi se pose la question de la détermination du moment où le litige est déféré à l'arbitrage en vertu des contrats-types FIDIC (§1). Puis, nécessitent d'être étudiées aussi les dispositions du droit qui permettent aux parties de solliciter la juridiction étatique pour proroger le délai de recours à l'arbitrage (§2). Enfin, il convient d'analyser la clause sur le règlement amiable des litiges qui est considérée aussi comme une condition préalable à l'arbitrage (§3).

---

<sup>321</sup> Voir le détail dans la Section 2 du Chapitre préliminaire de la présente Thèse

### §1. *Le moment du recours à l'arbitrage*

375. À ce sujet, à titre d'obiter dictum, deux affaires seront examinées, l'une concerne la contestation de la décision de l'ingénieur et l'autre la décision du DAB.
376. D'abord, c'est l'affaire déférée à la Cour suprême anglaise du 12 octobre 1999<sup>322</sup>. En l'espèce, à réception de la décision de l'ingénieur, une partie a notifié sa contestation en précisant que c'était une décision inacceptable. Cependant, cette notification n'est pas considérée comme un recours à l'arbitrage par le défendeur. La Cour suprême a adopté le point de vue du défendeur selon lequel, pour l'ouverture de l'arbitrage, le demandeur doit notifier son intention de déférer le litige à l'arbitrage sur la base des termes « *the employer or contractor dissatisfied with any decision of engineer [...] may [...] refer the dispute to the arbitration by serving on the other party a written notice to refer* » (l'entrepreneur ou le maître de l'ouvrage qui n'est pas satisfait de la décision de l'ingénieur peut recourir à l'arbitrage par une notification de ce recours à la partie adverse). Ainsi, pour la Cour anglaise, le moment d'ouverture de l'arbitrage est fixé à la date de notification de l'intention de recourir à l'arbitrage. Peut-on appliquer cette logique au Livre Rouge 1987 lorsque celui-ci stipule aussi que la partie qui n'est pas satisfaite de la décision de l'ingénieur doit notifier son intention de recourir à l'arbitrage à la partie adverse ? La réponse à cette question peut être trouvée dans l'affaire de la Cour d'arbitrage de la CCI ci-dessous.
377. Dans l'affaire 16435<sup>323</sup> portée en 2013 devant de la Cour d'arbitrage de la CCI, en se basant sur les termes du contrat selon lesquels « *either party may refer a decision of the Adjudicator to an Arbitrator within 28 days of the Adjudicator's written decision* », une partie a envoyé, dans le délai prévu, une lettre dans laquelle elle précise : « cette lettre sert de notification pour

---

<sup>322</sup> *Harbour and General Works Ltd. v. Environment Agency* [2001] 1 W.L.R. 950 du 12 octobre 1999,.

<sup>323</sup> *ICC Dispute Resolution Bulletin, op. cit.*, (note 68), p. 68.

l'ouverture d'arbitrage à l'égard de la décision du DAB » (*This [letter] serves as our notice to commence arbitration with respect to the adjudicator's decision*). Contrairement à ce qu'a jugé le juge anglais, cette lettre n'a pas été reconnue comme un recours valable à l'arbitrage par le tribunal arbitral pour lequel ce recours, pour être valable, doit être fait en vertu du Règlement procédural d'arbitrage de la CCI choisi par les parties dans le contrat. Concrètement, selon l'article 4 de ce Règlement, «1- toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage selon le Règlement adresse sa demande d'arbitrage (la Demande) au Secrétariat, à l'un des bureaux mentionnés dans le Règlement intérieur. Le Secrétariat notifie au demandeur et au défendeur la réception de la Demande et la date de celle-ci. 2- La date de réception de la Demande par le Secrétariat est considérée, à toutes fins, être celle d'introduction de l'arbitrage ». Aux termes de ce Règlement, le moment pour considérer la validité du recours à l'arbitrage est fixé à la date de réception de la demande d'une partie par le Secrétariat de la CCI et non à la date de la notification de l'intention d'une partie à l'autre de porter le litige à l'arbitrage.

378. Ainsi, se pose la question des stipulations des contrat-types FIDIC sur le moment du recours à l'arbitrage. Pour le comprendre, il convient d'analyser les stipulations de cahiers de la FIDIC ci-dessous.

#### **Le Livre Rouge 1987**

- « ... Dans le délai de quatre-vingt quatre jours à partir de la date de réception de la demande de règlement des litiges, l'ingénieur doit informer l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage de sa décision... ; Si une des parties n'est pas satisfaite de la décision de

#### **Le Livre Rouge 1999**

- « ... Dans le délai de quatre-vingt quatre jours à partir de la date de réception de la demande de règlement des litiges ou dans un autre délai prévu dans le certificat de redevance en vertu de l'article 6 de l'Appendice du contrat ou dans un autre délai proposé par le DAB avec l'approbation des parties, le DAB doit rendre sa décision... ; Si cette décision

*l'ingénieur ou l'ingénieur ne notifie pas sa décision aux parties dans le délai précité, le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur, dans le délai de soixante-dix jours à compter du moment où elle a reçu la notification de la décision de l'ingénieur ou à partir de l'expiration du délai de quatre-vingt quatre jours précité, peut notifier à la partie adverse, avec une copie à l'ingénieur, son intention de soumettre la question à l'arbitrage ... et aucun arbitrage ne peut être ouvert si cette notification n'a pas été faite... (art. 67. 1).*

*ne satisfait pas une des parties, elle peut, dans le délai de vingt huit jours à partir de la réception de cette décision, notifier son mécontentement à la partie adverse. Si le DAB n'a pas pris sa décision dans le délai de quatre-vingt quatre jours (ou dans un autre délai selon la convention des parties) après sa réception de la demande de règlement des litiges, une des parties peut, dans le délai de vingt-huit jours à partir de l'expiration de ce délai de quatre-vingt quatre jours, notifier son mécontentement à la partie adverse ... aucun arbitrage ne peut être ouvert si cette notification n'a pas été faite (20.4).*

379. À la lecture de ces deux clauses, il y a une modification des Livres FIDIC sur la forme de la notification. En vertu du Livre Rouge 1987, pour exprimer le mécontentement à l'encontre de la décision de l'ingénieur, une partie est tenue de notifier à la partie adverse son intention de recourir à l'arbitrage, tandis qu'en vertu du Livre Rouge 1999, pour contester la décision du DAB, une partie informe son adversaire de son insatisfaction et non de la notification de son intention de porter le litige devant l'arbitrage. Bien que cette différence réside dans la forme de la notification, celle prévue au Livre Rouge 1987 est de même nature que la notification de l'insatisfaction prévue au Livre Rouge 1999<sup>324</sup>, étant donné que les deux Livres<sup>325</sup> prévoient que l'arbitrage doit se

---

<sup>324</sup> CHRISTOPHER R. SEPPALA, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2008th ed., vol. 19-No2, p. 54.



dérouler selon le Règlement procédural d'arbitrage de la CCI. Avec cette stipulation, le point de départ du recours à l'arbitrage sera fixé, selon la logique du tribunal arbitral dans l'affaire 16435 ci-dessus, à la date de réception de la demande d'une partie par le Secrétariat de la CCI et non à la date de notification de l'intention d'une partie de porter le litige au tribunal arbitral, ni à la date de notification du mécontentement à l'égard de la décision du DAB. Si tel est le cas, les contrats-types FIDIC n'impartissent pas le délai de déférer le litige à l'arbitrage, étant donné que ces Livres<sup>326</sup> prévoient que l'arbitrage peut être ouvert à partir du cinquante-sixième jour après ces notifications.

380. Bien que la date de ces notifications ne soit pas l'élément déterminant pour fixer le point de départ du recours de l'arbitrage, les Livres de la FIDIC prévoient qu'aucun arbitrage ne peut être ouvert si ces notifications n'ont pas été faites. Les parties doivent donc veiller au délai de notification pour préserver le droit de recours à l'arbitrage. Après l'expiration de ce délai, le droit d'arbitrage anglais permet aux parties de solliciter la juridiction étatique pour proroger ce délai comme ce qui se développera ci-après.

## ***§2. La prorogation du délai de recours à l'arbitrage***

381. La section 12 de l'Arbitration Act de l'Angleterre prévoit que *« lorsqu'une convention d'arbitrage stipule que le recours sera forclus ou irrecevable si le demandeur n'a pas entrepris, dans un délai imparti, certaines démarches qui sont les conditions préalables pour ouvrir la procédure arbitrale ou pour achever une autre procédure de règlement des litiges préalable à l'arbitrage, la cour étatique peut ordonner la prorogation de ce délai pour permettre ces démarches ou pour achever cette procédure »*.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> L'article 67. 3 du Livre Rouge 1987 et l'article 20.6 du Livre Rouge 1999.

<sup>326</sup> Clause 67. 2 du Livre Rouge 1987 ou la Clause 20.5 du Livre Jaune 1999.

<sup>327</sup> Section 12 (1): "where an arbitration agreement to refer disputes to arbitration provides that a claim shall be barred, or the claimant's right extinguished, unless the claimant takes

Ainsi, d'abord, il convient d'avoir une convention d'arbitrage qui exige que, pour que l'arbitrage soit ouvert, les parties doivent, dans un délai prévu, remplir certaines conditions préalables. Ensuite, à l'expiration de ce délai, si les conditions préalables ne sont pas remplies et une des parties souhaite encore recourir à l'arbitrage, elle peut demander l'application de cette disposition.

382. Dans les contrats-types FIDIC, comme nous l'avons analysé ci-dessus, la convention d'arbitrage prévoit que la notification de l'insatisfaction à l'encontre de la décision de l'ingénieur ou du DAB qui doit être faite dans un délai prévu est une condition préalable à l'arbitrage. Aussi, à l'expiration de ce délai, si aucune notification valable n'a été faite et si une des parties souhaite encore recourir à l'arbitrage, elle peut, en droit anglais, solliciter la juridiction de ce pays pour faire proroger ce délai<sup>328</sup>. La condition préalable d'une notification valable est ainsi remplie. Cependant, selon l'alinéa 3 de cette Section 12 du même texte, cette prorogation n'est autorisée que dans deux cas<sup>329</sup> : « (a) *seulement dans les situations non prévues par les parties lorsque celles-ci ont conclu une convention en la matière et il serait alors opportun de proroger ce délai ; ou (b) dans le cas où le comportement d'une partie rendrait injuste le maintien de l'autre partie aux strictes conditions de la convention en la matière* ». Pour mieux comprendre cette disposition, il convient d'entrer dans la pratique de son application par les juges anglais.

---

within a time fixed by the agreement some step (a) to begin arbitral proceedings, or (b) to begin other dispute resolution procedures which must be exhausted before arbitral proceeding can be begun, the court may by order extend the time for taking that step”.

<sup>328</sup> Il est nécessaire de souligner que la Section 12 de l'Arbitration Act ne s'applique qu'à proroger le délai contractuel et non légal, voir : TWEEDDALE and TWEEDDALE, *op. cit.*, (note 289), p. 536.

<sup>329</sup> L'alinéa 3 de Section 12 de l'Arbitration Act prévoit : « The court shall make an order only if satisfied (a) that the circumstance are such as were outside the reasonable contemplation of the parties when they agreed the provision in question, and that it would be just to extend the time, or (b) that the conduct of one party makes it unjust tot hold the other party to the strict terms of the provision in question.

383. À ce sujet, l'affaire déférée à la Cour suprême anglaise du 12 octobre 1999<sup>330</sup> précitée sera prise à titre d'exemple. Dans ce cas concret, une partie a argué qu'elle avait eu l'intention de porter le litige à l'arbitrage dans le délai prévu. Seulement, la demande d'arbitrage a été formée sous une autre forme que celle exigée par le contrat. Précisément, le contrat stipule que, pour contester la décision rendue par l'ingénieur, une des parties est tenue de notifier à la partie adverse son intention de déférer le litige à l'arbitrage et non la notification de l'insatisfaction à l'encontre de la décision de l'ingénieur. À l'expiration du délai imparti pour cette notification, une partie a demandé au juge anglais de proroger ce délai en se basant sur l'alinéa 3 de la Section 12 de l'Arbitration Act. Cependant, cette demande a été rejetée par le juge anglais pour qui les conditions prévues dans cette Section 12 doivent être comprises de la manière suivante :

En ce qui concerne le point a de l'alinéa 3 selon lequel « *les situations non prévues par les parties lorsque celles-ci ont conclu une convention en la matière et il serait alors opportun de proroger ce délai* », la Cour britannique a expliqué ces termes dans le sens selon lequel : « *cette section n'autorise pas à interférer dans une clause contractuelle à moins que les situations ne soient telles que si celles-ci ont été prévues par les parties lors de la rédaction de cette clause, les parties auraient dû à tout le moins convenir que ce délai pourrait ne pas s'appliquer - il appartient alors à la cour de décider finalement si la justice exige une prorogation du délai* »<sup>331</sup>. Suivant cette explication, il existe deux conditions pour appliquer le point a de l'alinéa 3 de la Section 12. En premier lieu, il y a une convention des parties qui stipule les cas permettant de ne pas appliquer le délai de recours à l'arbitrage. En second lieu, dans la pratique, la situation créée ne relève pas de ces cas prévus. Le juge décidera donc de proroger ce délai s'il estime nécessaire en se fondant sur

---

<sup>330</sup> *Harbour and General Works Ltd. v. Environment Agency*, [2001] 1 W.L.R. 950 du 12 octobre 1999.

<sup>331</sup> "The section is concerned not to allow the court to interfere with a contractual bargain unless the circumstances are such that if they had been drawn to the attention of the parties when they agreed the provision, the parties would at the very least have contemplated that the time bar might not apply-it then being for the court finally to rule as to whether justice required an extension of time to be given", voir dans "*Harbour and General Works Ltd. v. Environment Agency*, [2001] 1 W.L.R. 950 du 12 octobre 1999", para 960.

l'exigence de la justice. Cela nous montre que l'application de ce point *a* dépend beaucoup de la volonté des juges.

En ce qui concerne le point *b* de l'alinéa 3 de la Section 12 ci-dessus selon lequel « *le comportement d'une partie rendrait injuste le maintien de l'autre partie aux strictes conditions de la convention en la matière* », la Cour anglaise a débouté le demandeur de sa demande en précisant : « *les intimées n'étaient pas obligées d'aviser les demandeurs que le délai sur le point d'expirer ou qu'il semblait que les demandeurs n'avaient pas lu les clauses y afférentes. Dans ce cas concret, il ne nous semble pas injuste de soumettre les requérants à des conditions strictes de délai* »<sup>332</sup>. Ici, pour la Cour, « *le comportement d'une partie rende injuste...* » c'est la violation de l'obligation d'une partie et cette violation rend injuste le maintien de l'autre partie aux strictes conditions de la convention sur le délai de recours à l'arbitrage.

384. En droit français et vietnamien, la disposition de l'alinéa 3 de la Section 12 ci-dessus du droit d'arbitrage anglais n'existe pas. Néanmoins, cette disposition ne semblait pas susciter suffisamment d'intérêt pour être un exemple à suivre. En premier lieu, pour suivre l'explication du juge anglais sur l'application du point *a* de cet alinéa 3, il y a le cas où les parties ont établi la liste des situations qui permettent aux parties de ne pas appliquer le délai imparti pour le recours à l'arbitrage. Si tel est le cas, il y aura facilement un risque qu'une partie en abuse délibérément pour ne pas respecter ce délai, étant donné que l'énumération n'a jamais été exhaustive. Qui plus est, la prorogation de ce délai dépend beaucoup de la volonté du juge et non de la celle des parties lors de conclusion de la clause d'arbitrage. Ainsi, l'arbitrage perd son caractère conventionnel. En second lieu, selon la logique du juge anglais, le point *b* de cet alinéa 3 ne s'applique que dans le cas de violation de l'obligation du défendeur. Si tel est le cas, cette disposition n'est pas vraiment nécessaire,

---

<sup>332</sup> “There was no obligation on the respondents to advise the applicants that time was about to expire or that it appeared that the applicants had failed to read the relevant provisions. In those circumstances it does not seem to me unjust to hold the applicants to the strict terms of the time bar”, voir dans *Harbour and General Works Ltd. v. Environment Agency*, [2001] 1 W.L.R. 950 du 12 octobre 1999, para. 961.

étant donné que le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude suffit pour permettre à la partie lésée-demandeur- de recourir à l'arbitrage si elle veut le poursuivre.

### **§3. Le règlement amiable des litiges préalable à l'arbitrage**

385. En ce qui concerne le règlement amiable des litiges, la stipulation du Livre Rouge 1987 est réitérée dans ceux des années suivantes, précisément :

#### **Livre Rouge 1987**

(Art. 67.2)

*Lorsque la notification de l'intention de soumettre le différend à l'arbitrage a été faite en vertu de l'article 67.1, les parties sont tenues de tenter de régler leur différend à l'amiable avant d'ouvrir la procédure arbitrale. Il est entendu que, sauf accord contraire entre les parties, l'arbitrage peut être ouvert à partir du cinquante-sixième jour après la notification d'intention de soumettre le différend à l'arbitrage dès lorsqu'aucune tentative de règlement à l'amiable n'a eu lieu ».*

#### **Livres de 1999**

(Art.20.5)

*Lorsque la notification du mécontentement a été faite en vertu de l'article 20.4 ci-dessus, les parties sont tenues de tenter de régler leur différend à l'amiable avant d'ouvrir la procédure arbitrale. Cependant, sauf convention contraire des parties, l'arbitrage peut être ouvert à partir du cinquante-sixième jour après notification du mécontentement dès lorsqu'aucune tentative de règlement amiable des litiges n'a eu lieu ».*

386. À première vue, ces stipulations peuvent laisser à penser que le règlement amiable des litiges est considéré comme une condition préalable à l'arbitrage<sup>333</sup> et elles ont pour but de favoriser le règlement amiable des litiges.

---

<sup>333</sup> Cette stipulation existe dans la plupart des contrats commerciaux internationaux TWEEDDALE and TWEEDDALE, *op. cit.*, (note 289), p. 263.

Cependant, en approfondissant ces dispositions, le texte des clauses ne restitue pas exactement le sens des ces stipulations puisqu'elles cachent un caractère contradictoire. Cette contradiction tient au fait que la première phrase prévoit une obligation de règlement amiable des litiges dans les termes selon lesquels « *les parties sont tenues de tenter de régler leur différend à l'amiable avant d'ouvrir la procédure arbitrale* » ; puis, à la deuxième phrase, cette obligation est déniée par les termes « *l'arbitrage peut être ouvert à partir du cinquante-sixième jour après notification de mécontentement a été donnée dès lorsqu'aucune tentative de règlement amiable des litiges n'a eu lieu* ». Ces termes laissent à penser que les parties peuvent attendre jusqu'au cinquante-sixième jour pour recourir à l'arbitrage sans qu'il soit nécessaire d'avoir une tentative de règlement amiable des litiges.

387. Face à cette situation, une solution du droit procédural français mérite d'être un exemple à suivre. Précisément, pour que le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges soit favorisé, le Décret 2015-282 du 11 mars 2015<sup>334</sup> oblige les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable préalablement effectuées. Ainsi, si la FIDIC souhaite toujours que le règlement amiable des litiges soit une condition préalable à l'arbitrage, elle doit prévoir qu' « *après la notification de l'insatisfaction à l'encontre du résultat de la procédure du DAB, les parties sont tenues de tenter de régler leur différend à l'amiable avant d'ouvrir la procédure arbitrale. Le recours à l'arbitrage n'est recevable que si le demandeur indique, dans l'acte de saisine du tribunal arbitral, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées* ». Ici, on pose la question de savoir comment on peut déterminer *les démarches de résolution amiable préalablement effectuées*. Pour répondre à cette question, on peut prendre l'exemple de l'affaire 16435<sup>335</sup> de la cour d'arbitrage de la CCI. En l'espèce, lors de la conclusion du contrat, les parties ne prévoient pas l'obligation de

---

<sup>334</sup> Ce décret 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends

<sup>335</sup> ICC Dispute Resolution Bulletin, *op. cit.*, (note 68), p. 68.

règlement amiable des litiges préalable à l'arbitrage. Mais de bonne foi, avant le recours à l'arbitrage, le demandeur a envoyé au défendeur une lettre pour proposer le règlement amiable des différends précisant : « *si le défendeur ne répond pas à la demande de règlement amiable des différends dans le délai de quatorze jours, le demandeur peut alors recourir à l'arbitrage* ». Ainsi, après ce délai de quatorze jours, cette lettre peut constituer la preuve *des démarches de résolution amiable préalablement effectuées*.

## **Section 2. Le champ de compétences du tribunal arbitral**

388. Comme on le sait, en vertu des contrats-types FIDIC, les procédures de règlement des litiges par l'ingénieur et par le DAB sont préalables à l'arbitrage. Il y aura ainsi deux situations : soit, après achèvement du délai fixé pour ces procédures, l'ingénieur ou le DAB peut prendre une décision pour régler le litige ; soit ils n'ont pas réussi dans la prise de sa décision pour régler le litige. Dans ce dernier cas, tous les Livres de la FIDIC prévoient que le litige sera porté devant le tribunal arbitral. En l'occurrence, la compétence de règlement des litiges du tribunal arbitral ne pose pas de problèmes dans la pratique d'application des contrats-types FIDIC. Le problème ne devient complexe que dans le cas où le litige aurait été réglé par une décision de l'ingénieur ou du DAB.
389. En ce qui concerne le litige qui a fait l'objet d'une décision de l'ingénieur, comme nous le savons, l'ingénieur est réputé être l'employé du maître de l'ouvrage, son indépendance et son impartialité dans le règlement des litiges sont donc douteuses. Par conséquent, sa décision de règlement des litiges dès lors qu'elle est devenue définitive et obligatoire aux termes du contrat, doit faire toujours l'objet d'un réexamen du tribunal arbitral comme ce qu'on a vu dans le Chapitre 2 de la Partie I de la présente Thèse. Cela signifie que, dès lorsqu'il y a une décision de l'ingénieur, le tribunal arbitral est toujours compétent pour trancher à nouveau le litige comme en l'absence de cette décision.

390. À la différence de cette situation, la décision du DAB doit être respectée et exécutée spontanément. Ainsi, se pose la question de savoir quelle est la mission du tribunal arbitral si le litige a été déjà réglé par le DAB. La réponse à cette interrogation se trouve dans les litiges arbitrables (§1) et la limitation du pouvoir des arbitres (§2).

***§1. Les litiges arbitrables en vertu des contrats-types FIDIC après la décision de règlement des différends du DAB***

391. La première catégorie de litiges arbitrables peut être trouvée à l'article 20.6 du Livre Rouge 1999, précisément : « *en l'échec de règlement amiable des litiges, sauf convention contraire des parties, tous litiges pour lesquels la décision du DAB (s'il y en a) n'est pas devenue définitive et obligatoire seront réglés par l'arbitrage* ». L'article 20.4 du même Livre stipule que « *si le DAB a pris une décision à l'égard de l'objet du litige et aucune notification de l'insatisfaction à son encontre n'a été faite dans le délai de vingt-huit jours à partir de la réception de cette décision, celle-ci deviendra définitive et obligatoire pour les parties* ». Aux termes de ces deux articles, la notification de l'insatisfaction à l'encontre de la décision du DAB fait perdre à celle-ci son caractère définitif. En l'occurrence, les catégories de litiges arbitrables seront possibles : ceux relatifs à l'exécution spontanée de la décision du DAB dans le délai de la notification de l'insatisfaction, (étant donné que le quatrième paragraphe de cet article 20.4 précise que la décision du DAB est obligatoire pour les parties qui doivent l'exécuter d'emblée sauf le cas où ou jusqu'au moment où celle-ci a fait l'objet d'un réexamen dans la procédure de règlement amiable ou dans une sentence arbitrale) et ceux qui sont réglés par le DAB mais la partie insatisfaite demande au tribunal arbitral de les trancher à nouveau.
392. La deuxième catégorie des litiges arbitrables se trouve dans l'article 20.7 du même Livre qui concerne l'exécution de la décision du DAB dans les conditions suivantes : d'abord, aucune notification du mécontentement à l'encontre de la décision du DAB n'a été faite dans le délai prévu à l'article



20.4 ; ensuite, cette décision est devenue définitive et obligatoire pour les parties ; et enfin le débiteur ne l'exécute pas. Dans ce cas-là, la partie bénéficiaire peut déférer cette inexécution au tribunal arbitral en vertu de l'article 20.6 du même Livre.

393. Ainsi, quel est le champ de compétences du tribunal arbitral à l'égard de chaque type de litige ci-dessus ?

### *§2. Les limitations de la compétence du tribunal arbitral*

394. Aux termes de ces clauses, toutes sortes de litiges peuvent être portées devant le tribunal arbitral pour être tranchées en vertu de l'article 20.6. En ce qui concerne la compétence du tribunal arbitral, cette clause 20.6 précise que celui-ci « *a tout pouvoir de remettre en cause, revoir, ou réexaminer [...] n'importe quelle décision du DAB relatif au litige* ». Cette stipulation laisse à penser que le pouvoir du tribunal arbitral est très vaste d'une part, et d'autre part, que la FIDIC ne précise pas la mission concrète de celui-ci pour chaque catégorie de litige. Aussi, devons nous le trouver dans la pratique d'application des contrats-types FIDIC.
395. À ce sujet, l'affaire de Singapour<sup>336</sup> mérite considération. En l'espèce, après la décision du DAB, une partie l'a contestée par une notification du mécontentement et sans exécution de cette décision. La partie adverse a donc demandé au tribunal arbitral d'obliger la première à exécuter la décision du DAB. Cette demande a été retenue dans la sentence finale qui a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Singapour. Le chef de compétence du tribunal arbitral a été infirmé par cette Cour sur deux points : en premier lieu, le litige relatif à la mise à exécution de la décision du DAB doit être aussi soumis à deux procédures - du DAB et de règlement amiable -

---

<sup>336</sup> Voir dans : MICHAEL HWANG and KENNETH J. H. TAN, “PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation [2015] SGCA 30, Suprême Court of Singapore, Court of Appeal, Civil appeals Nos 148 and 149 of 2013 ; Summonses Nos 5277 and 5985 of 2014, 27 may 2015”, *Kluwer Law International*, para. 13.

préalablement à l'arbitrage ; et en second lieu, le tribunal arbitral a excédé son pouvoir lors de la prise d'une sentence finale sans réexaminer le bien-fondé de la décision du DAB » pour obliger une partie à l'exécuter. Par la suite, ce jugement de la Cour d'appel a été attaqué devant la Cour suprême de ce pays. Pour cette dernière, il n'est pas nécessaire de soumettre le litige relatif à la mise à exécution de la décision du DAB aux deux procédures - du DAB et de règlement amiable - préalablement à l'arbitrage. Cela étant, la Cour suprême n'a soutenu qu'un raisonnement de la Cour d'appel : le litige relatif à la mise à exécution de la décision du DAB qui ne devient pas définitif et obligatoire peut directement être porté à l'arbitrage et en l'occurrence, le tribunal arbitral ne peut la faire exécuter que par une sentence partielle ou provisoire (*interim ou partial award*).

Les raisonnements de ces Cours ont fait l'objet de plusieurs commentaires. À titre d'exemple, sur le premier argument de cette Cour d'appel, Frederic GILLION considère que cet argument est bien fondé aux termes stricts de l'article 20.7 qui ne s'applique qu'au cas où aucune partie ne serait insatisfaite de la décision du DAB et celle-ci est devenue définitive et obligatoire. Dans la présente affaire, la notification du mécontentement a été faite, la décision du DAB n'est donc pas devenue définitive et obligatoire. Il en résulte que l'article 20.7 est inapplicable<sup>337</sup>. Contrairement au point de vue de Frederic GILLION, Michael HWANG et Kenneth J. H. TAN<sup>338</sup> estiment

---

<sup>337</sup> FREDERIC GILLION, 'Enforcement of DAB decision under the 1999 FIDIC conditions of contract: A recent development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2011: "Applying strictly the terms of contract, the High Court therefore found that since the dispute had not been referred to the DAB, the arbitral tribunal had exceeded the scope of the arbitration agreement in making it final award. In the author's view, this was the right conclusion given the current wording of sub-clause 20.7. As mentioned above, sub-clause 20.7 makes clear that the only situation where a party may refer directly to arbitration the other party's failure to give effect to a DAB decision without having to comply first with the requirement of sub-clause 20.4 [obtaining Dispute Adjudication Board's decision] and sub-clause 20.5 [Amicable settlement] is in the event that no party has expressed dissatisfaction with the DAB decision and that DAB decision becomes as a result final and binding. In ICC case 16122 [l'affaire a la sentence arbitral faisant l'objet du recours en annulation devant la Cour d'appel du Singapore], a notice of dissatisfaction had been given by PNG [le débiteur] making the DAB decision binding but not final. Sub-clause 20.7 was therefore not applicable"

<sup>338</sup> «[ ... ] The « amicable settlement » requirement cannot relate to the enforceability dispute because that is a dispute on what the law is. [...] The concept of amicable settlement in clause 20.4 and 20.5 is meant for factual disputes and not legal dispute such as enforceability

que le litige relatif à la mise à exécution de la décision du DAB est celui de la question de droit et non de fait. Pour ces deux auteurs, les articles 20.4 et 20.5 sur le règlement amiable des litiges doivent être compris dans le sens selon lequel ils s'appliquent aux litiges relatifs aux questions de fait et non aux questions de droit. Par conséquent, pour HWANG et TAN, le litige concernant la mise à exécution de la décision du DAB n'entre pas dans l'application de l'article 20.6 étant donné qu'il relève de la question de droit qui ne fait pas l'objet des articles 20.4 et 20.5. C'est la raison pour laquelle le tribunal arbitral n'est pas compétent ou n'a pas pouvoir pour rendre une sentence partielle à l'égard du litige relatif à la mise en exécution de la décision du DAB en vertu de l'article 20.6 du Livre Rouge. Aussi, pour ces deux auteurs, le litige relatif à la mise à exécution de la décision du DAB doit être réglé par une autre procédure hors du contrat (par exemple devant la juridiction étatique). Cependant, cet argument est, pour nous, très faible, étant donné que la distinction entre la question de droit et de fait n'existe pas dans les contrats-types FIDIC.

En ce qui concerne le deuxième argument de ces Cours selon lequel le tribunal arbitral ne peut faire exécuter la décision du DAB que par une sentence partielle et non une sentence finale, la Cour suprême enseigne précisément que : « (a) le tribunal arbitral peut rendre une sentence provisoire ou partielle pour déterminer s'il est opportun d'obliger la partie débitrice d'exécuter d'emblée la décision du DAB. (b) Celui-ci commence alors à réexaminer le bien-fondé de cette décision qui est une question distincte. Et (c) en subséquence, le tribunal arbitral rend une sentence finale à

---

dispute. [...] For these reasons, in the present case, arbitration under clause 20.6 is limited to arbitration of the primary dispute [litige sur le bien-fondé de la décision du DAB] between the parties. The enforceability dispute is not a clause 20.6 dispute and does not fall within the scope of clause 20.6 of the Conditions of Contract. Hence, the 2011 tribunal arbitral had no mandate to determine any dispute other than the primary dispute; it therefore had no jurisdiction or power to grant, in relation to the enforceability dispute, an interim award ordering the enforcement of DAB No3 pending its resolution of the primary dispute”, voir dans MICHAEL HWANG and KENNETH J. H. TAN, *op. cit.*, (note 336), para. 161-162.

*l'égard du litige entre les parties* »<sup>339</sup>. Ainsi, le pouvoir du tribunal arbitral, pour les juges du Singapour, est limité dans le choix d'une forme de la sentence arbitrale en fonction des types de litiges portés devant lui.

Au sujet de la forme d'une sentence arbitrale, bien que tant la loi de l'arbitrage de Singapour que la loi-type choisies par les parties prévoient que la sentence partielle ou provisoire relève toujours de la notion d'une sentence arbitrale, aucun texte ne définit expressément sur ces types de sentence d'une part, et, d'autre part, aucun texte n'explique non plus les situations où le tribunal arbitral doit rendre telle ou telle sorte de sentence. Ce mutisme existe aussi dans les droits français, anglais ainsi que vietnamien. Faut-il en déduire que le choix d'une forme de la sentence arbitrale, sauf convention contraire des parties, relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral ? Si tel est le cas, nous avons du mal à comprendre le bien-fondé des juges du Singapour lorsque ceux-ci ont annulé la sentence arbitrale en disant que sa forme n'est pas correcte. Qui plus est, cette Cour suprême a aussi confirmé que « *toutes sentences arbitrales, quelles qu'elles soient partielles ou finales, deviennent définitives et décisives dans les bien-fondés à l'égard de l'objet des litiges qui a été réglé par une sentence respective. [...] La sentence finale qui tranche le litige [sur le bien-fondé de la décision du DAB] ne peut pas modifier, ni rectifier, ni corriger, ni réexaminer, ni ajouter, ni révoquer la sentence partielle ou provisoire. Tant sentence finale que partielle seront valables parallèlement pour être exécutées* ».<sup>340</sup> Ainsi, selon cette logique de la Cour suprême du Singapour, nous observons que la sentence arbitrale qui tranche un point donné du litige sera définitive sur ce point-là sauf convention contraire

---

<sup>339</sup> «The tribunal can (a) make an interim or partial award which finally disposes of the first issue (ie, whether the paying party has to promptly comply with the DAB decision); (b) then proceed to consider the second issue (ie, the merits of the DAB decision), which is a separate and conceptually distinct matter as we have already noted; and (c) subsequently, make a final determination of underlying dispute between the parties.» Voir dans Ibid., para. 88.

<sup>340</sup> Ibid., para. 22-24 : « It was added purely to clarify that all arbitral awards, whether interim or final, were final and conclusive as to the merits of the subject matter determined under the respective awards. [...] In each of these scenarios, the judge considered, the final award resolving the parties' underlying disputes [le litige sur le bien-fondé de la décision du DAB] would not vary, amend, correct, review, add to or revoke the interim award. Rather, the interim award and the final award would stand together for enforcement.»

des parties. Le mauvais choix d'une forme de la sentence ne cause donc aucun préjudice au point que celle-ci doit être annulée. Aussi, le fait d'annuler la sentence arbitrale des juges du Singapour au prétexte que sa forme n'est pas correcte est inadéquat, étant donné que ce choix-là ne viole aucun texte de droit, ni l'ordre public, ni la convention des parties et relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.

Face à cette situation, notre attention doit être portée sur deux questions suivantes : en premier lieu, la compétence du juge d'annulation de la sentence arbitrale doit-elle être limitée seulement à la révision du fond ou également au choix de la forme de la sentence du tribunal arbitral ? En second lieu, la reconnaissance de la nature arbitrale de la décision du DAB sera-t-elle une fois de plus une solution pertinente qui mérite considération ?

396. Si cette solution n'est pas approuvée, cette problématique peut aussi se reproduire dans le cas où le tribunal arbitral serait saisi du deuxième type de litige relatif à la mise en exécution de la décision du DAB définitive et obligatoire pour les parties. La raison tient au fait que l'article 20.7 du Livre Rouge 1999 prévoit que ce type de litige doit être porté devant le tribunal arbitral en vertu de l'article 20.6. Avec ces termes « *en vertu de l'article 20.6* », la partie récalcitrante peut en déduire strictement que le tribunal arbitral doit aussi réexaminer le bien-fondé de la décision du DAB avant de prendre une sentence arbitrale finale qui oblige le débiteur à l'exécuter.

### **La conclusion du Chapitre**

397. En ce qui concerne la procédure arbitrale en vertu des contrats-types FIDIC, notre attention doit être portée sur deux questions de forme : l'une sur la forme de la notification qui est une condition préalable à l'ouverture de l'arbitrage et l'autre sur la forme de la sentence que le tribunal arbitral doit soumettre lors du règlement des litiges. Quant à la forme de la notification, il existe une différence entre le Livre Rouge 1987 et le Livre Rouge 1999. Pour ce dernier, pour contester la décision du DAB par l'arbitrage, une des parties doit faire préalablement la notification du mécontentement, tandis qu'en vertu du Livre

Rouge 1987, cette contestation à l'encontre de la décision de l'ingénieur doit être faite sous forme de notification de l'intention d'une partie de saisir le tribunal arbitral. Faute de quoi, le recours à l'arbitrage serait irrecevable. Quant à la forme de la sentence arbitrale, au cas où la décision du DAB ne deviendrait pas définitive et obligatoire, le litige sur sa mise en exécution pourrait faire l'objet d'une sentence arbitrale. Cependant, pour éviter d'encourir l'annulation, la sentence doit être partielle ou provisoire et non finale. La sentence finale est prise seulement dans le cas où le tribunal arbitral aurait déjà réexaminé le bien-fondé de la décision du DAB.

398. Outre ces questions, nous souhaitons aussi que la FIDIC puisse revoir la clause sur la procédure de règlement amiable des litiges pour faire en sorte que cette procédure ne soit pas seulement du pur formalisme mais effective.

## CHAPITRE 3

### LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

399. Le sujet de la jurisprudence retient notre attention de façon particulière dans la mesure où le nouveau Code de procédure civile vietnamien de 2015, à l'alinéa 3 de l'article 45, prévoit que les juridictions peuvent appliquer, en l'absence de dispositions légales, des jurisprudences pour régler des litiges qui leur sont soumis.
400. Cette disposition montre que la loi ne peut tout prévoir mais que le juge doit tout juger<sup>341</sup>. Comme nous le savons, l'arbitre est tenu aussi d'appliquer le droit dans le règlement des litiges. Il existe sans doute le cas où celui-ci doit, comme le juge, faire face à cette situation de l'absence d'un texte de droit applicable à un cas d'espèce. À titre d'exemple, au Danemark, il n'y a pas de loi régissant la relation entre les parties au contrat de construction. Dans la pratique danoise, la législation en matière de construction est remplacée par les contrats-types<sup>342</sup>. En l'occurrence, nous pouvons soutenir que le tribunal arbitral peut appliquer la jurisprudence des juridictions étatiques en la matière pour régler le litige. Néanmoins, dans les projets internationaux de construction les plus importants, les parties choisissent notamment l'arbitrage plutôt que les juridictions étatiques pour régler leurs différends<sup>343</sup>. Il y a

---

<sup>341</sup> C'est aussi l'excellente raison pour le cas en France, voir : BERNARD BEIGNIER, CORINNE BLÉRY and ANNE-LAURE THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au Droit*, 5è, LGDJ, Lextenso éditions, 2016., p. 61.

<sup>342</sup> SYLVIE CAVALERI, 'International Construction Dispute in Denmark', *Int'l. Const. L. Rev.*, vol. 33, 2016, p. 41 : « Although some statutes of public law (for instance on environmental protection, occupational health and safety) are relevant to construction sector, there is no statute governing the relationship between the parties to a construction contract in Denmark. In theory, this area of law is thus governed by the principle of freedom of contract and consequently by the general legislation on private property law. In Danish practice, construction legislation is replaced by standard construction contract »

<sup>343</sup> JENKINS, *op. cit.*, (note 34), p. 70 : « In major international construction projects, parties typically select arbitration, rather than litigation, as the final tier of dispute resolution ».

inévitablement le cas où l'on ne peut pas trouver une solution jurisprudentielle étatique. À titre d'exemple, en matière de construction internationale, rare est le cas où la contestation à l'encontre de la décision d'un conseil de règlement des litiges [comme le DAB ou le DRB] est portée devant les juridictions étatiques<sup>344</sup>. Pour justifier cette situation, on peut citer un exemple notoire avec la sentence 10619 de 2001 de la Cour d'arbitrage de la CCI. Notamment, cette sentence a tranché le litige relatif à la mise à exécution de la décision de l'ingénieur qui n'est pas encore définitive pour les parties en vertu du Livre Rouge 1987. Lors de l'application du Livre Rouge 1999, pour faire exécuter la décision du DAB qui n'est pas encore définitive pour les parties, la solution figurant dans cette sentence 10619 a été, à plusieurs reprises, rappelée tant par les justiciables que par les tribunaux arbitraux dans leurs raisonnements<sup>345</sup>. Ce phénomène nous amène à nous interroger sur la jurisprudence arbitrale. À ce sujet, Christopher SEPPÄLÄ a partagé que « [...] *si jamais il y avait un domaine où une jurisprudence arbitrale aurait dû se développer, ce serait celui des contrats-types FIDIC* ». <sup>346</sup> En ce qui concerne la notion de jurisprudence arbitrale, la question posée par Jean-Michel JACQUET<sup>347</sup> retient notre attention : « *avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ?* » (Section 1). S'il peut être répondu à cette question par l'affirmative, comment reconnaître la jurisprudence arbitrale ? (Section 2).

---

<sup>344</sup> Ibid., p. 5 : « Typically, the decision of a dispute review board is binding unless and until challenged in arbitration or, rarely in international projects, litigation ».

<sup>345</sup> Voir l'affaire 15956 du Juillet 2010 dans *ICC Dispute Resolution Bulletin, op. cit.*, (note 68), p. 36 ou l'affaire 12048 de 2004 dans CHRISTOPHER R. SEPPALA, *ICC International Court of Arbitration Bulletin, op. cit.*, (note 324), p. 29.

<sup>346</sup> Emmanuel GAILLARD, Yas BANIFATEMI and INTERNATIONAL ARBITRATION INSTITUTE (eds.), *Precedent in international arbitration*, Huntington, N.Y : Juris Publishing, Inc, 2008 (IAI series on international arbitration, no. 5), p. 68 : « For these reasons, one may, very understandably, be led to suppose that if ever there was an area where an arbitration case law should have developed, it would be in relation to the FIDIC contracts. »

<sup>347</sup> JEAN-MICHEL JACQUET, 'Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?', *Rev. Arb.*, vol. 2010, no. 3, p. 445-467.



## Section 1. Le besoin de jurisprudence arbitrale

401. Avant de mettre en lumière les besoins de jurisprudence arbitrale (§2), il convient de comprendre la jurisprudence elle-même (§1).

### *§1. La jurisprudence*

402. Pour les trois Professeurs - Bernard BEIGNIER, Corinne BLÉRY et Anne-Laure THOMAD-RAYNAUD -, « *mot à mot, la jurisprudence est la prudence, mieux encore, la sagesse du droit. Notons que dans divers pays, en Angleterre, le mot s'applique aux opinions doctrinales des juristes et non aux décisions de justice comme c'est le cas en France, où le terme signifie, en fait, la pratique suivie par les tribunaux* »<sup>348</sup>. Dans le présent chapitre, nous voulons étudier le terme de « jurisprudence » dans le sens du droit français selon lequel « *une jurisprudence est une opinion majoritairement reçue par l'ensemble des juridictions et traduites par une série de décisions* »<sup>349</sup>.
403. Ainsi, la jurisprudence arbitrale que nous voulons étudier concerne la situation où la solution rendue par une sentence arbitrale peut être appliquée par d'autres tribunaux arbitraux dans les cas analogues postérieurs. À ce sujet, Monsieur Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO - Professeur à l'École de droit de Sciences politiques a partagé que « *la pratique montre que, au moins dans une certaine mesure et avec toutes les nuances acquises, il existe une tendance à fonder les sentences arbitrales sur les décisions antérieures* »<sup>350</sup>. Ainsi la question se pose de savoir quelle est l'origine de cette tendance ?

### *§2. Les justifications du besoin de jurisprudence arbitrale*

---

<sup>348</sup> BERNARD BEIGNIER et al., *op. cit.*, (note 341), p. 61.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 62

<sup>350</sup> SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Niki ALOUPI and Caroline KLEINER (eds.), *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*, Paris : Éditions A. Pedone, 2016, p. 116.

404. La première justification trouve son origine dans l'importance de l'obligation de motiver une sentence arbitrale ou un jugement. Cette importance a été mise en exergue dans les analyses des finalités de la motivation de Martine REGOUT-MASSON - Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles, précisément : « *la motivation est une protection contre l'arbitraire du juge. [...] elle garantit aussi aux parties que le juge examine soigneusement leur dossier et leur moyen de défense. Elle se rattache aussi au respect des droits de la défense. La motivation permet en outre aux parties de comprendre la décision prise et, le cas échéant, de mieux l'accepter, limitant ainsi les recours. [...] seule l'expression de la motivation permet aux juridictions supérieures d'apprécier les jugements soumis à leur révision, et particulièrement à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision. Elle contribue à la sécurité juridique et au maintien de l'État de droit. Pour le juge, [la motivation] lui donne la possibilité de contrôler personnellement la logique de son raisonnement et de freiner sa subjectivité. [...] La motivation est un élément de transparence de la justice, inhérent à tout acte juridictionnel et se trouve d'ailleurs tant en matière d'arbitrage qu'au sein des juridictions internationales* ». <sup>351</sup> Ainsi, la motivation d'une sentence arbitrale est primordiale pour différents acteurs : les justiciables, les arbitres et aussi les juges dans leur mission de contrôle d'activité arbitrale. Se pose donc la question de savoir, en cas d'absence du droit applicable au cas d'espèce, comment les arbitres peuvent motiver leur sentence ou sur quel moyen les parties se fondent pour protéger leurs droits.
405. Dans ce contexte, Barton LEGUM <sup>352</sup> a justifié le besoin de jurisprudence arbitrale pour les différents acteurs. D'abord, pour les avocats, la

---

<sup>351</sup> Voir Martine REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », dans SIMONT (ed.), *op. cit.*, (note 280), p. 197-199.

<sup>352</sup> Voir Barton LEGUM, "The definition of "Precedent" in international arbitration", dans GAILLARD et al. (eds.), *op. cit.*, (note 346), p.11 : « Counsel's perspective : a precedent is any decisional authority that is likely to affect the decision in the case at hand ; Arbitrator's perspective : precedent is any decisional authority that is likely to justify the arbitrator's decision to the principal audience for that decision ; Public's perspective : a precedent is any decisional authority in which the factual and legal issues are sufficiently similar to the case at

jurisprudence arbitrale est une source décisionnelle susceptible d'affecter la décision dans un cas d'espèce. Ensuite, pour les arbitres, la jurisprudence arbitrale est une source décisionnelle sur laquelle le tribunal arbitral se fonde pour justifier sa décision à l'égard des justiciables. Et enfin, pour le justiciable, la jurisprudence arbitrale est une source décisionnelle dont il peut raisonnablement espérer les mêmes solutions pour les mêmes questions de droit ou de fait posées.

406. De tout ce qui précède, nous pouvons confirmer qu'en théorie, le besoin de jurisprudence arbitrale est évident. Cette évidence est justifiée par les observations des experts dans la pratique de l'arbitrage international. D'abord, c'est la remarque de l'émérite Professeur et Arbitre Éric LOQUIN pour qui « *la pratique de l'arbitrage international génère une véritable jurisprudence arbitrale, constituant une des sources principales du droit du commerce international* »<sup>353</sup>. À cet égard, Jean MICHEL-JACQUET a partagé que « *la jurisprudence arbitrale est aussi très régulièrement invoquée par les parties elles-mêmes. Leurs écritures se réfèrent presque systématiquement à la jurisprudence arbitrale dont elles ont connaissance, mettant avant les conclusions favorables à leur cause qu'elles peuvent en tirer* »<sup>354</sup>. Plus particulièrement, pour Monsieur Yves DERAÏNS, « *la publication régulière d'extraits des décisions arbitrales, notamment dans le Journal de Droit International, l'Annuaire de l'Arbitrage Commercial et le Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, a souligné l'existence d'une véritable jurisprudence arbitrale internationale* ».<sup>355</sup> De surcroît, les preuves de

---

hand that the public reasonably expects the issues to be handled similarly ». Dans ce document, le terme “precedent” est employé dans le sens du terme « jurisprudence » du civil law.

<sup>353</sup> Voir : Eric LOQUIN, « Réflexion sur la jurisprudence arbitrale et ses divergences » dans ANCEL PASCAL and RIVIER, MARIE-CLAIRE, *Les divergences de jurisprudence: Publications de l'Université de Saint-Étienne*, 2003, p. 137.

<sup>354</sup> JEAN-MICHEL JACQUET, *op. cit.*, (note 347).

<sup>355</sup> YVES DERAÏNS, ‘Jurisprudence of international commercial arbitrators concerning the determination of the proper law of the contract’, *Int'l. Bus. L. J.*, no. 4, 1996, p. 514-530 : “In fact, The regular publication of excerpts of arbitration decisions, in particular by the Journal

l'existence de la jurisprudence arbitrale ont été aussi trouvées dans les études du Professeur Emmanuel GAILLARD. À titre d'exemple, « - *le raisonnement consistant à apprécier les pouvoirs du signataire d'une convention d'arbitrage au regard de règles matérielles jugées adaptées au caractère international de la situation se rencontre dans la jurisprudence arbitrale internationale, parallèlement à une approche plus classique en termes de conflits de lois. [...]* - *Le deuxième principe d'interprétation des conventions d'arbitrage très largement admis tant en France que dans la jurisprudence arbitrale internationale est celui de « l'effet utile » ou de « l'interprétation effective des conventions d'arbitrage ». [...]* *La jurisprudence arbitrale a souvent eu l'occasion d'affirmer avec force [le rejet du principe d'interprétation stricte]. [...]* *Lorsque l'on se trouve en présence d'un véritable groupe de sociétés, composé d'entités ayant chacune une personnalité juridique propre, la jurisprudence arbitrale, généralement approuvée par les tribunaux étatiques, admet parfois que l'on puisse dépasser l'application stricte du découpage du groupe en personne juridiquement distinctes pour étendre la portée de la convention d'arbitrage signée par une entité du groupe à d'autres sociétés du groupe »<sup>356</sup> [nous les soulignons]. Plus précisément en matière de construction, selon le résultat de recherche de Klaus Perter BERGER, « *un corps de jurisprudence arbitrale se développe avec beaucoup plus de force dans le règlement des litiges en matière de construction. À plusieurs reprises, les tribunaux arbitraux internationaux ont dû interpréter la clause 67 de la FIDIC notamment en ce qui concerne le délai dans le système de règlement des litiges à deux niveaux (ingénieur - arbitre). Les arbitres internationaux se réfèrent aujourd'hui à ces telles sentences publiées plutôt qu'à la décision des**

---

de Droit international, the Yearbook Commercial Arbitration and the ICC international Court of Arbitration Bulletin, has underscored the existence of a true international arbitral jurisprudence". On peut voir plus détail les preuves de l'existence de la jurisprudence arbitrale internationale dans l'étude d'YVES DERAÏNS, 'Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale', *JDI*, 1993, p. 829-855.

<sup>356</sup> EMMANUEL GAILLARD, 'Arbitrage commercial international. - Convention d'arbitrage. - Capacité et pouvoir. - Consentement', *Jurisclasseur Droit international*, fascicule 586-2, 1 October 1994.

*juridictions étatiques pour justifier leur raisonnement ou pour débouter les parties de leurs arguments »<sup>357</sup>.*

407. Ces développements justifient l'existence de la jurisprudence arbitrale qui répond non seulement au besoin théorique mais aussi à celui réel des différents acteurs - arbitres et aussi les justiciables - dans une procédure arbitrale. Par conséquent, il ne sera plus de mise de dire que « *la jurisprudence arbitrale reste un phénomène non développé tant en théorie que dans la pratique* ». <sup>358</sup> Cela étant, nous devons étudier la manière de reconnaître la jurisprudence arbitrale.

## **Section 2. La manière de reconnaître la jurisprudence arbitrale**

408. Avant de mettre en lumière la manière d'établir la jurisprudence arbitrale (§2), il convient de comprendre les obstacles dans la reconnaissance de jurisprudence arbitrale (§1).

### ***§1. Les obstacles dans la reconnaissance de la jurisprudence arbitrale***

409. Devant le phénomène de la jurisprudence arbitrale, les débats ont été ouverts pour examiner les éléments principaux qui empêchent la reconnaissance de la jurisprudence arbitrale. Pour les mettre en exergue, il convient de comprendre les éléments constitutifs de la jurisprudence. À ce sujet, les trois Professeurs - Bernard BEIGNIER, Corinne BLÉRY et Anne-Laure THOMAS-

---

<sup>357</sup> KLAUS PETER BERGER, 'The international arbitrator's application of precedents', Kluwer Law International, vol. 9, no. 4, 1992. : « A body of arbitral case-law is developing with even more force in the field of construction disputes. Over and over again, international arbitral tribunals have been confronted with the construction of clause 67 FIDIC, especially with respect to the time-bar within the two-tier conflict resolution system (engineer-arbitrator). International arbitrators are now referring to these published awards rather than to court decisions to justify their holding or to reject the allegations and legal view of the parties ».

<sup>358</sup> Voir dans FRANCISCO BLAVI, 'The role of arbitral precedent in international commercial arbitration: Present and futur developments', J. Alternative. Disp. Resol., vol. 1, 2015 : « [...] the reality is that arbitral precedent remains an undeveloped phenomenon in theory and practice. »

RAYNAUD<sup>359</sup> - enseignent que l'on ne peut parler de jurisprudence que si certains éléments sont réunis. D'abord, il faut que des décisions aient été rendues par un juge. Il faut ensuite que ces décisions soient connues des professionnels du droit (tant théoricien que praticien) et des justiciables, grâce à leur diffusion (leur publication). Et enfin, il est nécessaire que ces décisions soient motivées, c'est-à-dire qu'elles exposent le raisonnement du juge et notamment la règle générale sur laquelle il s'est fondé pour trancher, dans le « dispositif » du jugement, le cas concret qui lui est soumis.

410. Au regard de ces trois éléments constitutifs de la jurisprudence, les premier et dernier sont constitués par la sentence arbitrale. Reste la publication de la décision du juge. À ce sujet, il existe le point de vue selon lequel l'idée de la jurisprudence arbitrale est considérée contraire au caractère confidentiel tant de la procédure arbitrale que de la solution figurant dans la sentence arbitrale.<sup>360</sup> Cependant, sur ce point, trois Professeurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN ont confirmé que « *dans tous les cas, force est de souligner que le principe de confidentialité n'est pas violé par la publication des motivations de la sentence arbitrale sur la base de l'anonymat. [...] Il y a plusieurs autres manières pour réduire les effets du principe de confidentialité comme ce qui a été observé dans la pratique [...] Dans différents domaines, les sentences arbitrales sont publiées, dans la majorité des cas, sans révéler le nom des parties* ». <sup>361</sup>

---

<sup>359</sup> BERNARD BEIGNIER et al., *op. cit.*, (note 341), No.142, p. 216-218.

<sup>360</sup> Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, John SAVAGE and Philippe FOUCHARD, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1999, p. 188 : « Traditionally, the very idea of arbitral precedent is considered to be contrary to the confidential nature of both arbitration and the resulting arbitral awards ».

<sup>361</sup> *Ibid.* p. 188: "In any event, it is important to underline that confidentiality is not breached by the publication of the reasons for an award on an anonymous basis. [...] there are many other ways in which the effect to the principle of confidentiality is diminished, to the extent that it has ever been strictly observed in practice. [...] In many areas, arbitral awards are published, in most cases without disclosing the names of the parties."

411. Outre cet élément, une autre raison de la réticence dans la reconnaissance de la jurisprudence arbitrale tient au caractère normatif de la jurisprudence<sup>362</sup>. Comme on le sait, « *une interprétation jurisprudentielle s'impose à d'autres que ses destinataires directs - les parties au litige dont la règle est issue - sans qu'il soit nécessaire que ceux-ci l'acceptent* »<sup>363</sup>. On ne reconnaît pas la jurisprudence arbitrale car cette reconnaissance laisse à penser que la sentence arbitrale peut avoir l'effet obligatoire à l'égard du tribunal arbitral qui statuera postérieurement. La raison de cet argument, comme l'explique monsieur Éric LOQUIN, tient au fait que « *de nombreux auteurs voient dans la jurisprudence un phénomène d'autorité lié à la hiérarchie des tribunaux et au pouvoir d'une Cour suprême d'imposer que le même commandement soit désormais adressé dans tous les cas semblables. Cette autorité n'existe pas en matière d'arbitrage. La décision d'un tribunal arbitral, aussi prestigieux soient les arbitres qui le composent, n'a pas de portée collective. Fondamentalement, la portée de sa décision, les règles utilisées pour y parvenir, ne rayonnent pas au-delà des parties au litige. L'arbitre est un juge privé soumis à aucune juridiction qui lui serait supérieure* »<sup>364</sup>. Cela étant, pour soutenir la jurisprudence sentence arbitrale, Monsieur LOQUIN a posé ici la question de savoir « *peut-être faut-il alors redéfinir ce qu'est la jurisprudence ?* » Cependant, pour le Professeur Philippe Théry, cet argument est dépourvu de portée étant donné qu'en France, aucun juge n'est tenu de suivre ce qui a été jugé par un juge d'une juridiction qui lui est supérieure sauf dans certains cas où la décision de la Cour de cassation peut s'imposer aux autres juges. Aussi, le Professeur Théry a partagé le point de vue des autres auteurs dans les recherches de Francisco BLAVI pour qui « *les sentences arbitrales internationales n'ont pas d'autorité obligatoire [l'autorité précédente d'un jugement anglais] en vertu tant du common law que du civil law. Même s'ils [ces auteurs] reconnaissent qu'un tribunal arbitral pourrait*

---

<sup>362</sup> BERNARD BEIGNIER et al., *op. cit.*, (note 341), p. 223.

<sup>363</sup> ANDREA PINNA, 'Le concept de jurisprudence arbitrale et son application en matière sportive', *Gaz. Pal.*, no. 290, 17 October 2006.

<sup>364</sup> ANCEL PASCAL and RIVIER, MARIE-CLAIRE, *op. cit.*, (note 353).

*suivre une interprétation antérieure du droit, ils mettent l'accent aussi sur le point que c'est uniquement parce que les arbitres pourraient croire qu'une telle interprétation est convaincante et non parce qu'ils sont tenus de considérer la sentence arbitrale comme une jurisprudence obligatoire »<sup>365</sup>.*

412. Ce débat sur la jurisprudence arbitrale montre qu'il n'y pas une compréhension uniforme sur la notion de la jurisprudence. Pour certains, la jurisprudence porte le caractère obligatoire ; pour d'autres, ce caractère n'est pas évident. C'est la raison pour laquelle, pour ceux qui comprennent que la jurisprudence a l'effet obligatoire, la jurisprudence arbitrale n'existe pas étant donné que la sentence arbitrale ne peut pas s'imposer aux autres tribunaux arbitraux. Pour le reste, la jurisprudence arbitrale peut exister dans le cas où les arbitres appliquent l'interprétation d'une sentence précédente qu'ils considèrent convaincante. Il en résulte la question de savoir sur quel fondement les arbitres peuvent trancher le litige en se basant sur une interprétation convaincante de la sentence arbitrale précédente alors que leur mission est de trancher le litige en appliquant les règles de droit.

***§2. La reconnaissance du droit de se référer à une solution des sentences arbitrales précédentes des parties ainsi que du tribunal arbitral***

413. Lors de l'approfondissement sur le phénomène jurisprudentiel de la sentence arbitrale, notre attention est portée sur l'idée remarquable de Monsieur Barton LEGUM<sup>366</sup> qui s'est fondé sur la théorie de relativité d'Albert EINSTEIN pour justifier la nécessité de la jurisprudence arbitrale. Cette façon de penser nous

---

<sup>365</sup> FRANCISCO BLAVI, *op. cit.*, (note 358), sur le site web : heinonline : "Some authors have affirmed that international arbitral awards have no precedential authority in both civil and common law systems. Although they recognize that an arbitral tribunal might follow a prior interpretation of law, they also note that it is only because the arbitrators might believe that such interpretation is persuasive and not because they are bound to treat them as mandatory precedent". Voir aussi dans AUDLEY SHEPPARD, "Chapter 8. Res Judicata and Estoppel", in Bernado M. CRemades Sanz-Pastor and Julien D. M. Lew (eds), *Parallel State and arbitration procedures in international arbitration, Dossiers of The ICC Institute of World Business Law, volume 3*, *Kluwer Law International*, 2005., p. 219-242.

<sup>366</sup> GAILLARD et al. (eds.), *op. cit.*, (note 346), p.5-14.



conduit à une autre histoire du monde. C'est le changement dans la reconnaissance du monde sur le centre de l'Univers, de la théorie de géocentrisme à celle d'héliocentrisme de Galilée<sup>367</sup> selon laquelle le Soleil (plutôt que la Terre) est au centre de l'Univers. La leçon tirée de cette histoire est le changement de notre centre d'intérêt dans la façon d'observer un fait ou un phénomène donné. Ce faisant, face au débat sur la jurisprudence arbitrale, devons-nous aussi changer notre centre d'intérêt à son égard pour qu'on puisse reconnaître la jurisprudence arbitrale ? À titre d'exemple, au lieu de poser la question sur *l'obligation*, nous pouvons nous interroger sur *le droit* du tribunal arbitral ainsi que des parties de suivre la solution figurant dans une sentence arbitrale précédente.

414. Certes, il sera difficile de dire que la sentence arbitrale peut être rendue obligatoire au tiers et au tribunal arbitral dans l'affaire postérieure, étant donné que « *l'arbitre n'a pas d'impérium dont le juge étatique a le monopole. Il n'a donc pas de pouvoir coercitif à l'égard des parties à l'arbitrage, et a fortiori à l'égard des tiers* »<sup>368</sup>. C'est la raison pour laquelle nous voulons remplacer la question de Jean-Michel JACQUET<sup>369</sup> par une autre, précisément : dans une situation où les conditions pour appliquer une jurisprudence sont réunies, « avons-nous *le droit* de nous appuyer sur une solution dégagée des sentences arbitrales précédentes pour justifier nos arguments ? Autrement dit, les arbitres ont-ils le droit de se fonder sur une solution dégagée des sentences arbitrales précédentes pour régler le litige qui leur est soumis ? Et les parties ont-elles le droit de se fonder sur cette solution pour justifier leurs droits ?
415. La réponse à cette dernière question, pour nous, doit être l'affirmative. Comme nous le savons, « *en tant qu'un acte juridictionnel, une sentence arbitrale constitue une décision de justice [...] Il est traditionnellement admis*

---

<sup>367</sup> <https://fr.wikipedia.org/wiki/héliocentrisme>.

<sup>368</sup> LOQUIN, *op. cit.*, (note 16), p.278.

<sup>369</sup> JEAN-MICHEL JACQUET, *op. cit.*, (note 347), p. 445-467.

*que la sentence arbitrale a la force probante d'un acte authentique*<sup>370</sup>, *l'exactitude des affirmations qu'elle contient ne pouvant être contestée que par la procédure d'inscription de faux [...] Elle se justifie par le fait que les arbitres ne sont pas les mandataires des parties, mais les juges, exerçant pleinement la fonction juridictionnelle. Leurs constatations doivent avoir la même force probante que celle reconnue aux mentions d'un jugement* »<sup>371</sup>. Ainsi, l'exactitude et le caractère juste de la sentence arbitrale peuvent créer, chez les justiciables dans les affaires analogues postérieures, *une espérance légitime*<sup>372</sup> que la solution donnée dans la sentence arbitrale précédente peut être réitérée. Si cette espérance est légitime, cela signifie que les parties ont pleinement le droit de se référer à une sentence arbitrale pour justifier leurs arguments afin de protéger leurs droits. À ce sujet, le Professeur Philippe Théry nous enseigne que « *la portée jurisprudentielle d'une décision n'a strictement rien à voir avec sa force probante, étant donné que la force probante ne s'applique pas au raisonnement des arbitres dans la sentence arbitrale* ». Cet enseignement, pour nous, est tout à fait compréhensible aux yeux des juristes et des praticiens de la procédure. Cependant, en tant que justiciables, la force probante doit être comprise dans le sens selon lequel la sentence arbitrale comme un jugement est une décision de la justice dont l'exactitude des mentions dans cette décision ne peut pas être contestée

---

<sup>370</sup> Cette force probante est reconnue à l'égard du jugement à l'article 457 du CPC français : « le jugement a la force probante d'un acte authentique sous réserve des dispositions de l'article 459 ».

<sup>371</sup> En ce qui concerne la décision de justice, la Cour de cassation française [Cass. Civ. 2<sup>e</sup> civ. 12 oct. 2006] a déjà jugé que « une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire pour pratiquer une mesure conservatoire, lors que le créancier se prévaut d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire ; en conséquence viole l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991, un arrêt, qui pour annuler les saisies litigieuses, retient qu'une sentence arbitrale n'est pas une décision de justice », voir dans LOQUIN, *op. cit.*, (note 16), p. 394.

<sup>372</sup> L'idée sur « espérance légitime » tirée d'une solution du Comité d'appel de règlement des litiges de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : « The World Trade Organisation Appellate Body has held that prior decision « create legitimate expectation among WTO members and, therefore, should be taken into account where they are relevant any dispute ». Voir dans Gary BORN, *International commercial arbitration*, Second edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2014, p. 3819. Qui plus est, cet argument peut être fortifié par la théorie sur la protection de la confiance légitime aux mêmes types de situations en matière du droit administratif tel qu'elle avait été développée en Allemagne et dans l'Europe, voir dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL et al. (eds.), *op. cit.*, (note 350), p. 215 »

lorsque cette décision devient définitive et obligatoire. Et pour eux, une décision de justice peut être un exemple à suivre. Reste la question du droit des arbitres de suivre la solution figurant dans les sentences précédentes.

416. En ce qui concerne ce droit du tribunal arbitral, à titre d'exemple, l'article 1511 du Code de procédure civile français prévoit que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ». Pour les trois Professeurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN<sup>373</sup>, les termes « *les règles de droit* » se réfèrent à toutes les composantes de la *lex mercatoria* qui recouvre aussi bien les règles transnationales. Plus précisément, pour eux, ces règles transnationales ont à l'origine, d'une part, des principes généraux du droit du commerce international dégagés de l'ensemble des grandes familles de systèmes juridiques et de sources internationales telles que *la jurisprudence arbitrale internationale*. Ainsi, on peut affirmer que le tribunal arbitral a le droit de se fonder sur la solution dégagée des sentences arbitrales précédentes pour justifier leur raisonnement. L'illustration de ce droit peut être trouvée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui semblait avoir accepté la jurisprudence arbitrale en employant le terme de jurisprudence pour se référer aux sentences<sup>374</sup>. En l'espèce, cette Cour a jugé qu'« *en mentionnant dans leur décision leurs sources jurisprudentielles sur lesquelles ils se sont fondés, les arbitres n'ont fait que justifier leur libre appréciation des données du litige, par une référence expresse, sans doute superfétatoire, mais qui ne caractérise nullement une quelconque méconnaissance du principe de la contradiction de débats* ». Aux termes de ce jugement peut-on en déduire que le juge français a approuvé le droit du tribunal arbitral de se fonder sur la solution figurant dans

---

<sup>373</sup> Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD and Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996, p. 818.

<sup>374</sup> CA Paris, 14 février 1989, Rev. Arb. 1989, note P.-Y. Tschanz, pourvoi rejeté par Cass. Com., le 3 mars 1992, inédit, pourvoi No 89-21273, commenté par ANDREA PINNA, op. cit., (note 278).

les sentences précédentes pour justifier leur raisonnement lors du règlement des litiges ?

417. Ainsi, si l'on reconnaît le droit des justiciables ainsi que du tribunal arbitral de se référer à une solution des sentences arbitrales précédentes, la jurisprudence arbitrale peut exister dans le sens selon lequel « *une jurisprudence est une opinion majoritairement reçue par l'ensemble des juridictions et traduites par une série de décisions* »<sup>375</sup>. Si tel est le cas, nous pouvons poser la question de la cohérence des solutions de la jurisprudence arbitrale comme en matière de la jurisprudence étatique. Cette question est-elle nécessaire étant donné les caractères de *fluidité* et de *volatilité*<sup>376</sup> de l'activité commerciale ? Ces caractères peuvent être justifiés par le développement de la *lex mercatoria* qui « *forme une collection des règles d'origine variables, rassemblées par les tribunaux arbitraux sur le seul fondement de leur adéquation aux besoins du commerce international* »<sup>377</sup> [nous les soulignons].
418. De tout ce qui précède, au sujet de la jurisprudence arbitrale, la question la plus importante est de trouver une source de droit fiable pour une situation où les conditions d'application d'une jurisprudence sont réunies et non le caractère obligatoire de la jurisprudence arbitrale. De ce fait, si on érige la sentence arbitrale en acte juridictionnel comme un jugement, il convient donc aussi de reconnaître le droit des parties ainsi que des arbitres de croire à ses caractères de justice et d'exactitude en se référant à la solution des sentences arbitrales précédentes pour justifier leur raisonnement dans le cas similaire. Si tel est le cas, lorsque les arbitres tranchent le litige en appliquant une solution des sentences arbitrales précédentes, on peut considérer qu'ils ont exercé leur mission de règlement des différends en vertu des règles de droit étant donné

---

<sup>375</sup> BERNARD BEIGNIER et al., *op. cit.*, (note 341), p. 62

<sup>376</sup> Voir dans Dominique CARREAU and Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 4. éd., refondue et augmentée, Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998 (Manuel), p.15 : « La matière internationale économique se caractérise par sa fluidité et par sa volatilité ; et l'action des États en cette matière – souvent dictée par l'urgence – doit répondre au triple impératif d'efficacité, de rapidité, de technicité. »

<sup>377</sup> LOQUIN, *op. cit.*, (note 16), p. 343.

que le droit de se référer à une sentence précédente est reconnu par les règles de droit.

### **La conclusion du chapitre**

419. En ce qui concerne la jurisprudence arbitrale, il existe les explications divergentes sur la notion de la jurisprudence arbitrale ainsi que sur son effet. Cependant, partir du débat de la jurisprudence arbitrale, nous observons que le but de la recherche de jurisprudence arbitrale est de trouver une source fiable et légale pour les arbitres lorsque leur mission est de trancher les litiges en appliquant les règles de droit mais il manque en droit des dispositions en la matière. De ce fait, nous préconisons la reconnaissance aux parties ainsi qu'aux arbitres du droit de suivre une solution dégagée des sentences précédentes qui s'explique par le fait que la sentence arbitrale devient dans ce cas un acte juridictionnel.

## TITRE 2

# L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION APPLIQUANT DES CONTRATS-TYPES FIDIC

420. « *La justice retardée ou la justice inutilement coûteuse est en effet un déni de justice. Cependant, on peut dire que même lorsque la décision finale est considérée comme « correcte », elle aurait été injuste si elle avait été chronophage ou trop coûteuse* »<sup>378</sup>. Les affaires concernant l'annulation de la sentence arbitrale qui ont été citées à titre d'exemple dans la présente Thèse ont plus ou moins montré le caractère chronophage de l'arbitrage. Cela étant, ce qui aide à réduire la complexité ou la longueur de la justice arbitrale retient notre attention. La possibilité pour les parties de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale mérite d'être étudiée (Chapitre 1). Si cela n'était pas le cas, l'étude des solutions visant à réduire les cas de recours en annulation de la sentence arbitrale (Chapitre 2) serait nécessaire et les effets de l'annulation de cette sentence retiendraient aussi notre attention (Chapitre 3).

---

<sup>378</sup> “As Saville LJ commented: “Justice delayed or unnecessarily expensive justice is indeed justice denied. However “correct” the final decision can be said to be, it will have produced injustice if it took too long or was too expensive”, TWEEDDALE and TWEEDDALE, *op. cit.*, (note 289), p. 651.

## CHAPITRE 1

### LA RENONCIATION AU RECOURS EN ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE INTERNATIONALE

421. Le droit de renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale existe dans les législations suisse, tunisienne, belge, panaméenne et française etc.<sup>379</sup>, ce qui n'est pas le cas au Viêt Nam. Aussi, serait-il opportun de modifier sur ce point le droit vietnamien (Section 2) pour qu'il soit au service du développement de l'arbitrage d'une part, et, d'autre part, pour s'adapter à la tendance mondiale en la matière ? Pour répondre à cette question, il convient d'étudier les conditions concrètes en faveur de ce droit de renonciation (Section 1). Le droit français de l'arbitrage serait un bel exemple à étudier.

#### Section 1. Les conditions pour renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale

422. En France, le recours en annulation de la sentence arbitrale s'applique en droit tant interne qu'international. Cependant, la renonciation au recours en annulation n'est possible qu'en matière d'arbitrage international. Précisément, la partie du CPC consacrée à l'arbitrage international prévoit, à l'article 1522, que « *par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* »<sup>380</sup>. Ainsi, il existe deux conditions

---

<sup>379</sup> JULIEN BURDA, 'La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit de l'arbitrage', *RTD. com.* 2013. 653.

<sup>380</sup> Hormis cette disposition, en droit français, pour éviter que le juge du siège de l'arbitrage annule la sentence arbitrale internationale, les parties peuvent prévoir une convention leur permettant de porter le recours en annulation devant un autre juge. La Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 17 juin 2004, a jugé que « la délocalisation de la sentence en droit français de l'arbitrage international ne s'oppose pas à la possibilité de porter le recours en annulation de la sentence arbitrale par la voie d'une clause attributive de compétence à un autre juge que celui du siège », voir : CA Paris, 17 juin 2004 : JDI 2005, p. 1165, Note Éric LOQUIN. Cette

pour que les parties puissent renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale : l'une relative à la convention spéciale des parties (§1) et l'autre au caractère international de l'arbitrage (§2).

### ***§1. La renonciation expresse des parties au recours en annulation de la sentence arbitrale***

423. Selon l'article 1522 du CPC, la renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale doit être stipulée dans *une convention spéciale* des parties. Cependant, ce texte ne dit pas ce qu'il entend par « *convention spéciale* ». Au regard des contrats-types FIDIC, il n'existe pas de clause spéciale stipulant la renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale. Néanmoins, l'article 20.6, à titre d'exemple du Livre Jaune, stipule que le litige sera réglé selon le Règlement d'arbitrage de la CCI qui prévoit que « *toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leurs différends au Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toute voie de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer* » (l'article 34 à l'alinéa 6). À la lecture de ces articles et en considération des termes « *avoir renoncé à toute voie de recours* », peut-on en déduire que les parties qui appliquent des contrats-types FIDIC ont expressément renoncé au recours en annulation de la sentence arbitrale au sens de l'article 1522 du CPC français ?
424. La réponse à cette question peut se trouver dans l'affaire portée devant la Cour d'appel de Paris le 3 avril 2014. En l'espèce, les parties ont porté le litige devant un arbitre unique qui a rendu une sentence le 14 novembre 2013. Par la

---

solution a été critiquée à cause de son inopportunité en France, voir plus détaillé dans : TRISTAN AZZI, 'Cour d'appel de Paris (1ère Ch. C), 17 juin 2004', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2006, no. 1, 2006. Pour nous, c'est aussi une sorte de renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale, étant donné qu'au regard du droit vietnamien, l'annulation ne s'applique qu'à la sentence arbitrale interne et non à une sentence étrangère. Aussi, si les parties forment un recours en annulation à l'encontre d'une sentence étrangère devant le juge vietnamien, ce recours sera irrecevable.



suite, une partie a formé un recours en annulation en demandant l'arrêt de l'exécution de cette sentence devant le magistrat chargé de la mise en état. La question de recevabilité du recours en annulation a été alors posée. À ce titre, le contrat conclu par les parties ayant pour objet la réhabilitation de la station de pompage en Arménie stipule que « *la sentence du DAB [Dispute Adjudication Board qui est composé d'un arbitre unique] sera définitive, obligatoire et pleinement et immédiatement exécutoire entre les parties et les parties seront irrecevables à interjeter un quelconque appel de et/ou contester la sentence du DAB devant une quelconque juridiction, cour ou un tribunal arbitral (sauf si des interférences pénales ou d'autres interférences similaires en relation avec la procédure devant le DAB sont prouvées)*. Cette stipulation correspond au contenu de l'alinéa 6 de l'article 34 du Règlement d'arbitrage de la CCI ci-dessus. Aux termes de cette stipulation, la Cour de Paris a estimé que « *le recours en annulation est de droit ; que la renonciation à son bénéfice doit le viser expressément et ne saurait résulter d'une clause générale de nature de celle qui vient d'être rappelée* »<sup>381</sup>. À l'instar de ce raisonnement, la renonciation au sens de l'article 1522 doit être expresse, ce qui exclut la renonciation tacite qui pourrait se déduire, notamment, des dispositions du Règlement d'arbitrage par lequel les parties s'engagent à exécuter la sentence en renonçant aux voies de recours<sup>382</sup> comme en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC. Cette interprétation de l'article 1522 est raisonnable et trouve sa justification dans l'importance du recours en annulation. Cette importance peut être trouvée dans les analyses du Professeur Éric LOQUIN pour qui « *l'existence dans le pays du siège de l'arbitrage d'une voie de recours spécifique comme le recours en annulation contre les sentences arbitrales internationales [...] traduit simplement une prise en compte de la finalité première de l'arbitrage, identique à celle de la*

---

<sup>381</sup> C'est la traduction assermentée en français produite par FFPMC et non contestée par Farmex, voir dans 'SARL Farmex Technologies v. République Arménie, Foreign financing projects management center of Ministry of finance (FFPMC), Court of Appeal of Paris, 3 avril 2014', *Revue de l'Arbitrage*, no. 1, 2015, p. 110-113.

<sup>382</sup> PHILIPPE LEBOULANGER, 'Arrêt de l'exécution d'une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave, note sous Paris (CME), 3 avril 2014', *Revue de l'Arbitrage*, no. 1, 2015, p. 113-117.

*justice étatique, à savoir permettre aux parties d'obtenir une bonne décision, au sens générique du terme, sur le bien-fondé de la prétention soumise aux arbitres et le souci de les prémunir contre les aléas que peut comporter l'arbitrage* »<sup>383</sup>. Ainsi, l'objectif d'une convention spéciale est d'assurer que « *les parties ont effectivement renoncé, en toute connaissance de cause, au recours en annulation contre une sentence arbitrale* »<sup>384</sup>. La FIDIC peut alors prendre en compte cet argument pour décider de l'opportunité d'intégrer dans ses contrats une clause-type de renonciation à l'appel ou au recours en annulation de la sentence arbitrale.

## **§2. La détermination du caractère international de l'arbitrage**

425. Quant au caractère international de l'arbitrage, l'article 1504 du CPC français dispose qu' « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ». Ainsi, le caractère international de l'arbitrage découle du caractère commercial du litige. Comment peut-on donc déterminer cette commercialité ? L'affaire portée devant la Cour d'appel de Paris<sup>385</sup> sera une bonne réponse à cette question. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de construction conclu entre deux sociétés koweïtienne et italienne stipulant un mécanisme de règlement des litiges à deux niveaux (ingénieur-arbitrage). En cours d'exécution du contrat, le litige né de la demande de supplément de prix par l'entrepreneur a été déféré à l'ingénieur précédent et à l'arbitrage subséquent. Par la suite, la sentence arbitrale a fait l'objet d'un recours en annulation notamment au motif de la nullité de la convention d'arbitrage car une des parties est un opérateur public et non commercial. Concrètement, une partie a argué que ce contrat ne mettait pas en cause des intérêts du commerce international, étant donné que c'est un véritable marché de travaux publics

---

<sup>383</sup> ERIC LOQUIN, 'CA Paris, 17 juin 2004', *JDI (Clunet)*, vol. No4, October 2005 ; voir aussi dans Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris : Economica, 2004 (Recherches juridiques, 8), p. 24, No30.

<sup>384</sup> JULIEN BURDA, *op. cit.*, (note 379). La doctrine est d'accord pour dire qu'une renonciation générale aux voies de recours est inapte à valoir renonciation au recours en annulation, voir: RACINE, *op. cit.*, (note 281), p. 579.

<sup>385</sup> CA Paris, 13 Juin 1996, voir dans *Analyse JurisData*.

conclu par la société agissant par la représentation de l'État du Koweït pour la construction d'un ouvrage public par nature devant servir à l'exercice des prérogatives des puissances publiques de l'État du Koweït. Cependant, cet argument a été rejeté par la Cour d'appel de Paris qui a tenu le raisonnement suivant :

*« En matière d'arbitrage international, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte du commerce au sens étroit et technique des droits internes ; doit être considéré comme commercial, tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale, et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international. Ce caractère commercial ainsi considéré ne dépend ni de la qualité des parties, ni de l'objet du contrat, ni du droit applicable ; il suffit pour qu'un arbitrage puisse être qualifié tout à la fois de commercial et d'international, qu'il intéresse une opération économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières ».* Plus précisément, cette Cour a expliqué qu'« *en l'espèce, la société KFTCIC a lancé un appel d'offres international pour la construction, l'achèvement, l'entretien de l'Ambassade du Koweït à Alger ; que l'exécution du marché adjugée à une société italienne a nécessité l'importation en Algérie de matériaux, matériels et équipements indispensables, que le paiement a été prévu en dollars US, en lire italiennes et en dinars algériens ; qu'il y a donc tout à la fois un transfert de matériel à travers les frontières, ainsi qu'un transfert de savoir-faire et un paiement transfrontières* ». Ainsi, en droit français, les caractères commercial et international de l'arbitrage proviennent du même critère économique du litige relatif à *une opération impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières*. Aussi, la sentence arbitrale rendue par le tribunal arbitral constitué en droit français peut avoir le caractère international et faire l'objet d'un recours en annulation en vertu de l'article 1518 du CPC selon lequel « *la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ».

426. À la différence du droit français, en droit vietnamien, il n'existe que deux sortes d'arbitrages : interne et étranger. La Loi de l'arbitrage commercial de 2010 à l'alinéa 11 de l'article 3 définit qu' « *est l'arbitrage étranger si le tribunal arbitral est constitué en vertu du droit étranger choisi par les parties pour le règlement des litiges sur le territoire ou en dehors du Viêt Nam* ». Ainsi, le caractère étranger de l'arbitrage est déterminé par l'extranéité du tribunal arbitral, *sa constitution en vertu du droit étranger* et non par l'extranéité du litige. Cependant, nous pouvons nous poser la question de savoir si cette Loi de l'arbitrage commercial s'applique à la sentence arbitrale en matière de construction, étant donné que l'article 138 de la Loi de la construction de 2014 du Viêt Nam prévoit que le marché de construction est *un contrat civil* et non commercial<sup>386</sup>. La réponse à cette question est affirmative car cette Loi de l'arbitrage commercial à l'article 2 prévoit qu'elle s'applique aux litiges nés de l'activité commerciale (alinéa 1) ou aux litiges auxquels au moins une partie a l'activité commerciale (alinéa 2) ou aux autres litiges qui sont arbitrables en droit vietnamien (alinéa 3). Aux termes de ce dernier alinéa, la sentence arbitrale tranchant le litige en matière de construction qui est arbitral en vertu du point b de l'alinéa 8 de l'article 148 de la Loi de la construction se soumet aussi au régime d'annulation de la Loi de l'arbitrage commercial de 2010. Ainsi, bien qu'il soit défini comme international au regard du droit français, si le litige est porté devant le tribunal arbitral vietnamien, l'arbitrage mené et la sentence rendue sont toujours internes en droit vietnamien. Aussi, cette sentence est soumise au même régime d'annulation que la sentence tranchant les litiges sans élément d'extranéité.

---

<sup>386</sup> Le caractère commercial devient important en ce qui concerne l'exéquatur de la sentence arbitrale étrangère au Vietnam. La raison tient au fait que la Décision No 453/QĐ-CTN du 28 juillet 1995 du Président de la République Socialiste du Viêt Nam prévoit que l'application de la Convention de New York 1958 n'est réservée qu'aux litiges nés de l'activité commerciale. Par conséquent, la sentence arbitrale en matière de construction qui relève du domaine civil en droit vietnamien ne peut pas bénéficier des avantages de la Convention de New York si elle fait l'objet d'une demande d'exéquatur au Viêt Nam. Dans ce cas, elle peut être reconnue et exécutée au Vietnam en vertu de l'article 424 du Code de procédure civile selon le principe de réciprocité. Sur ce point, on peut voir le commentaire plus détaillé de VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 288), p. 250-268.

427. Ici, la question est de savoir s'il est nécessaire de modifier le droit vietnamien de l'arbitrage sur ce point pour permettre aux parties de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale comme en droit français de l'arbitrage international. Pour répondre à cette question, il convient de comprendre quel est le fondement du droit français sur ce point.

## **Section 2. L'inopportunité de l'intégration du régime de renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale internationale en droit vietnamien**

428. Comme on le sait, en droit français, la renonciation au recours en annulation n'est réservée qu'à la sentence arbitrale internationale. Ce droit de renonciation trouve son fondement dans la nature du recours en annulation contre une sentence selon laquelle le but n'est pas de faire rejurer l'affaire au fond mais d'invalider la sentence. Cette nature a été définie par la Cour de cassation française<sup>387</sup> pour laquelle « *le juge de l'annulation est le juge de la sentence pour admettre ou pour refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage* ». Cette nature du recours en annulation suscite la question de savoir s'il est légitime de donner au juge du siège d'arbitrage le pouvoir d'annuler une sentence, si ce pays n'est en aucune façon intéressé au litige, en d'autres termes, si la sentence n'y sera jamais soumise à exécution, parce qu'aucune partie n'y est établie et n'y détient des biens ou des créances.<sup>388</sup> L'article 1522 répond à cette question comme on peut le lire dans le rapport au Premier Ministre relatif au décret N<sup>o</sup>2011-48 portant réforme de l'arbitrage<sup>389</sup>. Précisément, ce rapport montre qu'« *elle [cette disposition] apparaît utile lorsque des parties étrangères recourent à la place de Paris pour trancher leur différend, sans que pour autant l'exécution de la sentence*

---

<sup>387</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Ch. Civ., 12 février 2014, No 10-17076.

<sup>388</sup> PHILIPPE FOUCHARD et al., *op. cit.*, (note 304), p. 467.

<sup>389</sup> JORF n<sup>o</sup>0011 du 14 janvier 2011, p. 773.

*soit recherchée en France.* » Si la sentence est exécutée en France, l'alinéa 2 du même article prévoit que les parties peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exéquatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520 qui concerne le recours en annulation. Cela laisse à penser que la renonciation au recours en annulation ne s'applique qu'à la sentence arbitrale rendue en France mais celle-ci n'y sera pas exécutée. Cette disposition semblait être une bonne solution pour réduire la durée de la procédure arbitrale. Ici, la question se pose de savoir si cette solution est opportune au Vietnam.

429. Pour répondre à cette question, nous pouvons porter notre regard sur le contexte de la France au moment où l'article 1522 a vu le jour. À ce titre, selon les études de Julien BURDA<sup>390</sup>, *« l'article 1522 du CPC témoigne de la volonté de renforcer l'attractivité de la France comme place d'arbitrage international en permettant que la sentence arbitrale ne fasse l'objet d'aucun recours devant les juridictions nationales. Ce renforcement de l'attractivité s'opère à une époque où la France, et en particulier la place de Paris, est de plus en plus concurrencée par d'autres places d'arbitrage en Europe ou dans le monde. On se souvient à ce titre que la CCI avait menacé, fin 2010, de déménager à Genève en raison, entre autres, de ses locaux parisiens qu'elle jugeait trop étroits [...]. L'article 1522 du CPC entend ensuite donner toute latitude aux parties pour aménager leur arbitrage comme elles le souhaitent, et, le cas échéant, leur laisser la possibilité de choisir un siège qui n'a pas ou peu de liens avec leur litige. À ce titre, la France, comme la Suisse d'ailleurs, sont souvent choisies comme lieu du siège de l'arbitrage sans pour autant que les parties n'aient l'intention de voir leur sentence y être exécutée. Le droit d'exclure tout recours en annulation vise à répondre aux attentes des parties en leur laissant une grande liberté, mais également éviter qu'un tel recours ne vienne, en quelque sorte « encombrer » les juridictions pour les différends qui n'ont pas ou peu de lien avec l'État en question. Le contrôle de la sentence est alors laissé aux juridictions du ou des lieu(x) où la sentence sera exécutée. »* Ainsi, l'objectif principal de l'article 1522 est de répondre aux besoins

---

<sup>390</sup> JULIEN BURDA, *op. cit.*, (note 379).

pratiques de la France où siège le Centre d'arbitrage de la CCI qui peut-être saisi des litiges entre les parties n'ayant aucun lien avec ce pays. Tel n'est pas le cas au Viêt Nam. Reste à savoir s'il existe beaucoup de sentences rendues au Viêt Nam qui n'y sont jamais exécutées parce qu'aucune partie n'y est établie et n'y détient des biens ou des créances. Actuellement, il n'y pas de statistique sur ce point. Cependant, pour comprendre le besoin réel des parties, on peut porter le regard sur la pratique de la France quant à l'application de l'article 1522 du CPC autorisant les parties à renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale internationale. À ce titre, l'étude de messieurs Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT a montré qu'« *en pratique, les parties n'utilisent généralement pas cette option et semblent vouloir maintenir la possibilité d'un contrôle d'un juge étatique sur la validité de la sentence. On peut comprendre cette réticence. L'inconvénient majeur de l'exclusion de tout recours en annulation est de laisser perdurer une sentence peut-être irrégulière, qui ne peut être définitivement annulée. Son exécution pourra être recherchée dans divers États, chacun se prononçant selon ses propres vues sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence sur son territoire* »<sup>391</sup>. Ainsi, à première vue, la disposition qui autorise les parties à renoncer au recours en annulation de la sentence en matière d'arbitrage international semblait être une bonne solution pour réduire le caractère chronophage d'une procédure d'arbitrage. Cependant, cette disposition ne prend pas tout son sens dans la pratique aux yeux des justiciables. Qui plus est, la Convention de New York 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à l'alinéa 2(e) de l'article V prévoit que l'État d'accueil de la sentence étrangère peut refuser son exéquatur si cette sentence a été annulée dans l'État du siège de l'arbitrage. Cette solution est aujourd'hui considérée encore préférable<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> Christophe SERAGLINI and Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris : LGDJ, 2013 (Domat droit privé), p. 853.

<sup>392</sup> *Ibid.* 837.

430. De tout ce qui se développe ci-dessus, la disposition qui autorise les parties à renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale ne présente pas beaucoup d'intérêts pour que l'État vietnamien modifie sur ce point son droit de l'arbitrage.

### **La conclusion du chapitre**

431. En guise de conclusion, nous pensons au propos du Professeur Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE selon lequel « *il faut que le droit soit l'écho de la vie de la société dans laquelle on l'utilise...* »<sup>393</sup>. Ainsi, la création d'un quelconque nouveau régime juridique doit répondre aux besoins de la société dans laquelle ce régime s'applique. Les développements ci-dessus montrent que les besoins des justiciables de renoncer au recours en annulation de la sentence arbitrale internationale ne sont pas encore vraiment évidents dans la pratique actuelle. De ce fait, la disposition qui reconnaît ce droit de renonciation ne joue pas un rôle significatif dans la diminution des inconvénients de la procédure arbitrale pour qu'on puisse aujourd'hui l'étendre aux différents pays dont le Viêt Nam. Aussi, est-il nécessaire de consacrer des études aux causes de l'annulation de la sentence arbitrale sous l'angle du triple droit<sup>394</sup> - français, anglais et vietnamien - pour trouver les bons enseignements au service du développement de l'arbitrage, particulièrement au Viêt Nam.

---

<sup>393</sup> JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, 'Du droit sans imposture', Panthéon-Assas, No. 6, p. 66-75, Décembre 2017.

<sup>394</sup> Voir l'importance du droit comparé dans SERAGLINI and ORTSCHIEDT, *op. cit.*, (note 391), No54, p. 58.



## CHAPITRE 2

### LES CAUSES DE L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE EN MATIÈRE DE CONSTRUCTION APPLIQUANT LES CONTRATS-TYPES FIDIC

432. En ce qui concerne les causes de l'annulation de la sentence arbitrale, il n'existe pas de dispositions spécifiques s'appliquant au domaine de la construction. La sentence arbitrale en la matière est donc soumise au même régime d'annulation que celle du domaine commercial international au sens plus large du terme. À ce sujet, l'alinéa 2 de l'article 68 de la Loi de l'arbitrage commercial vietnamien prévoit l'annulation de la sentence arbitrale pour un des motifs suivants : *l'absence de convention d'arbitrage ou la nullité de cette convention (a) ; la constitution du tribunal arbitral, le déroulement de la procédure arbitrale ne se conforme pas aux règles procédurales convenues par les parties ou aux dispositions de la présente loi (b) ; le litige ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral [...] (c) ; la preuve donnée par les parties sur laquelle le tribunal arbitral fonde la sentence est faux ; l'arbitre a reçu de l'argent, des biens ou des autres intérêts patrimoniaux d'une partie en affectant l'impartialité et l'égalité de la sentence arbitrale (d) ; la sentence arbitrale a été rendue contraire aux principes fondamentaux du droit vietnamien (đ).*
433. Ainsi, il existe plusieurs causes d'annulation de la sentence arbitrale. Ces causes peuvent être regroupées en deux catégories : l'une concerne la compétence du tribunal arbitral, l'autre les irrégularités dans le déroulement de la procédure arbitrale. Comme on le sait, l'arbitrage n'est pas un sujet nouveau. Le régime d'annulation de la sentence arbitrale a donc fait l'objet de différentes études. C'est pourquoi, dans le champ de recherche des procédures de règlement des litiges en matière de construction appliquant les contrats-

types FIDIC, le présent chapitre n'est consacré qu'à la mise en lumière des problèmes, objet des compréhensions divergentes. À ce titre, l'annulation de la sentence arbitrale pour incompétence du tribunal arbitral retient notre attention.

434. Comme nous le savons, la construction est une opération complexe. Pour exécuter un contrat de construction, hormis l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage, plusieurs autres acteurs ont aussi un rôle à jouer, comme l'ingénieur, l'investisseur, les sous-traitants, etc. C'est pourquoi, les désordres dans l'exécution du contrat peuvent affecter les droits et intérêts de plusieurs acteurs. Cependant, le contrat d'entreprise contenant la clause compromissoire n'est conclu que par deux acteurs - l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage-. La question se pose de savoir si cette clause engage les tiers qui ne l'ont pas signée (section 1). Hormis cette question, les contrats-types FIDIC font naître une question notable sur la compétence du tribunal arbitral dans le cas où les conditions pré-arbitrales ne seraient pas réunies (section 2).

### **Section 1. L'incompétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers-la partie non signataire de la convention d'arbitrage**

435. Au Vietnam, la question de la compétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers-la partie non signataire de la clause compromissoire- a reçu une réponse négative du Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville dans l'affaire No625/2012/QDDST-KDTM du 14 mai 2012<sup>395</sup>. En l'espèce, pour construire un boulevard à Ho Chi Minh Ville, un trust a été établi par une collectivité de la Ville qui est une organisation publique. L'ordonnance du 17 janvier 2011 de création de ce trust précise que celui-ci acquiert la personnalité morale mais qu'il reste sous la direction de cette collectivité et qu'il est autonome dans la gestion d'une partie de son capital. Par la suite, ce trust a conclu avec un entrepreneur japonais un contrat de construction appliquant le Livre Rouge

---

<sup>395</sup> Dans cette affaire, le Service de la justice de Ho Chi Minh ville dont je suis partie a été consulté par cette collectivité d'Ho Chi Minh ville.

1987. Cependant, celui-ci n'a pas agi contre ce trust mais contre la collectivité qui l'a institué devant le centre d'arbitrage de la CCI. En jugeant que ce trust n'acquiert pas le statut de titulaire du contrat de construction, par une sentence partielle, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent en estimant que la collectivité d'Ho Chi Minh ville est partie au litige. Cette sentence a été attaquée par voie de contredit<sup>396</sup> devant le Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville pour incompetence du tribunal arbitral étant donné que la collectivité publique d'Ho Chi Minh ville n'est pas partie au contrat de construction, ni à la clause compromissoire. Ce Tribunal populaire a fait droit à cet argument en considérant que ce trust qui acquiert la personnalité morale a le droit de signer un contrat au service de son activité. Elle ajoute aussi que selon l'ordonnance créant ce trust, celui-ci reste sous la direction de cette collectivité mais seulement pour la gestion des projets de construction et non pour la signature des contrats de construction. Ce jugement du Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville ne mettrait-il pas en cause l'impartialité des juges étant donné que le demandeur en annulation de la sentence arbitrale est la collectivité publique d'Ho Chi Minh ville contre le défendeur - partie étrangère ? Cependant, ce doute-là n'est pas bien fondé pour des raisons qui suivent.

436. En ce qui concerne l'extension des effets de la convention d'arbitrage au tiers non-signataire, les juges vietnamiens sont très réticents sur ce point dès lors que ce problème survient entre deux acteurs de droit privé. La justification se trouve dans une affaire plus récente portée devant le Tribunal populaire d'Ha Nội<sup>397</sup> le 15 mars 2016. Dans ce cas concret, un contrat d'assurance a été

---

<sup>396</sup> En vertu de la Loi de l'arbitrage commercial du Vietnam 2010, l'alinéa 1 de l'article 43 prévoit que « avant de trancher le fond du litige, le tribunal arbitral doit examiner sa compétence, l'effet de clause d'arbitrage et la faisabilité de cette clause ». L'alinéa 1 de l'article 44 de la même Loi dispose que « dans le délai de cinq jours à partir de la réception de la décision du tribunal arbitral en vertu de l'article 43 ci-dessus, si une partie n'en est pas satisfaite, elle peut former une requête devant la juridiction étatique compétente pour réexaminer la décision du tribunal arbitral ».

<sup>397</sup> VAN DAI DO, *Pháp luật trọng tài thương mại việt nam - Bản án và bình luận bản án (Tập I)*, Hồng Đức, 2017, p. 83-87. Cette affaire porte sur la subrogation dans le contrat d'assurance. Dans le domaine de la construction, les contrats d'assurance sont obligatoires. La question posée dans cette affaire méritait d'être étudiée. La solution des juges dans cette affaire s'inscrit dans le droit fil d'un arrêt précédent de cette même Cour du 14 juillet 2004.

conclu entre l'assureur-société Bao Viet et l'assurée-société 3C pour couvrir le contrat de transport des marchandises entre cette dernière et la société Gest. Lors de l'exécution du contrat de transport, un incident survenu a causé un préjudice aux marchandises objet de ce contrat d'assurance et l'assuré a été indemnisé par l'assureur. Par la suite, celui-ci a intenté une action en dommages-intérêts à l'encontre de la société Gest devant le Centre d'Arbitrage International du Vietnam (VIAC) en vertu de la clause compromissoire conclue entre 3C et Bao Viet. Le tribunal arbitral saisi de cette demande s'est déclaré compétent et a tranché le litige. Puis, Gest a demandé au Tribunal populaire d'Ha Nôi d'annuler la sentence arbitrale notamment pour incompétence du tribunal arbitral au motif qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage entre celui-ci et Bao Viet. Cette demande a été admise par ce Tribunal populaire pour lequel il n'existe pas de contrat de subrogation entre Bao Viet et 3C pour que Bao Viet puisse substituer 3C et être partie à la clause d'arbitrage. La question se pose de savoir quel est le fondement du jugement de ce Tribunal populaire.

En ce qui concerne la subrogation, l'Ordonnance No 01/2014/NQ-HĐTP du Conseil des juges de la Cour suprême populaire du Vietnam préconisant l'application de certaines dispositions de la Loi de l'arbitrage commercial (ci-après Ordonnance No 01/2014/NQ-HĐTP), à l'alinéa 3 de l'article 7, prévoit que lorsqu'il y a un transfert des droits, des obligations nées d'une transaction ou d'un contrat dans laquelle/lequel il existe une clause compromissoire valable, celle-ci engage aussi le subrogé. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 49 de la Loi des assurances de 2010, « *dans le cas où une tierce personne aurait commis une faute causant des dommages à l'assuré et où l'assureur l'aurait indemnisé, l'assuré devra subroger l'assureur dans ses droits contre cette tierce personne* ». Ainsi, il existe une subrogation légale et non conventionnelle dans cette affaire. Le fait que le Tribunal populaire d'Ha

---

Dans ce cas concret, le Tribunal populaire d'Ha Noi a confirmé qu'il existait une subrogation conventionnelle mais elle a refusé de reconnaître l'effet de la clause compromissoire à l'égard de la tierce partie en estimant que celle-ci n'a pas signée la convention d'arbitrage avec le débiteur.

Nôï refuse d'étendre l'effet de la clause compromissoire à l'assureur en raison de l'absence de subrogation conventionnelle entre l'assureur et l'assuré permet-il de présumer que, pour les juges vietnamiens, les effets de la clause d'arbitrage ne s'appliquent qu'à une subrogation conventionnelle et non légale ?

Au regard de cette disposition, le droit vietnamien ne reconnaît l'effet de la clause d'arbitrage à la partie non signataire que dans le cas où il y aurait un transfert des droits ou obligations. Sur ce point, dans l'affaire ci-dessus relative à la collectivité d'Ho Chi Minh ville, lors de la naissance du litige, le trust existe encore et le problème de transfert de ses droits et ses obligations n'est pas mis en cause. Par conséquent, cette collectivité ne peut pas substituer ce trust pour être partie à la clause compromissoire conclue entre ce dernier et le tiers. Pour cette raison, les juges vietnamiens, en déclarant l'incompétence du tribunal arbitral à l'égard de cette collectivité, ne seraient pas infondés.

Quoi qu'il en soit, ces deux affaires nous montrent que les juges vietnamiens sont très réticents à l'extension des effets de la convention d'arbitrage à la tierce partie non signataire.

Tournons le regard vers d'autres pays, ce problème ne trouve pas non plus une réponse uniforme. L'affaire portée devant les juridictions française et anglaise sera une bonne illustration. En l'espèce, au service de construction de logement pour les Pakistanais désireux d'effectuer le pèlerinage à la Mecque (le Hajj), le 13 janvier 1996, l'État Pakistanais a créé un trust qui acquiert la personnalité morale. Puis, celui-ci a conclu, le 19 septembre 1996, un contrat de construction avec l'entrepreneur Dallah Estate and Tourisme Holding Company (ci-après Dallah). Un mois plus tard, le litige a été porté devant le Centre d'arbitrage de la CCI par Dallah pour laquelle l'État pakistanais est partie au litige. Par la suite, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent et a rendu une sentence finale en 2006. N'étant pas d'accord, l'État pakistanais a intenté un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris<sup>398</sup> pour

---

<sup>398</sup> CA Paris, 17 février 2011, No 09/28533. Voir commentaire dans « Divergence d'appréciation entre les juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention

incompétence du tribunal arbitral étant donné que l'État pakistanais n'est pas partie à la clause compromissoire. Cependant, ce recours a été rejeté par la Cour de Paris pour laquelle les affaires du trust avaient été, en fait, gérées par l'État pakistanais lui-même et que l'existence du trust était purement formelle. De ce fait, les effets de la clause compromissoire s'étendent à l'État pakistanais. Contrairement aux juges français, lorsque cette sentence a fait l'objet d'une demande d'exéquatur au Royaume-Uni, la Cour suprême britannique a refusé cette demande. Pour les juges anglais, les éléments factuels ne suffisent pas pour justifier que, lors de la conclusion du contrat de construction entre Dallah et le Trust, la volonté commune des parties consiste pour l'État Pakistanais à être partie ou à s'obliger à être partie au contrat<sup>399</sup>.

Ici, le point qui retient notre attention tient au fait que, dans le même but de rechercher la volonté commune des parties, appliquant le même droit français à cette même affaire, les deux juridictions anglaise et française se sont prononcées dans des directions opposées : l'une (française) confirme que la clause compromissoire engageait la partie non-signataire, l'autre (anglaise) dans le sens inverse. Quelle est la raison de cette divergence ? La réponse tient à la manière de déterminer l'existence et la validité de la clause d'arbitrage du droit français. Précisément, en matière d'arbitrage international à l'article 1507 du CPC français, la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. En ce qui concerne la validité et l'efficacité de la clause d'arbitrage, un principe a été reconnu selon lequel « *en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve dès*

---

d'arbitrage » sur Lextenso.fr ; ou FRANCOIS-XAVIER TRAIN, 'L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français, note sous Paris, Pôle 1-Ch.1, 17 février 2011 et Cour suprême du Royaume-Uni, 3 Novembre 2010', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2012.

<sup>399</sup> *Dallah Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of religious affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46: "The upshot is that the course of events does not justify a conclusion that it was Dallah's and Government's common intentions or belief that the Government should be or was a party to the Agreement, when the Agreement deliberately structured to be, and was agreed, between Dallah and the Trust."

*règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties sans que soit nécessaire de référer à une loi étatique* »<sup>400</sup>. De ce fait, « *le juge d'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres* »<sup>401</sup>. Aussi, pour déterminer l'étendue de l'effet de la clause compromissoire dans l'affaire ci-dessus, les juges anglais et français sont entrés dans l'analyse détaillée des éléments tant précontractuels que relevant de l'exécution du contrat. Cependant, la conclusion des juges anglais va dans le sens contraire.

Cette divergence montre que la méthode de détermination de l'existence, de la validité ou de l'effet de la clause d'arbitrage en matière internationale du droit français est d'autant plus risquée que celle-ci dépend de la volonté des juges du contrôle de la sentence arbitrale et de sorte que l'on ne peut pas prévenir le champ de cette extension. Il est compréhensible que le concept qui tend à limiter l'effet de la clause d'arbitrage aux parties signataire est dogmatique et trop rigide<sup>402</sup>. Néanmoins, le fondement pour étendre les effets de la clause d'arbitrage à la partie non-signataire n'est guère plus solide

---

<sup>400</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 20 décembre 1993, voir dans Benoît LE BARS, Joseph DALMASSO and Gérard WORMS, *Arbitrage commercial international: Les grands arrêts du droit français*, Paris : LexisNexis, 2016 (Droit & professionnels Droit international), p. XXIV. Sur ce point, au Vietnam, selon la Loi de l'arbitrage commercial, à l'alinéa 2 de l'article 16, la convention d'arbitrage doit être écrite. Cependant, l'écrit s'entend au sens très large et englobe les échanges entre les parties tant en demande qu'en défense. Dans la pratique, cette disposition a eu l'occasion de s'appliquer. À titre d'exemple, dans une affaire No 979/2016/QĐ-PQTT portée devant le Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville du 21 septembre 2016, il n'existe pas de clause compromissoire entre les parties. Cependant, lors de la naissance du litige, une partie l'a déféré au Centre d'arbitrage commercial d'Ho Chi Minh ville. Dans une réunion organisée par ce Centre, le défendeur s'est déclaré prêt à poursuivre la procédure d'arbitrage. Par la suite, ce défendeur a demandé au Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville d'annuler la sentence arbitrale pour absence de convention d'arbitrage. Cependant, ce recours n'a pas été admis par le Tribunal populaire qui considère que l'attitude du défendeur favorable à l'arbitrage justifie l'existence d'une clause d'arbitrage écrite au sens de l'article 16 de la Loi de l'arbitrage.

<sup>401</sup> Fabienne Jault-Seseke – Rev. crit. DIP 2011. 85.

<sup>402</sup> C'est une assertion de JEAN PAUL CORREA DELCASSO, 'La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international', *Gaz. Pal.*, Issu : 362 du 28 décembre 2013.

et d'autant moins risqué qu'il se fonde sur le principe de la libre volonté des juges. Ce fondement fragile a créé aussi des divergences dans la détermination du périmètre de la clause d'arbitrage dans la pratique des juridictions françaises elles-mêmes. À titre d'exemple, dans l'affaire portée devant la Cour de cassation du 7 novembre 2012<sup>403</sup>, la société de droit français *Amplitude* a conclu avec la société *Oebe TH Thotou*, un contrat de distribution sur le territoire grec de prothèses orthopédiques avec une clause compromissoire. Leur siège étant en Grèce, la société *lakovoglou Promodos* liée à la précédente par des liens capitalistiques et de direction a également distribué les produits de la société *Amplitude* sur le territoire grec. Lors de la naissance du litige relatif à la résiliation de ce contrat, l'arbitre unique s'est déclaré compétent. Puis, la sentence arbitrale a été contestée par voie de recours en annulation devant la Cour d'appel de Grenoble. Celle-ci a annulé la sentence en retenant que « *la clause d'arbitrage prévue au contrat [...] ne peut être étendue à la société lakovoglou Promodos qui a réalisé l'activité de distribution des produits de la société Amplitude en dehors du champ contractuel liant cette dernière à la société Oebe TH Thotou* ». Cependant, le pourvoi à l'encontre de cette décision a donné lieu à une décision inverse. Précisément, pour la Cour de cassation, la société *lakovoglou Promodos* a substitué la société *Oebe TH Thotou* pour l'exécution du contrat de distribution, l'effet de la clause d'arbitrage international dans le contrat initial s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat. Ainsi, dans une même affaire, avec l'application du même droit, les deux juridictions françaises sont parvenues à deux décisions contraires. Cela montre que le fondement pour étendre la convention d'arbitrage à la partie non-signataire est fragile<sup>404</sup> et que les juges

---

<sup>403</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., No 11-25891, voir aussi dans FRANCOIS-XAVIER TRAIN, 'L'extension de la clause compromissoire- Chronique des années 2012-2017', *Revue de l'Arbitrage*, no. 2, 2017.

<sup>404</sup> À ce sujet, Pierre Mayer a critiqué la solution de la Cour d'appel de Paris lorsque celle-ci a étendu l'effet de la clause d'arbitrage à la partie non signataire comme suit : « *Il n'est pas sain de recourir à une formule à la fois vague, ambitieuse et théoriquement contestable, même si elle est d'une élégance certaine, pour justifier des solutions que la théorie générale des obligations permettrait en tout sécurité de retrouver [...] on peut craindre que la beauté de la formule et son aspect « engagé » ne conduise un jour à en faire un usage excessif* ». Voir dans PIERRE MAYER, 'Note-Cour d'appel de Paris (1<sup>er</sup> Ch. suppl.) 28 novembre 1989; Cour d'appel de Paris (1<sup>er</sup> Ch. Suppl.) 8 mars 1990', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 1990.



sont libres de choisir les éléments de fait ou de droit différents pour fonder leur décision. Par conséquent, si l'attention des juges est portée sur des éléments différents, les jugements rendus par des juges différents vont dans des sens différents. En l'occurrence, pour éviter que la décision soit cassée par la Cour de cassation, il y a un risque, suivant les propos de François-Xavier Train<sup>405</sup>, de traitement routinier de la question.

437. De tout ce qui précède, quelle sera la bonne solution pour la législation vietnamienne sur ce point ? À nos yeux, l'extension de la clause d'arbitrage à la partie non-signataire ne trouve pas son origine dans une théorie scientifique juridique mais dans la politique favorable à son égard de chaque État. C'est la raison pour laquelle si le Vietnam soutient le développement de l'arbitrage, il est possible d'appliquer une règle, comme l'analyse François-Xavier Train<sup>406</sup>, selon laquelle dans le cas où il existerait un doute sur la portée de la clause compromissoire, ce doute-là profite à l'arbitrage. Si les justiciables ne veulent vraiment pas s'engager dans la voie de l'arbitrage, il est nécessaire qu'ils manifestent expressément leur volonté au moyen, par exemple, d'une clause pour dénier l'effet de la clause d'arbitrage conclue par la partie adverse avec le tiers.

## **Section 2. L'incompétence du tribunal arbitral en raison du non respect des conditions préalables à l'arbitrage**

438. Comme nous le savons, en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC, le règlement des litiges par l'ingénieur ou le DAB est considéré comme une condition préalable obligatoire à l'arbitrage. La question se pose de savoir si cette condition est celle pour que le tribunal arbitral soit compétent pour connaître du litige. Dans la pratique, à plusieurs reprises et dans différents pays, le recours en annulation a été formé pour contester la

---

<sup>405</sup> FRANCOIS-XAVIER TRAIN, *op. cit.*, (note 403).

<sup>406</sup> *Ibid.*

sentence arbitrale pour incompétence du tribunal arbitral car le mécanisme de règlement des litiges pré-arbitral n'a pas été respecté.

### **En France**

439. En ce qui concerne le recours en annulation de la sentence arbitrale pour incompétence du tribunal arbitral, l'article 1520 du CPC à l'alinéa 1 prévoit que le recours en annulation peut être ouvert « *si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent*<sup>407</sup> ». Ainsi, le fait que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent lorsque la procédure pré-arbitrale n'a pas été respectée relève-t-il du champ d'application de ce texte ? La réponse à cette question se trouve dans l'affaire portée devant la Cour d'appel de Paris<sup>408</sup> en 2012. En l'espèce, une partie a demandé d'annuler la sentence arbitrale en considérant notamment que le tribunal arbitral n'a pas tenu compte de la procédure pré-arbitrale par l'ingénieur en vertu de l'article 67 du Livre Rouge 1987. Cependant, le recours n'a pas été admis par cette Cour pour laquelle son auteur « *invite en réalité le juge d'annulation à une révision au fond de la sentence qui lui est interdit* ». Ainsi, pour les juges français, le non-respect des conditions pré-arbitrales n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral.

Néanmoins, il sera difficile d'admettre un tel jugement. La raison tient au fait que si un recours relatif à la compétence du tribunal arbitral est porté devant le juge du contrôle, se pose le problème de savoir si celui-ci est tenu d'entrer dans l'examen des éléments de fait ou de droit pour donner la réponse sur la compétence du tribunal arbitral sans qu'il soit nécessaire de prendre en compte le principe de l'interdiction de révision au fond de la sentence

---

<sup>407</sup> En droit vietnamien, l'article 68 de la Loi de l'arbitrage commercial sur le recours en annulation de la sentence ne précise pas que la sentence d'incompétence peut faire l'objet d'un recours en annulation. Cependant, en ce qui concerne la sentence sur la compétence du tribunal arbitral, selon l'article 43 de la Loi de l'arbitrage commercial de 2010, avant de trancher le fond du litige, le tribunal arbitral est tenu d'examiner sa compétence. S'il considère que le litige saisi ne relève pas de sa compétence, le tribunal arbitral décide de ne pas trancher le litige et en informe les parties. Cette décision peut être contestée par voie de contredit devant la juridiction étatique. On en déduit que la sentence d'incompétence peut être annulée en droit vietnamien.

<sup>408</sup> CA Paris., Pôle 01 CH. 01 du 26 juin 2012, No 10/18442, voir dans Lextenso.fr.

arbitrale. Tel était déjà le cas devant la Cour d'appel de Paris en 2013<sup>409</sup> en ce qui concerne un recours contre la sentence d'incompétence. Ce cas concret est relatif à un contrat de construction d'un hôtel entre Jnah et Marriott. Lors de la naissance du litige, pour déterminer la compétence du tribunal arbitral, celui-ci examina le pouvoir d'agir du mandataire-Monsieur F. de Jnah- dans la procédure arbitrale suivant la procuration de celui-ci. Pour ce faire, le tribunal arbitral analysa la question au regard du droit libanais auquel le pouvoir était soumis, et estima que l'acte de procuration se trouvait expiré et se déclara donc incompétent pour connaître des demandes qui lui étaient soumises par Monsieur F. au nom de Jnah. Cette sentence d'incompétence a été attaquée par Monsieur F devant la Cour d'appel de Paris pour laquelle le recours doit être admis en jugeant : *« cette procuration, contrairement à ce qu'a décidé le tribunal arbitral, habilite au regard de la généralité de ces termes, son bénéficiaire à agir au nom de Jnah dès lors que l'action trouve, ce qui est le cas en l'espèce, son origine dans les relations contractuelles entretenues avec Marriott avant le 4 mai 2009 ; que son objet ne peut être, en conséquence limité aux arbitrages « Jnah I » et « Jnah II » [ deux sentences arbitrales dans les litiges précédents] ce qui rend inopérant le moyen opposé par Marriott tiré de l'expiration de la procuration par l'effet de l'extinction de son objet [...] ; qu'elle doit être regardée comme irrévocable, conformément à la commune intention des parties exprimée dans l'accord du 5 février 2009 et au principe de loyauté contractuelle, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, dès lors que cette irrévocabilité méconnaît aucune règle impérative du droit français et de l'ordre public international ; que par suite, faute d'être démontré que Jnah aurait obtenu judiciairement la révocation de cette procuration, Monsieur F. se trouvait toujours investi du pouvoir d'agir au nom de Jnah [...] ; qu'il s'ensuit que le tribunal arbitral, en se déclarant incompétent a méconnu l'étendue de son pouvoir juridictionnel en sorte que le moyen et le recours doivent être accueillis et la sentence annulée ».*

Ce jugement a été commenté par les experts de la façon suivante : *« la cour, ce faisant, remet directement en cause le raisonnement des arbitres sur*

---

<sup>409</sup> CA Paris, Pôle 1, le 17 décembre 2013, No12/07231.

*plusieurs questions. [...] Pour réviser la sentence au fond, la Cour traite - comme les arbitres l'avaient fait eux-mêmes [nous les soulignons] - la question de savoir si le pouvoir de représentation était ou non valable comme une question de compétence »<sup>410</sup>. Ainsi, pour favoriser le règlement des litiges par voie d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a laissé de côté le principe de non-révision au fond de la sentence arbitrale qui est, à nos yeux, logique pour ce qui concerne le recours relatif à la compétence du tribunal arbitral. La Cour de Paris aurait été plus convaincante si elle avait jugé de la même façon pour l'examen de la compétence du tribunal arbitral dans le cas de non respect des conditions pré-arbitrales ci-dessus.*

440. Hormis l'application du principe de non-révision au fond de la sentence arbitrale pour préserver l'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a fait référence à la théorie de recevabilité d'une demande pour refuser l'annulation de la sentence arbitrale en matière de compétence. À ce titre, cette Cour a déjà énoncé que « *l'inobservation d'une formalité de pure procédure, comme le dépassement d'un délai pour contester la décision d'un ingénieur et mettre en œuvre la convention d'arbitrage ne concerne que la recevabilité de la demande, et n'est pas de nature à affecter l'existence de la clause de compromis, ni donc le principe de compétence du tribunal arbitral* »<sup>411</sup>.

Cette solution des juges français a été approuvée par plusieurs experts en la matière qui considèrent qu'elle est conforme à la théorie consistant à distinguer les problèmes afférents à la « *recevabilité* » d'une demande relative

---

<sup>410</sup> Voir dans voir « *Compétence et recevabilité : vers la révision au fond ?* » : sur Lextenso.fr : les commentaires précisent qu' « *alors que les arbitres avaient estimé que le pouvoir était soumis au droit libanais, la Cour en apprécie la validité sur le fondement du principe de loyauté contractuelle sans se référer à aucune loi étatique, comme s'il s'agissait d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage elle-même. Alors que les arbitres avaient estimé que le pouvoir avait un objet limité et ne porte pas sur question discutée à troisième arbitrage, la Cour arrive à une conclusion contraire. Enfin, la Cour estime que le pouvoir était irrévocable en se limitant à constater que cette irrévocabilité ne méconnaît aucune règle impérative du droit français.* »

<sup>411</sup> CA Paris, 1 décembre 1995, *Ministère de l'Agriculture d'Irak v. Société Hochtief*, Rev. Arb, Vol. 1996, Issus 3.

à la « *compétence* » du tribunal arbitral. Cette théorie<sup>412</sup> a été synthétisée et présentée dans les études de Scheffer da Silveira GUSTAVO. Selon cette théorie, pour déterminer la compétence du tribunal arbitral, on pose les questions suivantes : quelle était la volonté des parties ? Souhaitent-elles que le litige soit soumis au juge étatique et non à l'arbitre ? Ou simplement que ces demandes ne puissent pas, à ce moment-là, être invoquées devant les arbitres ? Si la réponse était de soumettre le litige au juge étatique, la question serait celle de la compétence du tribunal arbitral. Dans le cas contraire, ce serait une question de recevabilité. Avec l'existence de la convention d'arbitrage, il est possible de présumer que les parties aient voulu déférer leurs litiges à l'arbitre. Il ne s'agit pas d'un accord conditionnel à l'arbitrage où, à défaut de respect des étapes préalables, le juge étatique serait compétent. Cela étant, le non-respect des procédures préalables à l'arbitrage n'affecte pas la clause d'arbitrage, ni la compétence du tribunal arbitral de sorte que la sentence rendue par celui-ci doit être annulée. Si l'on regarde la clause d'arbitrage de cette façon, cette clause joue un seul rôle : celui d'empêcher le litige porté devant des juridictions étatiques. Cependant cette théorie est critiquable comme le démontre le développement qui suit.

- Pour déterminer la compétence, il est nécessaire de comprendre son sens. Selon le Dictionnaire juridique pratique, la *compétence* est l'aptitude d'une autorité publique à prendre une décision, ou à accomplir un acte juridique ou aptitude d'une juridiction à connaître d'un litige<sup>413</sup>. Dans un autre dictionnaire juridique<sup>414</sup>, *compétence* signifie pouvoir accordé à une juridiction d'examiner et de juger le litige dont elle est saisie. De ce fait, une juridiction qui statue au-delà de sa compétence commet un excès de pouvoir. De ces deux définitions, la compétence du tribunal arbitral peut s'entendre du pouvoir accordé à celui-ci d'examiner et de juger le litige dont il est saisi. Par

---

<sup>412</sup> Cette théorie est synthétisée dans la Thèse de SCHEFFER DA SILVEIRA GUSTAVO, *Des modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Paris 2, 2017, p. 366-369.

<sup>413</sup> *Le droit de A à Z Dictionnaire juridique pratique*, Editions Juridiques Européennes, 1998, p. 139.

<sup>414</sup> CATHERINE PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015, p. 193.

conséquent, si le tribunal arbitral statue au-delà de sa compétence, il commet un excès de pouvoir. Ainsi, si l'on approuve l'assertion selon laquelle l'existence de la convention d'arbitrage permet de présumer que les parties ont voulu porter leurs litiges devant l'arbitre, comment peut-on déterminer le cas où le tribunal arbitral commet l'excès de pouvoir. Autrement dit, comment les juges étatiques peuvent contrôler le fait que le tribunal arbitral ne statue pas au-delà de sa compétence ? À titre d'exemple, la Loi de l'arbitrage commercial à l'alinéa 2 de l'article 68 prévoit que la sentence arbitrale est annulée pour trois motifs distincts suivants : l'absence de convention d'arbitrage ou la nullité de cette clause (a) ; le litige ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral (c)<sup>415</sup>. Ainsi, si l'existence d'une convention d'arbitrage suffit pour confirmer la compétence du tribunal arbitral, seule la nullité de cette clause affecte cette compétence. Cependant, au sens de cette disposition, il existe le cas où le litige ne relèverait pas de la compétence du tribunal arbitral et ne résulte pas de l'absence de clause d'arbitrage ou de la nullité de celle-ci. La situation qui peut être imaginée au sens de cet article est que le litige ne relève pas de la compétence du tribunal arbitral car il existe une convention d'arbitrage entre les parties mais soit le litige porté devant le tribunal arbitral n'entre pas dans le champ d'application de cette clause soit les conditions prévues dans cette clause pour qu'une partie défère le différend à l'arbitrage ne sont pas réunies. En tout état de cause, cet article 68 démontre que l'existence d'une convention d'arbitrage valable ne suffit pas pour confirmer la compétence quant au fond du tribunal arbitral pour un litige.

- On approuve la théorie selon laquelle l'existence d'une convention d'arbitrage exclut la compétence du juge étatique. Cependant, en ce qui concerne la compétence du tribunal arbitral, il convient de distinguer entre la compétence pour statuer sur sa propre compétence et celle pour juger le fond du litige. Il est possible d'admettre que l'existence d'une convention

---

<sup>415</sup> Ici, le litige ne relevant pas de la compétence du tribunal arbitral est différent à l'inarbitrabilité du litige qui désigne les litiges entrant dans le domaine où le droit ne permet pas aux parties de porter devant le tribunal arbitral. Cette inarbitrabilité du litige est un des éléments causant la nullité de la clause d'arbitrage en vertu de l'article 18 de la Loi de l'arbitrage commercial 2010.

d'arbitrage est suffisante pour confirmer la compétence du tribunal arbitral mais seulement pour statuer sur sa propre compétence. Pour juger le fond du litige, deux conditions doivent être réunies : cette convention d'arbitrage est valable et le litige né entre dans le champ d'application de celle-ci<sup>416</sup>. Ainsi, pour déterminer la compétence du tribunal arbitral pour juger le fond du litige en vertu des contrats-types FIDIC, il est nécessaire de savoir quelle est la portée de la convention d'arbitrage figurant dans ces contrats. À ce sujet, à titre d'exemple, l'article 20.4 au cinquième paragraphe du Livre Rouge 1999 stipule qu' « aucune partie n'a le droit d'ouvrir l'arbitrage à l'égard du litige si la notification de l'insatisfaction à l'encontre du résultat de la procédure de règlement des litiges par le DAB n'a pas été faite en conformité avec la présente clause ». Aux termes de cette stipulation, les parties ne peuvent résoudre leur litige par voie de l'arbitrage tant que la notification du mécontentement quant au résultat du règlement des litiges par le DAB n'a pas été faite par une des parties. Qui plus est, en ce qui concerne l'objet du litige susceptible d'être porté à l'arbitrage, l'article 20.6 du même Livre prévoit que « si le litige n'a pas été réglé à l'amiable, tout litige pour lequel la décision du DAB (s'il y en a) ne devient pas définitive et obligatoire serait tranché par l'arbitrage international ». Ainsi, la compétence du tribunal arbitral est limitée au litige relatif au résultat de cette procédure par le DAB<sup>417</sup>. Il est donc difficile de comprendre la logique des juges lorsqu'ils confirment que

---

<sup>416</sup> LOQUIN, *op. cit.*, (note 16), 243.

<sup>417</sup> Dans ses études à l'égard de la clause d'arbitrage des contrats-types FIDIC, l'arbitre Christopher R. SEPPALA a confirmé que le pouvoir du tribunal arbitral en vertu de l'article 20 des contrats-types FIDIC est limité au litige concernant le résultat du règlement des litiges par le DAB et la sentence arbitrale sera annulée si le tribunal arbitral excède ce pouvoir. Cette assertion est exprimée comme suivante : « *Whatever disputes there may be between parties, none may be arbitrated unless it has gone to through the DAB procedure in clause 20. This can clearly be seen from the wording of the first sentence of the arbitration clause in the sub-clause 20.6: "unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration". It follows from this sentence that only matter that may be submitted to arbitration is "dispute" which: (1) has been referred to the DAB for decision under clause 20 and (2) has not become the subject of a final and binding decision of the DAB because, typically, a party has given a notice of dissatisfaction with the decision of the DAB on that dispute within 28 days. Accordingly, if the arbitrators embark on any other matters, without the parties' consent, they will be exceeding their jurisdiction, so that their award may be set aside or refused recognition and enforcement by a competent court* ». Voir CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Arbitration Clause in the FIDIC contracts for major works', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2006, no. 2, 2006.

l'inobservation de ces conditions préalables prévues dans les contrats-types FIDIC *n'est pas de nature à affecter la compétence du tribunal arbitral*. Cette façon d'expliquer la clause d'arbitrage dénature-t-elle la convention des parties ? À ce sujet, nous pouvons trouver une autre solution dans le droit anglais.

### **En Angleterre**

441. Dans l'affaire portée devant la Cour suprême anglaise du 12 décembre 2014 qui concerne l'application du Livre Rouge 1987, une partie a formé le recours en annulation de la sentence arbitrale en raisonnant que le tribunal arbitral n'a pas eu la compétence sur le fond du litige en vertu de l'article 67 de l'Arbitration Act 1996 étant donné que le litige n'a pas encore été réglé par une décision de l'ingénieur. En l'espèce, le litige avait été porté devant l'ingénieur. Cependant, celui-ci avait refusé de rendre une décision en disant qu'il n'était plus au service du maître de l'ouvrage. Par la suite, l'entrepreneur a déféré ce litige à l'arbitrage. La sentence rendue a été contestée par le maître de l'ouvrage pour incompétence du tribunal arbitral sur le fond du litige au motif que la procédure pré-arbitrale par l'ingénieur n'avait pas encore été achevée<sup>418</sup>. Quand bien même le juge anglais confirme que la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur est préalable à l'arbitrage, il refuse d'annuler la sentence arbitrale. Ce refus ne tient pas au fait que la condition préalable n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral mais au fait que le refus de coopération du maître de l'ouvrage dans la désignation de l'ingénieur l'a privé du droit d'obliger l'entrepreneur à poursuivre la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur préalable à l'arbitrage. Ledit refus trouve son fondement dans le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et non sur le principe selon lequel l'existence d'une clause d'arbitrage suffit pour confirmer la compétence du tribunal arbitral. La

---

<sup>418</sup> *Al-Waddan Hotel Limited v. MAN Enterprise SAL (Offshore)* [2014] EWHC 4796 (TCC), para. 71: "It seems to me that in the absence of an engineer, who has ceased to act by virtue of the retainer having been ended by Al-Waddan, the prevention principle or the lack of cooperation principle or the interference principle, all connected to a condition precedent as widely understood for many years deprives AL-Waddan placing reliance on the engineer's notice of decision".



question posée est de savoir quelle est la différence entre la solution des juges anglais et celle des juges français.

442. La réponse à cette question tient à la reconnaissance du caractère préalable à l'arbitrage de la procédure de règlement des litiges par le DAB. En droit anglais, la violation d'une condition préalable peut conduire à l'annulation de la sentence arbitrale au motif que cette violation rend le tribunal arbitral incompétent. La justification de cette assertion se trouve dans un ancien arrêt de la Cour d'appel britannique en 1925. En l'espèce, une sentence arbitrale a été annulée au motif que la condition préalable à l'arbitrage n'a pas été réunie<sup>419</sup>. Dans ce cas concret, le juge anglais a considéré que la procédure arbitrale qui a eu lieu lorsque la condition préalable n'avait pas été réunie était contraire à la convention d'arbitrage. Nous pouvons rencontrer cette logique à l'alinéa 1 de l'article 30 de l'Arbitration Act 1996<sup>420</sup> en vertu duquel une des conditions pour que le tribunal arbitral soit essentiellement compétent, *objet du litige doit être porté devant le tribunal arbitral en conformité avec la convention d'arbitrage*.
443. Dans l'affaire de 2014 citée ci-dessus, le juge anglais a confirmé que la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur avait été reconnue comme une condition préalable à l'arbitrage. Au regard de cet article 30 de l'Arbitration Act, le fait que l'arbitrage a été déclenché sans respecter la

---

<sup>419</sup> *Smith v. Martin* [1925] 1 K. B. 745: Dans cette affaire, le contrat prévoit que l'arbitrage n'est ouvert qu'après l'achèvement des travaux, précisément: « *Condition 12 provides that in case any difference shall arise between the building owner and the builder as to the construction of the contract or as to any matter arising thereunder, such difference is to be referred to arbitration, but that such reference...shall not be opened until after the completion of the works* ». Cependant, lors de l'ouverture d'arbitrage, les travaux n'ont pas été complètement finis. C'est la raison pour laquelle la sentence arbitrale a été annulée dans le sens des termes suivants : « *It being admitted that in this case the whole of the works contracted for had not been completed at the time this arbitration took place, the arbitration was contrary to the provisions of the contract and without authority. For these reasons it appears to me [the judge] impossible to allow the award to be summarily enforced* ».

<sup>420</sup> L'article 30 de l'Arbitration Act 1996 prévoit que: "(1) unless otherwise agreed by the parties, the tribunal arbitral may rule on its own substantive jurisdiction, that, as to: - (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement [...].

procédure préalable peut être considéré comme contraire à la convention d'arbitrage. Par conséquent, la sentence arbitrale a fait l'objet du recours en annulation pour incompétence quant au fond du tribunal arbitral en vertu de l'article 67<sup>421</sup> du même texte qui prévoit qu' « *une partie à la procédure arbitrale peut s'adresser à la juridiction étatique pour (a) contester la sentence du tribunal arbitral à l'égard de sa compétence quant au fond ; ou (b) pour demander une ordonnance confirmant l'invalidité, en partie ou en totalité, de la sentence rendue sur le fond du litige par le tribunal arbitral qui n'a pas eu cette compétence quant au fond* ». Ici, même si que le non-respect du tribunal arbitral à l'égard de la convention des parties soit condition permettant aux parties de former le recours en annulation de la sentence, cette méconnaissance de la convention par le tribunal arbitral n'occasionne pas forcément l'annulation de la sentence arbitrale, étant donné qu'en vertu de l'alinéa 3 de cet article 67<sup>422</sup>, devant cette violation, la cour saisie du recours *peut annuler* et non *doit annuler* la sentence arbitrale. Ce terme *peut/may* laisse au juge du contrôle toute latitude pour prendre en considération d'autres éléments afin de décider s'il est nécessaire ou non d'annuler la sentence arbitrale. Par conséquent, dans l'affaire de 2014 ci-dessus, malgré la violation des conditions préalables à l'arbitrage, la sentence arbitrale n'a pas été annulée sur la base du principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et non sur la théorie selon laquelle la condition préalable à l'arbitrage n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral.

444. En dépit de cette réalité, dans sa thèse consacrée aux modes de règlement des litiges en matière de construction, Scheffer da Silveira GUSTAVO a interprété

---

<sup>421</sup> En anglais: "67-Challenging the award: substantive jurisdiction. (1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court- (a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or (b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction [...]"

<sup>422</sup> En anglais: "67 (3)- on an application under this section challenging an award of the tribunal arbitral as to its substantive jurisdiction, the court may by order-(a) confirm the award, (b) vary the award; or (c) set aside the award in whole or in part"

le droit anglais d'arbitrage d'une autre façon en faisant état de l'article 9 de l'Arbitration Act 1996 de la manière suivante :

*« Considérer que la violation des étapes préalables à l'arbitrage n'affecte pas la compétence des arbitres car la convention d'arbitrage contenue dans une clause échelonnée produit quand même tous ses effets, semble être en accord avec l'approche adoptée par la loi anglaise relative à l'arbitrage. Celle-ci prévoit à l'article 9(1) qu'une partie à une convention d'arbitrage peut demander au juge anglais de « stay the proceedings » devant lui si l'objet de cette procédure devrait être soumis à l'arbitrage. Jusque-là, rien de nouveau. Le juge anglais peut décider de donner la préférence à l'arbitrage en présence d'une convention d'arbitrage. Cependant, l'article 9(2) prévoit que cette même partie peut toujours demander la suspension de la procédure étatique en bénéfice de la convention d'arbitrage, même si le litige ne peut pas être soumis directement à l'arbitrage en raison de l'existence d'une étape préalable. Ainsi, selon la loi anglaise, le fait de ne pas respecter les procédures de MARC préalables à l'arbitrage semble ne pas affecter le consentement des parties à l'arbitrage et n'empêche pas la convention d'arbitrage de produire ses effets »<sup>423</sup>.*

445. Ainsi, Scheffer da Silveira GUSTAVO a donné à cet article 9 (2) de l'Arbitration Act anglais le sens, comme en droit français, selon lequel l'inobservation des conditions préalables à l'arbitrage n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral. Cependant, pour nous, cet article 9(2) ne concerne que le principe du compétence-compétence. Ce principe fonde le pouvoir des arbitres de se déclarer tout à la fois compétents et incompétents<sup>424</sup>. De ce fait, dès lorsqu'il existe une contestation relative à la compétence du tribunal arbitral en vertu de la convention d'arbitrage, cette contestation doit être examinée par le tribunal arbitral lui-même. Qui plus est, si l'on suit cette déduction de GUSTAVO, l'existence de la convention d'arbitrage permet de présumer que les parties ont voulu porter leurs litiges devant l'arbitre.

---

<sup>423</sup> SCHEFFER DA SILVEIRA GUSTAVO, *op. cit.*, (note 412), p. 373.

<sup>424</sup> JEAN-BAPTISTE RACINE, 'La sentence d'incompétence', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2010.

Cependant, au regard de l'article 30 de la même loi, l'existence d'une convention d'arbitrage valable ne suffit pas pour confirmer la compétence quant au fond du tribunal arbitral. Un des autres critères exigés est que le litige doit être porté en conformité avec cette convention d'arbitrage valable. Aussi, il n'est pas logique de confirmer qu'en droit anglais, l'inobservation des conditions préalables à l'arbitrage en vertu de la clause compromissoire n'affecte pas la compétence du tribunal arbitral.

### **En droit vietnamien**

446. Au Vietnam, la Loi de l'arbitrage commercial à l'alinéa 1 de l'article 5 prévoit que « *le litige est tranché par voie d'arbitrage s'il existe une convention d'arbitrage* ». Ainsi, la question se pose de savoir si les parties peuvent stipuler d'autres conditions dans la clause de l'arbitrage, et à titre d'exemple, des conditions pré-arbitrales comme dans les contrats-types FIDIC, pour que le litige puisse être porté devant le tribunal arbitral. Si tel est le cas, quelle sera la conséquence si ces conditions pré-arbitrales ne sont pas respectées ? La réponse à cette question est introuvable dans cette Loi. De ce fait, lorsqu'ils sont saisis du recours en annulation de la sentence arbitrale pour non-respect des conditions préalables à l'arbitrage, les juges vietnamiens ont donné des solutions contradictoires.
447. À titre d'exemple, dans l'affaire No 795/2017<sup>425</sup> déférée au Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville du 27 juin 2017, une sentence du Centre d'arbitrage international du Vietnam (VIAC) a été contestée notamment au motif que le litige entre les parties n'a pas encore été réglé par la procédure amiable préalable à l'arbitrage en vertu du contrat. Cependant, pour ce Tribunal populaire, cet argument concerne le fond de la sentence arbitrale alors que les juges saisis du recours en annulation n'ont pas le pouvoir de rejuger en vertu de l'alinéa 4 de l'article 71 de la Loi de l'arbitrage commercial de 2010. Ainsi,

---

<sup>425</sup> Cette affaire ne concerne pas l'application des contrats-types FIDIC. Cependant, elle retient notre attention car la question posée relative à la condition préalable à l'arbitrage est de même nature que les conditions préalables à l'arbitrage prévues dans les contrats-types FIDIC. Voir dans VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 288), p. 102-103.

le Tribunal populaire d’Ho Chi Minh ville a partagé le point de vue des juges français.

448. Cependant, dans une autre affaire, la question de même nature a été portée devant le Tribunal populaire d’Ha Noi<sup>426</sup>, celui-ci a annulé la sentence arbitrale en considérant que le fait que le litige a été porté devant le tribunal arbitral lorsque les conditions préalables à l’arbitrage n’ont pas été remplies est contraire à la convention des parties. Cette violation relève du cas d’annulation de la sentence arbitrale suivant lequel le processus procédural arbitral a eu lieu contrairement à la convention d’arbitrage en vertu du point b de l’alinéa 2 de l’article 68 de la Loi de l’arbitrage commercial. Ainsi, pour le Tribunal d’Ha Noi, la violation des conditions préalables à l’arbitrage est une violation des règles procédurales prévues par les parties et non de la compétence du tribunal arbitral. Cependant, pour le Professeur Van Dai DO, ce jugement n’est pas raisonnable<sup>427</sup> pour les motifs qui suivent. Comme on le sait, les règles procédurales ne s’appliquent qu’à partir du début du processus de la procédure arbitrale. Et, selon l’article 31 de la Loi de l’arbitrage commercial du Vietnam, sauf convention contraire, le déclenchement de cette procédure est déterminé par la réception de la demande de règlement des litiges soit par le centre d’arbitrage dans le cas d’arbitrage permanent, soit par le défendeur dans le cas d’arbitrage ad hoc. En vertu du contrat, les conditions préalables sont celles que les parties doivent observer avant de saisir le tribunal arbitral. Il est donc illogique de confirmer que la violation des conditions préalables à l’arbitrage relève du cas de violation des règles procédurales arbitrales. À ce sujet, le Professeur Philippe Théry ajoute qu’il faut mieux que les juges n’annulent la sentence arbitrale pour irrégularité dans le processus de règlement des litiges que si cette irrégularité a été soulevée par une des parties dans ce processus.

---

<sup>426</sup> La décision No10/2014/QĐ-PQTT du 28 novembre 2014 du Tribunal du peuple d’Ha Noi, voir dans VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 397), p. 265.

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 277.

449. Ainsi, pour une même violation des conditions préalables à l'arbitrage, deux qualifications différentes ont été attribuées par des juges vietnamiens : l'une relève du fond de la sentence arbitrale qui interdit la révision des juges étatiques et l'autre la violation des règles procédurales arbitrales causant l'annulation de la sentence arbitrale. Ces deux solutions ne sont pas convaincantes et sont déraisonnables. Il est nécessaire donc de choisir une solution plus adaptée et uniforme sur ce point. Il est souhaitable que le regard des législateurs vietnamiens soit porté sur la solution selon laquelle l'inobservation des conditions préalables à l'arbitrage en vertu de la convention des parties affecte la compétence du tribunal arbitral comme la disposition de l'article 30 de l'Arbitration Act anglais. Cette façon d'expliquer la convention d'arbitrage est plus conforme à la volonté des parties d'une part, et, d'autre part, elle assure le respect du principe de bonne foi dans l'exécution des engagements contractuels. Nous pouvons hésiter dans le choix de cette solution car elle conduit facilement à annuler la sentence arbitrale. Cependant, si l'on porte le regard sur l'application des dispositions du droit anglais, l'alinéa 3 de l'article 67 de cette même loi prévoit que la sentence arbitrale rendue contraire à l'article 30 ci-dessus *peut* être annulée et non *doit* être annulée. Ce terme de « *peut* » laisse à penser que le juge peut prendre en considération d'autres éléments pour décider s'il faut annuler la sentence arbitrale ou non. Cela a été justifié dans la pratique de l'application de cette disposition, comme les analyses ci-dessus, malgré la violation des conditions préalables à l'arbitrage, le juge anglais a refusé d'annuler la sentence arbitrale en se basant sur le principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Ainsi, l'existence d'une violation de la convention n'est qu'une condition pour exercer un recours en annulation de la sentence arbitrale et non une condition déterminant l'annulation. Le juge saisi du recours a le pouvoir discrétionnaire en veillant sur d'autres éléments en fonction des cas concrets pour décider s'il est nécessaire ou non d'annuler la sentence arbitrale. Une telle solution a été déjà admise en droit vietnamien en ce qui concerne la violation du tribunal arbitral à l'égard des règles procédurales. Précisément, le point b de l'alinéa 2 de l'article 14 de l'Ordonnance No 01/NQ-HDTP

enseigne que, pour la violation des règles procédurales, le juge n'annule la sentence que dans le cas d'une violation grave et d'impossibilité pour le tribunal arbitral de restaurer la situation. Pour appliquer cette disposition à l'affaire ci-dessus, le Professeur Van Dai DO<sup>428</sup> a suggéré que dans le processus de l'arbitrage, si le tribunal arbitral avait laissé aux parties l'opportunité de régler le litige à l'amiable, le non-respect des conditions de règlement amiable pré-arbitral ne constitue plus la cause de l'annulation de la sentence arbitrale.

### **La conclusion du chapitre**

450. De tout ce qui précède, la divergence des juges anglais et français dans les solutions face à une même question de détermination de la compétence du tribunal arbitral nous renvoie à l'idée<sup>429</sup> selon laquelle serait créée une juridiction internationale qui aurait seulement compétence d'annuler ou de déclarer exécutoires des sentences et la décision de cette juridiction s'imposerait dans tous les États liés par le système. Au niveau national, en droit vietnamien de l'arbitrage, il existe plusieurs points contradictoires dans les jugements sur la détermination de la compétence du tribunal arbitral. Il est donc souhaitable que la Cour suprême du Vietnam puisse intervenir dans le meilleur délai pour parvenir à une politique uniforme afin de préserver les droits et les intérêts légaux non seulement des justiciables mais aussi des arbitres.

---

<sup>428</sup> *Ibid.*, p.277.

<sup>429</sup> Voir l'histoire de cette idée dans PHILIPPE FOUCHARD et al., *op. cit.*, (note 304), p. 454.

## CHAPITRE 3

### LES EFFETS DE L'ANNULATION DE LA SENTENCE ARBITRALE

451. Pour ce qui est des effets de l'annulation de la sentence arbitrale, au regard de la pratique au Vietnam, deux problèmes retiennent notre attention : l'un concerne l'effet de la clause d'arbitrage après l'annulation de la sentence arbitrale (§1) et l'autre le pourvoi à l'encontre de la décision d'admission ou de refus du recours en annulation de la sentence arbitrale (§2).

#### **Section 1. L'invalidité ipso facto de la clause d'arbitrage en raison de l'annulation de la sentence arbitrale**

452. Comme on le sait, si la sentence arbitrale est annulée dans le pays du siège de l'arbitrage, elle peut toujours être exécutée à l'étranger étant donné que certains pays<sup>430</sup> ne considèrent pas l'annulation de la sentence arbitrale comme une cause de refus de son exéquat. La question se pose, dans le cas où l'exécution serait impossible, de savoir quelle est la solution pour le litige objet de la sentence annulée.
453. À ce sujet, l'alinéa 8 de l'article 78 de la Loi de l'arbitrage commercial prévoit que « *si la sentence arbitrale est annulée, les parties peuvent conclure à nouveau une autre clause d'arbitrage ou une partie est en droit de saisir la*

---

<sup>430</sup> Hormis la France, cette solution a été admise aussi dans d'autres pays, à titre d'exemple : en Belgique : voir l'arrêt rendu le 22 juin 2009 par la 17<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Bruxelles dans ALEXIS MOURRE, 'Affirmation en droit belge du caractère contrôlé au regard limité de l'ordre public international, Note sous Bruxelles 17<sup>e</sup> ch., 22 juin 2009', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2009, no. 3, 2009. ; au Pays-Bas : voir l'arrêt de Cour d'appel d'Amsterdam du 29 avril 2008 dans SYLVAIN BOLLÉE, 'Décision d'annulation étrangère et droit commun de l'effet des jugements étrangers, note sous cour d'appel d'Amsterdam, 28 avril 2009', *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2009, no. 3, 2009. ; en Autriche : voir l'arrêt de la Cour suprême autrichienne du 20 novembre 1993 dans 'Radenska v. Kajo, Cour Suprême Autrichienne, 20 October 1993', *Rev. Arb.*, vol. 1998. etc.



*juridiction étatique pour régler le litige* ». Ici, il n’y a qu’une alternative pour les parties après l’annulation de la sentence arbitrale : soit elles saisissent la juridiction étatique pour régler le litige, soit les parties portent leur litige en arbitrage à condition de conclure une nouvelle clause d’arbitrage. On peut en déduire que l’annulation de la sentence arbitrale entraîne ipso facto l’invalidité de la première clause d’arbitrage. Cette disposition n’est pas à l’abri des critiques pour des raisons qui suivent.

454. En premier lieu, comme on le sait, il existe plusieurs causes d’annulation de la sentence arbitrale, l’infaisabilité ou l’invalidité de la clause d’arbitrage, l’irrégularité dans le déroulement de la procédure arbitrale. Si la sentence arbitrale est annulée pour infaisabilité ou nullité de la clause d’arbitrage, il est raisonnable, pour les parties, de soumettre leur litige à la juridiction étatique. Cependant, si la sentence arbitrale n’est pas annulée pour invalidité ou infaisabilité de la clause d’arbitrage, il est illogique, en théorie<sup>431</sup>, d’invalider cette clause.
455. En second lieu, sur le plan pratique, cet alinéa 8 de l’article 78 permet à une partie d’outrepasser les procédures tant pré-arbitrale qu’arbitrale. À titre d’exemple, dans l’affaire portée devant le Tribunal populaire d’Ha Noi analysé dans le chapitre précédent, ce Tribunal a annulé la sentence arbitrale pour violation par le tribunal arbitral des règles procédurales, notamment des conditions pré-arbitrales. Ainsi, si on applique l’article 71 de la Loi de l’arbitrage commercial vietnamien, la clause d’arbitrage sera invalide. Le litige ne peut donc être déféré à l’arbitrage que si les parties parviennent à conclure une nouvelle clause d’arbitrage et il est compréhensible que cela soit difficile. Ici, une partie n’a pas respecté la procédure pré-arbitrale en

---

<sup>431</sup> Ce sujet a été posé en Angleterre depuis longtemps, voir dans Michael J. MUSTILL and Stewart C. BOYD, *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2nd ed, London : St. Paul Minn : Butterworths ; Butterworths Legal Publishers, 1989, p. 565: “Another possible view is that the setting-aside of the award frustrates the entire arbitral process, and that the dispute falls on the inherent jurisdiction of the court. This proposition is not theoretically sound.”

soumettant le litige au tribunal arbitral. Puis, la sentence arbitrale est annulée entraînant ipso facto l'invalidité de la clause compromissoire. Cet article 71 devient un moyen dont une partie peut user pour échapper légitimement à l'observation non seulement de la procédure arbitrale mais aussi de la procédure pré-arbitrale. À ce titre, le Professeur Van Dai DO a commenté qu'avec la disposition précitée, la partie qui veut échapper à l'arbitrage peut délibérément créer des irrégularités dans le déroulement de l'arbitrage occasionnant l'annulation de la sentence<sup>432</sup>. Une telle disposition, d'une part, va dans le sens inverse de la tendance favorable aux modes alternatifs de règlement des litiges, et, d'autre part, ne protège pas la partie qui est de bonne foi.

456. Au regard de ces analyses, la disposition législative sur l'annulation de la sentence arbitrale entraînant l'invalidité de la clause d'arbitrage est inadéquate. Cette inadéquation peut rendre inopérante cette disposition. Tel était déjà le cas dans le passé, au Vietnam, lors de l'application de l'Ordonnance 08/2003/PL-UBTVQH11 de l'arbitrage commercial 2003 du Comité permanent de l'Assemblée nationale qui a été remplacée par la Loi d'arbitrage de 2010. Concrètement, cette Ordonnance, à l'alinéa 6 de l'article 53, a aussi prévu que « *si la sentence arbitrale est annulée, les parties peuvent porter leur litige devant la juridiction étatique, sauf convention contraire* ». Dans la pratique, une solution contraire a été prise par la Chambre d'appel de la Cour suprême du Vietnam. À titre d'obiter dictum, dans l'affaire portée devant cette Chambre d'appel du 14 septembre 2009<sup>433</sup>, une sentence arbitrale a été annulée parce que le tribunal arbitral a violé les règles procédurales étant donné que le représentant d'une partie dans la procédure arbitrale n'est pas habilité. Dans ce cas d'espèce, le tribunal du premier degré saisi du recours en annulation ainsi que la Chambre d'appel de la Cour suprême du Vietnam sont parvenus à la même solution selon laquelle le litige doit être renvoyé au centre

---

<sup>432</sup> VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 288), p. 202.

<sup>433</sup> La décision No 130/2009/KDTM-QĐPT du 14 septembre 2009 de la Chambre d'appel de la Cour suprême, voir dans *Ibid.*, p. 204-205.

d'arbitrage qui a constitué le tribunal arbitral précédent, pour être tranché à nouveau. Ainsi, pour les juges vietnamiens, la violation des règles procédurales par le tribunal arbitral causant l'annulation de la sentence arbitrale n'entraîne pas forcément l'invalidité de la clause compromissoire. C'est la raison pour laquelle les juges vietnamiens qui ont annulé la sentence ont renvoyé le litige au Centre d'arbitrage qui a constitué le tribunal arbitral précédent pour en constituer un autre afin de trancher à nouveau le litige. Cette solution du juge est convaincante bien qu'elle soit contraire à la disposition légale sur l'effet de l'annulation de la sentence arbitrale. Cependant, cette solution de la Chambre d'appel de la Cour suprême vietnamienne n'a pas été accueillie dans la nouvelle Loi de l'arbitrage 2010 qui remplace l'Ordonnance 2003 ci-dessus. On peut dire, à partir de cette affaire, qu'il est difficile de mettre en application la disposition selon laquelle l'annulation de la sentence met fin à la clause d'arbitrage. Pour contourner cette difficulté, les juges vietnamiens ont tendance à rendre des décisions qui transgressent ladite disposition, ce qui est inacceptable dans un État de droit. Il est également regrettable qu'une telle disposition existe en France en matière d'arbitrage interne à l'article 1493 du CPC selon lequel « *lorsque la juridiction annule la sentence, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire des parties* ». En matière d'arbitrage international, une telle disposition n'est pas prévue. Il n'est donc pas curieux que les experts français déduisent de ce silence que lorsque la sentence arbitrale n'est pas annulée pour nullité ou infaisabilité de la clause d'arbitrage, celle-ci subsiste et les parties peuvent soumettre à nouveau leur litige au tribunal arbitral<sup>434</sup>. Il est souhaitable que ce point de vue puisse être retenu en droit de l'arbitrage tant interne qu'international. La raison tient au fait que la clause d'arbitrage est le produit de la volonté commune des parties. Cette volonté commune doit être, comme un principe, respectée, exécutée et ne peut être modifiée ou invalidée que par les parties elles-mêmes. Une discrimination sur ce point entre l'arbitrage interne et international est à éviter.

---

<sup>434</sup> FOUCHARD et al., *op. cit.*, (note 373), No. 1591, p. 924. Voir aussi dans BERTRAND MOREAU, 'Effets de la nullité de la sentence', Répertoire de droit commercial, Dalloz.fr.

457. Si les législateurs vietnamiens veulent trouver un fondement pour modifier leur droit, les exemples ne sont pas rares. Le Singapour qui est un pays voisin du Vietnam peut être une belle illustration. La Cour suprême de ce pays qui a annulé la sentence arbitrale pour non conformité de la sentence arbitrale à la convention des parties et non pour nullité de la clause d'arbitrage, a demandé aux parties de porter une nouvelle fois leur litige devant un nouveau tribunal arbitral. En l'espèce, en ce qui concerne l'exécution de la décision du DAB en vertu de l'article 20.6 du Livre Rouge 1999, ce texte a été interprété dans le sens selon lequel lorsque la décision du DAB qui ne devient pas encore définitive et obligatoire fait l'objet d'une demande d'exécution portée devant le tribunal arbitral, ce tribunal ne peut rendre qu'une sentence partielle et non finale. Le fait que le tribunal arbitral a rendu une sentence finale est contraire à la volonté des parties. Par conséquent, la Court of Appeal de Singapour l'a annulée en amenant les parties devant un nouveau tribunal arbitral<sup>435</sup>. Hormis Singapour, le droit suisse de l'arbitrage peut être un bon exemple à suivre car le Code de procédure civile suisse, à l'alinéa 2 de l'article 395, prévoit que « *lorsque la sentence est annulée, les arbitres statuent à nouveau en se conformant aux considérations de l'arrêt de renvoi* ». Aux termes de cette disposition, l'annulation de la sentence arbitrale n'entraîne pas ipso facto l'invalidité de la clause d'arbitrage et la compétence du tribunal arbitral subsiste. Un autre exemple peut être pris dans la pratique du droit anglais de l'arbitrage. Comme on le sait, en Angleterre comme au Vietnam, le droit de l'arbitrage ne distingue que deux sortes d'arbitrage : interne et étranger. Dans le domaine de l'arbitrage interne, les juges britanniques ont confirmé que l'invalidité de la sentence arbitrale n'a pas pour effet d'invalider la clause d'arbitrage. Cette assertion a été réitérée dans le jugement de la Cour d'appel en 2003. Dans le cas d'espèce, en 1990, Monsieur Pharaon a conclu, sous le nom de la société Establishment, un contrat de distribution en Arabie Saoudite, avec la société Hussmann. En 1992, Pharaon a constitué une autre entreprise appelée Company en transférant toutes les affaires précédentes au profit de

---

<sup>435</sup> MICHAEL HWANG and KENNETH J. H. TAN, *op. cit.*, (note 336).

Company. En droit d'Arabie Saoudite, ce transfert nécessite de recevoir l'accord d'Hussmann. Cependant, en fait, cet accord n'a jamais été obtenu. En 1996, lors de la naissance du litige relatif à ce contrat de distribution, Hussmann a intenté une action en justice contre Company devant le tribunal arbitral. Cependant, au cours du déroulement de la procédure arbitrale, Hussmann a découvert qu'il a y une confusion dans la détermination du défendeur. Ce problème a été discuté mais le tribunal arbitral s'est toujours déclaré compétent en rendant une sentence finale favorable au défendeur-Company. Par la suite, Hussmann a formé un recours en annulation au motif que Company n'était pas partie à la clause d'arbitrage et à la procédure arbitrale. Cette sentence est déclarée invalide. Puis, ce tribunal arbitral a invité Pharaon à la nouvelle procédure arbitrale en rendant la seconde sentence en sa faveur sous le nom de l'Establishment. Une fois de plus, Hussmann demandait d'annuler cette sentence. Pour Hussmann, le tribunal arbitral n'est plus compétent pour trancher à nouveau le litige étant donné que sa compétence est épuisée lorsque la première sentence est déclarée invalide. Ce tribunal arbitral qui a rendu la seconde sentence est incompétent et cette dernière doit donc être annulée. Ce recours a été rejeté par la High Court. Hussmann l'a contesté devant la Court of Appeal. À cette occasion, la Cour a jugé que : « *si, dans la présente situation, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent sans juger au fond, nous ne pouvons pas conclure que l'annulation ou l'invalidité de la sentence arbitrale peut priver les arbitres de leur compétence sur le fond du litige si les arbitres sont en capacité de le faire. Nous ne considérons pas que la présente situation où une sentence est rendue favorable à Company sur le fond du litige altère cette théorie.* »<sup>436</sup> Cette considération permet de dire que

---

<sup>436</sup> « *If, in the present cas, the arbitrators had merely made an award as to their jurisdiction (to make an award against or in favour of the Company) but had not entered in the merits, we do not see how it could possibly be argued that the setting aside of that award, or its being declared to be of no effect, could deprive the arbitrators of jurisdiction to make a final award on the merits, if they were in position to do so. We do not consider that the present situation, where they have gone on to make an award on the merits in favour of the Company alters the principle* », voir dans *Hussmann (Europe) Limited v. Ahmed Pharaon (Formerly Trading as Al Ameen Development and Trade Establishment)* [2003] EWCA Civ 266. Ce jugement a approuvé le point de vue du Professeur D. Rhidian Thomas : « *Notwithstanding the setting aside order, the arbitration agreement continues to bind the parties* », voir dans D. Rhidian THOMAS, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards: a thematic*

l'annulation de la sentence n'a pas pour effet d'invalider la clause d'arbitrage et si la cause de l'annulation n'est pas relative au tribunal arbitral, celui-ci peut être saisi une nouvelle fois pour trancher le litige. Cette solution qui est d'autant plus convaincante qu'elle protège non seulement la clause d'arbitrage mais aussi la compétence du tribunal arbitral mérite de retenir notre attention.

458. De tout ce qui précède, à l'heure actuelle avec l'incitation générale au règlement des litiges par des modes alternatifs, il est souhaitable que les législateurs tant vietnamiens que français modifient la disposition sur l'annulation de la sentence entraînant ipso facto l'invalidité de la clause d'arbitrage afin d'encourager les parties à recourir à ces modes dont l'arbitrage.

## **Section 2. La nécessité de l'autorisation du pourvoi en cassation contre la décision d'admission ou de refus du recours en annulation de la sentence arbitrale**

459. En ce qui concerne la qualification des faits litigieux de nature à caractériser les motifs d'annulation, nous avons rencontré deux cas dans lesquels les juridictions vietnamiennes ont donné des qualifications différentes à la violation des conditions pré-arbitrales: l'une a confirmé que le problème du non-respect des conditions pré-arbitrales qui relevait du fond de la sentence ne constituait pas une cause d'annulation de la sentence arbitrale<sup>437</sup> ; l'autre a estimé que cette violation relevait du non-respect des règles procédurales du tribunal arbitral causant l'annulation de la sentence<sup>438</sup>. Ainsi, devant le même problème du non-respect des conditions pré-arbitrales, en application d'une

---

*analysis of the Arbitration Act 1979*, London : Lloyd's of London Press, 1994, p. 218, No. 8.11.4.

<sup>437</sup> La décision No 795/2017/QĐ-PQTT du 27 juin 2017 du Tribunal du peuple d'Ho Chi Minh ville VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 288), p. 102.

<sup>438</sup> La décision No10/2014/QĐ-PQTT du 28 novembre 2014 du Tribunal du peuple d'Ha Noi, voir dans VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 397), p. 265.

même disposition, deux juridictions ont donné au même fait litigieux deux qualifications contraires avec des jugements contradictoires. Il est susceptible de trouver dans ces jugements une violation de deux principes : le premier est celui selon lequel « *le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits ou actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »<sup>439</sup>; et le second qui est celui de l'application du droit de façon uniforme<sup>440</sup>. La sécurité juridique semble menacée par ce caractère contradictoire. Il en résulte une interrogation : quelle est la raison de l'existence d'une telle divergence au Vietnam ?

460. La réponse à cette question peut se trouver à l'alinéa 10 de l'article 71 de la Loi de l'arbitrage commercial qui prévoit que « *la décision de la juridiction qui admet ou refuse d'annuler la sentence arbitrale est définitive et doit être exécutée* ». Les termes « *définitive et doit être exécutée* » laissent à penser que les parties ne sont pas en droit de former un recours (appel, pourvoi) contre la décision d'admission ou de refus du recours en annulation de la sentence arbitrale.
461. Cette assertion est confirmée dans les textes qui suivent. D'abord, c'est le texte numéroté de 810/UBTVQH13-TP du 26 avril 2014 du Comité permanent de l'Assemblée nationale qui explique que le pourvoi en cassation à l'encontre de la décision de refus ou d'admission du recours en annulation n'a pas été approuvé lors de l'élaboration de la Loi de l'arbitrage commercial. Consécutivement à ce texte, la Cour suprême du Vietnam, dans l'acte No07/TANDTC-KHXX relatif à l'application de cette Loi, a décidé de façon évidente que « *la décision de refus ou d'admission du recours en annulation de la sentence est définitive et doit être exécutée. Elle ne peut faire l'objet d'aucun recours d'appel ni du pourvoi en cassation* ».

---

<sup>439</sup> À titre d'exemple, à l'article 12 du CPC français.

<sup>440</sup> À l'article 18 du CPC vietnamien.

462. À première vue, avec cette disposition, la durée de la procédure d'annulation de la sentence arbitrale est raccourcie, ce qui peut être bénéfique aux parties. Cependant, en pratique, comme il a été démontré ci-dessus, la sécurité juridique est menacée par ce mécanisme d'un seul degré d'examen du recours en annulation de la sentence arbitrale. Devant cette pratique, Maître Phan Thong Anh au Vietnam a préconisé un mécanisme pour surveiller le refus ou l'admission du recours en annulation de la sentence arbitrale afin d'éviter les erreurs des juges du premier degré<sup>441</sup>. À cet égard, plus récemment, le Professeur Van Dai DO a consacré ses études au regard croisé du droit de différents pays d'Asie, d'Europe et d'Afrique, etc. pour trouver une solution pertinente sur ce point au Vietnam. Ces études montrent que, dans la grande majorité des pays, la décision de refus ou d'admission du recours en annulation de la sentence peut être réexaminée devant la Cour suprême. Pour le Professeur DO<sup>442</sup>, si les législateurs vietnamiens souhaitent créer une politique favorable à l'arbitrage, il est possible de supprimer le recours en appel mais il est nécessaire de réserver le pourvoi en cassation devant la Cour suprême à l'encontre de la décision de refus ou d'admission du recours en annulation de la sentence arbitrale pour, d'une part, corriger des erreurs des juges du premier degré, et, d'autre part, uniformiser l'application du droit sur le territoire vietnamien.
463. Cette proposition est convaincante mais n'est pas sans risque d'un pourvoi abusif et dilatoire qui peut se répercuter sur l'exécution de la sentence arbitrale, étant donné qu'en droit vietnamien, l'exécution de la sentence arbitrale peut être suspendue par le recours en annulation à son encontre<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> PHAN THONG ANH, 'Mối quan hệ giữa năng lực của thẩm phán, trọng tài viên và thực trạng hủy phán quyết trọng tài', *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật.*, No2/2016.

<sup>442</sup> VAN DAI DO, *op. cit.*, (note 288), p. 182-204.

<sup>443</sup> À ce sujet, l'article 66 de la Loi d'arbitrage commercial de 2010 dispose que « *lors de l'expiration du délai de l'exécution de la sentence arbitrale, le débiteur n'exécute pas volontairement ses obligations et ne fait pas non plus le recours en annulation de la sentence, le créancier peut demander à l'organisation exécutoire pour la faire exécuter en vertu du droit exécutoire civil* ». Aux termes de cette disposition, si la sentence a fait l'objet d'un recours en annulation, elle ne peut pas encore être exécutée.



Pour éviter ce risque-là, nous complétons cette proposition par une solution de droit anglais de l'arbitrage. Précisément, en matière de recours à l'encontre de la décision de refus ou d'admission du recours en annulation, l'Arbitration Act anglais dispose qu'« aucune décision rendue par le juge [...] ne peut faire l'objet d'un recours sans son autorisation »<sup>444</sup> (l'article 67(4) et 68(4)). Pour appliquer cette disposition, la Court of Appeal anglaise a expliqué que « l'objectif de l'Arbitration Act est d'assurer une solution équitable des litiges sans délai ni coût inutiles [...] La restriction de l'article 67(4) sur le recours d'appel et les conditions suivant lesquelles le juge du premier degré détermine les questions relevant de l'appel est proportionnée à cet objectif »<sup>445</sup>. En droit anglais, le recours contre la décision admettant ou refusant d'annuler la sentence est possible mais limité aux questions qui doivent être déterminées par le pouvoir discrétionnaire<sup>446</sup> du juge saisi du recours en annulation. À l'instar de cette procédure, vouloir profiter du recours en appel pour suspendre l'exécution de la sentence sera difficile. Revenons au droit vietnamien, nous apprécions la solution ci-dessus du Professeur Van Dai DO selon laquelle le pourvoi à l'encontre de la décision d'admission ou de refus d'annulation de la sentence arbitrale devant la Cour suprême est nécessaire. Et pour que cette solution soit louable, il faudrait limiter ce pourvoi aux problèmes déterminés par le juge saisi du recours en annulation en première instance comme en droit anglais. Si tel est le cas, le pourvoi abusif et dilatoire serait inopérant.

---

<sup>444</sup> L'alinéa 4 de l'article 67 relatif au recours en annulation par l'incompétence du tribunal arbitral et l'alinéa 4 de l'article 68 concernant les irrégularités dans le déroulement de la procédure prévoit que « *the leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section* ».

<sup>445</sup> « *the aim of the 1996 Act to obtain the fair resolution of disputes without unnecessary delay or expense [...]; the restriction in section 67(4) on what were effectively second tier appeals and the requirement that the first instance judge decide the issue of permission to appeal were proportionate to that aim* », voir dans *Republic of Kazakhstan v. Istil Group Ltd (No2)* [2007] EWCA Civ 471.

<sup>446</sup> Voir dans : *Henry Boot Construction (UK) Limited v. Malmaison Hotel Limited* (2001) 3 T. C. L. R. 7. Cette affaire relative au recours d'appel en vertu la section 69 de l'Arbitration Act qui est appliqué de même manière qu'en vertu de la section 68(4) et 67(4) du même texte. Voir le commentaire dans JONATHAN HILL, 'Onward appeals under the Arbitration Act 1996', *Civil Justice Quarterly (C.J.Q.)*, vol. 31. : « *It was held that the Court of Appeal had no jurisdiction to review a refusal of the High Court to give a permission to appeal; that is to say, the Court of Appeal cannot, having examined the judge's decision, hold that the judge did not exercise his discretion properly and substitute the exercise of the Court of Appeal's discretion for that of the judge.* »

## Conclusion du chapitre

464. En guise de conclusion du présent chapitre, deux modifications sont souhaitables dans le meilleur délai pour assurer à l'arbitrage, au Vietnam, un développement efficace. La première modification porterait sur l'annulation de la sentence arbitrale n'entraînant pas ipso facto l'invalidité de la clause d'arbitrage. La seconde doit porter sur l'autorisation du pourvoi en cassation à l'encontre de la décision d'admission ou de refus du recours en annulation de la sentence dans la limite des problèmes déterminés par le juge saisi du recours en annulation. Ces modifications permettraient d'éviter le risque des recours abusifs ou dilatoires à l'encontre de la sentence arbitrale d'une part, et, d'autre part, d'assurer le principe selon lequel le droit doit être appliqué de façon uniforme.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

465. En guise de conclusion de la présente Thèse sur les procédures de règlement des litiges en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC, il est nécessaire de rappeler que les contrats-types FIDIC qui font l'objet de la présente recherche, sous l'angle du droit français, relèvent du contrat d'entreprise auquel les deux parties sont le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur. Après approfondissement des stipulations de ces contrats et de leur application, nous souhaitons retenir l'attention des acteurs en la matière sur les problèmes principaux ci-après.

### **1. Le délai applicable aux procédures contractuelles de règlement des litiges**

466. À ce sujet, les juges français ont attaché le caractère d'ordre public d'une règle de fond aux règles procédurales. Précisément, en ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur pour remédier aux désordres, le droit français distingue entre la responsabilité contractuelle et celle légale, biennale et décennale, après la réception des travaux. C'est pourquoi, pour les juges français, les procédures contractuelles ne s'appliquent pas au litige relatif à cette responsabilité légale pour remédier aux désordres affectant la construction. Cette considération a été justifiée inopportune en matière de construction. D'une part, la raison tient au fait que le litige pour remédier aux désordres tant avant qu'après l'achèvement des travaux demande souvent l'intervention des acteurs techniques comme par exemple l'ingénieur des

contrats-types FIDIC. D'autre part, dans le cas où le droit permettrait d'aménager le délai applicable à la responsabilité légale comme en matière de construction publique, la détermination de l'acteur compétent pour le règlement des litiges devient d'autant plus compliquée que se pose la question de savoir si cet aménagement du délai légal dénature ou non la responsabilité des désordres après la réception des travaux pour appliquer la procédure contractuelle. De tierce part, cette solution française va à l'inverse de la tendance favorable au développement des modes alternatifs de règlement des litiges. Ainsi, il est souhaitable que tout litige relatif à la responsabilité pour remédier aux désordres tant avant qu'après l'achèvement des travaux soit tranché par les procédures contractuelles.

## 2. Les problèmes de la procédure de règlement des litiges par l'ingénieur

467. Il est nécessaire de comprendre la différence du rôle de l'ingénieur dans le Livre Rouge 1987 et les Livres des années de 1999 et suivants :
468. **Pour le Livre Rouge 1987 :** l'ingénieur est doté de la compétence de règlement des litiges qui n'est pas susceptible d'être déléguée à une autre personne. La pratique montre la difficulté dans la détermination du moment où est né le litige étant donné que l'ingénieur joue en même temps deux rôles différents : l'un en vertu de l'article 67.1 lors de la naissance du litige et l'autre l'article 53.1 alors que le litige n'est pas survenu. Cette difficulté trouve son origine dans le point de vue selon lequel la soumission à l'article 53.1 est une condition sine qua non de la naissance du litige en vertu de l'article 67.1. Pourtant, à l'approfondissement du Livre Rouge 1987, nous observons qu'il est plus raisonnable, si le moment de la naissance du litige est déterminé en se basant sur l'article 2.6 au point d du même Livre selon lequel pourvu qu'une partie estime que ses droits ou ses intérêts risquent d'être atteints, celle-ci peut engager une procédure de règlement des litiges. Autrement dit, la procédure prévue à l'article 53.1 est une option du

mécanisme de règlement des litiges et non une condition sine qua non de la naissance du litige en vertu de l'article 67.1.

469. **Pour les Livres des années 1999 et suivants :** la compétence pour le règlement des litiges n'est plus attribuée à l'ingénieur qui agit au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage. Cependant, son rôle figure encore dans l'article 20 intitulé « *Claims, Disputes and Arbitration* ». Par conséquent, il existe encore la situation dans laquelle une partie confirme que l'ingénieur joue encore le rôle d'acteur de règlement des litiges. Cet état de chose nous conduit à modifier l'article 20 suivant lequel le rôle de l'ingénieur n'est plus prévu dans cet article intitulé « *Claims, Disputes and Arbitration* » mais il sera inscrit dans un article distinct. L'article 20 pourrait donc devenir « *Dispute and Arbitration* ».

### **3. Les problèmes de la procédure de règlement des litiges par le DAB**

470. La singularité du DAB des contrats-types FIDIC par rapport à d'autres comités de règlement des litiges en matière de construction tient au fait que le DAB de la FIDIC dispose du pouvoir discrétionnaire pour rendre une décision obligatoire aux parties. Après l'approfondissement des stipulations des contrats-types FIDIC relatives à la procédure du DAB et à l'application de ces contrats, il est souhaitable que soient considérés deux problèmes suivants :

En premier lieu, après l'exploration des leçons dans l'histoire de reconnaissance de la nature juridictionnelle de la sentence arbitrale, la procédure de règlement des litiges par le DAB nécessite d'être érigée en arbitrage en équité. Cette nature arbitrale en équité est reconnue grâce à quatre éléments principaux : les membres du DAB sont constitués par les deux parties ; ils possèdent le pouvoir discrétionnaire ; ils tranchent le litige de façon indépendante et impartiale ; et leur décision s'impose aux parties. Le fait de reconnaître la nature arbitrale dans la décision du DAB présente beaucoup d'intérêts : il n'est plus question de savoir qui a compétence pour faire exécuter la décision du DAB et si cette compétence relève du tribunal arbitral,

comment il doit procéder, étant donné qu'il y a des conventions internationales sur l'exéquat de la sentence arbitrale comme la Convention de New York 1958. Il reste un seul cas permettant aux parties de déférer à l'arbitrage qui tranchera à nouveau le litige en se basant sur un autre fondement - les règles de droit.

En second lieu, à l'approfondissement des stipulations des contrats-types FIDIC relatives à la procédure de règlement des litiges, nous y voyons des clauses longues et complexes qui cachent contradiction, caractère superflu et aussi des lacunes. D'abord, en ce qui concerne la contradiction, l'article 20.3 prévoit que tout litige sera résolu préalablement par le DAB, mais à l'article 20.11, le litige peut être porté directement à l'arbitrage s'il n'y pas de DAB en place pour n'importe quelle raison. Ensuite, le caractère superflu se trouve dans la stipulation de la notification de l'insatisfaction d'une partie à l'encontre de la décision du DAB en vertu de l'article 20.4. La raison tient au fait que cette notification est un acte unilatéral qui ne demande aucune réponse de l'autre partie et est dépourvu d'effet juridique. Enfin, la lacune tient au défaut de stipulation sur l'exécution de la décision du DAB lorsque celle-ci devient obligatoire mais n'est pas encore définitive. Malgré cette lacune, ces points contradictoire et superflu, dans la pratique de la procédure de règlement des litiges par le DAB, deux principes ont été reconnus : le premier est le principe selon lequel il y a soumission obligatoire à la procédure du DAB et le second est celui de l'exécution spontanée de toutes sortes de décisions du DAB. À partir de ces analyses, nous parvenons à une solution pour réécrire les stipulations des contrats-types autour de la procédure de règlement des litiges par le DAB comme ce qui suit :

- D'abord, supprimer l'article 20.8 sur l'expiration du délai de la mise en place du DAB ;

- Ensuite, regrouper l'article 20.2 et 20.3 dans une seule clause intitulée « *la constitution du DAB* » de façon suivante :

« ***La constitution du DAB :***

***Le nombre des membres du DAB :*** (1) *Les différends sont tranchés par un Adjudicator unique ou par trois Adjudicators.* (2) *Si les*

*parties ne sont pas convenues du nombre d'Adjudicators, le Président de la FIDIC nomme un Adjudicator unique, à moins que le différend lui paraisse justifier la nomination de trois Adjudicators. Dans ce cas, le demandeur désigne un Adjudicator dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la notification de la décision du Président de la FIDIC, et l'autre partie désigne un Adjudicator dans un délai de quinze jours à compter de la date de la réception de la notification de désignation faite par le demandeur. Si une partie s'abstient de désigner l'Adjudicator, celui-ci est nommé par le Président de la FIDIC ;*

***L'Adjudicator unique :*** *Lorsque les parties sont convenues que le différend sera résolu par un Adjudicator unique, elles peuvent désigner celui-ci d'un commun accord pour confirmation. Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à compter de la réception de la notification de la Demande à l'autre partie, l'Adjudicator unique est nommé par le Président de la FIDIC.*

***Trois Adjudicators :*** *Lorsque les parties sont convenues que le litige sera résolu par trois Adjudicateurs, chacune des parties, respectivement dans sa Demande et dans sa Réponse, désigne un Adjudicator. Si l'une des parties s'en abstient, la nomination est faite par le Président de la FIDIC. » ;*

- Enfin, réécrire la sous-clause 20.4 intitulée « *la prise de décision du DAB* » de la manière suivante : « *si un litige de quelle que nature que ce soit survient entre les parties concernant ou découlant du contrat ou de l'exécution des travaux y compris tous différends quant à un certificat, une solution, une instruction, un avis, ou une évaluation de l'ingénieur, les parties doivent le déférer au DAB préalablement. Celui-ci doit rendre la décision dans le délai de quatre-vingt quatre jours à partir de la date de réception de cette demande. Cette décision du DAB doit être exécutée spontanément nonobstant la demande d'une partie de trancher à nouveau amiablement le litige ou le recours à l'arbitrage d'une partie à l'encontre de cette décision du DAB dans*



*le délai de quatre-vingts quatre jours<sup>447</sup> à compter de sa réception de cette décision. À l'expiration de ce délai, le recours à l'arbitrage à l'encontre de la décision du DAB sera forclos et aussi la procédure de règlement amiable (s'il y en a) sera mise à l'échec. La décision du DAB de règlement des litiges devient définitive et ces litiges ne peuvent faire l'objet d'aucune nouvelle demande et ne peuvent être tranchés à nouveau. »*

#### **4. Les problèmes de la procédure arbitrale**

471. Comme nous le savons, l'arbitrage est une procédure tant juridictionnelle que conventionnelle. De ce fait, lors de l'étude de cette procédure, hormis les exigences stipulées dans la convention d'arbitrage, les dispositions du droit y afférentes doivent aussi faire l'objet de recherche. Après l'approfondissement tant des stipulations des contrats-types FIDIC que des dispositions du droit sur la procédure arbitrale, nous sommes conduits aux résultats ci-après.

##### ***A. Quant aux stipulations des contrats-types FIDIC***

472. En ce qui concerne les stipulations des contrats-types FIDIC sur l'arbitrage, il convient de mettre en garde sur le délai pour achever les démarches pré-arbitrales afin d'éviter la forclusion du recours à l'arbitrage. Au regard des démarches pré-arbitrales prévues par la FIDIC, la stipulation sur la procédure de règlement amiable des litiges permet de considérer que celle-ci n'est que de pur formalisme. C'est pourquoi, nous proposons à la FIDIC de modifier cette stipulation de la manière suivante : *« après la notification de l'insatisfaction à l'encontre du résultat de la procédure du DAB, les parties sont tenues de tenter de régler leur différend à l'amiable avant d'ouvrir la procédure arbitrale. Le recours à l'arbitrage n'est recevable que si le demandeur*

---

<sup>447</sup> On propose le délai quatre-vingts quatre jours qui est équivalent à la période de temps où les parties doivent attendre pour susceptible de recours à l'arbitre en vertu des stipulations actuellement des Livres de la FIDIC.

*indique, dans l'acte de saisine du tribunal arbitral, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées ».*

### ***B. Quant aux dispositions du droit***

473. En ce qui concerne les dispositions du droit sur la procédure arbitrale, nous souhaitons remettre en cause les dispositions ci-après.
474. D'abord, grâce à la pratique des procédures de règlement des litiges en matière de construction appliquant des contrats-types FIDIC, nous observons qu'il n'est pas opportun que le droit des parties soit limité à un seul type d'arbitrage - soit en droit, soit en équité - selon lequel « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* ». Pour répondre à la tendance du développement des MARL, nous proposons de permettre aux parties : d'une part, de privilégier l'arbitrage en équité pour qu'« *en cas d'absence de la convention des parties sur la loi applicable au litige, l'arbitrage tranche le différend en équité* » au lieu de trancher en droit ; et, d'autre part, de combiner en même temps l'arbitrage en équité précédent et celui en droit subséquent comme dans les contrats-types FIDIC avec la procédure par le DAB.
475. Ensuite, en ce qui concerne la procédure arbitrale, le régime d'annulation de la sentence arbitrale qui peut se répercuter sur l'exécution de la sentence arbitrale mérite d'être approfondi. À ce sujet, nous souhaitons retenir l'attention sur deux types d'acteurs : les praticiens et les législateurs.

**Les praticiens** : pour éviter de s'engager dans la procédure arbitrale qui est déclenchée par une clause d'arbitrage conclue entre la partie adverse avec le tiers, ils devraient prévoir une clause expresse pour dénier l'effet de cette clause d'arbitrage à leur égard.

**Les législateurs** : particulièrement au Vietnam et en France, il est souhaitable que leur attention soit portée sur les problèmes qui suivent.

- Le premier relatif à la disposition sur la compétence du tribunal arbitral. Il sera plus raisonnable si le droit de ces pays prévoit que l'observation des conditions pré-arbitrales est une des conditions pour que le tribunal arbitral soit compétent. Cette solution peut être un bon moyen pour obliger les parties à respecter leur engagement sur la procédure de règlement des litiges dont celui du DAB de la FIDIC.
  
- Le deuxième problème qui existe aussi dans le droit français et vietnamien concerne l'inadéquation de la disposition selon laquelle l'annulation de la sentence arbitrale invalide ipso facto la clause compromissoire. Cette inadéquation nécessite d'être modifiée par une nouvelle disposition selon laquelle si l'annulation de la sentence arbitrale ne concerne pas la nullité ou l'infaisabilité de la clause d'arbitrage, celle-ci subsiste et les parties peuvent recourir à l'arbitrage afin de trancher à nouveau le litige figurant dans la sentence annulée précédente.

476. Enfin, hormis ces problèmes, la pratique du Vietnam exige l'intervention, dans le meilleur délai, des législateurs pour assurer une uniformisation dans l'application des dispositions de la Loi de l'arbitrage commercial. Pour ce faire, une solution a été proposée selon laquelle le droit de recours contre la décision d'admission ou de refus d'annulation de la sentence arbitrale devant la Cour suprême de ce pays nécessite d'être autorisé. Pour que cette solution soit louable et pour éviter le risque des recours abusifs ou dilatoires, ce droit de recours doit être limité aux problèmes déterminés par le juge saisi du recours en annulation de la sentence arbitrale.

### *C. La jurisprudence arbitrale*

477. Après des études sur l'histoire du développement de l'arbitrage, la référence en pratique aux sentences arbitrales par les arbitres et les parties pour fonder leurs arguments particulièrement dans le domaine de la construction

appliquant les contrats-types FIDIC, nous arrivons à penser qu'il convient de reconnaître la valeur jurisprudentielle de la sentence arbitrale. Cette reconnaissance peut être réalisée de sorte que, lorsque les conditions qui permettent d'appliquer la jurisprudence sont réunies, les justiciables ainsi que les arbitres ont le droit et non l'obligation de se référer à une solution figurant dans une sentence arbitrales précédente pour fonder leur argument. Cette solution proposée a pour but d'assurer le fait que tous les arguments à l'appui de la sentence doivent faire l'objet de discussions des parties en respectant le principe du contradictoire.

478. En guise de conclusion, le développement des modes alternatifs de règlement des conflits s'ouvre, dans l'avenir, sur une nouvelle question de l'exécution au niveau mondial des décisions résultant de ces modes alternatifs qui mérite l'attention des chercheurs dans le domaine des sciences juridiques.



## Bibliographie

---

### I. Les Dictionnaires juridiques

### II. Les thèses

### III. Les ouvrages

1. Les ouvrages généraux
2. Les ouvrages sur le droit de la construction
3. Les ouvrages sur la FIDIC et ses contrats-types
4. Les ouvrages sur le droit de l'arbitrage commercial
5. Les ouvrages sur les modes alternatifs de règlement des litiges

### IV. Les articles, commentaires et autres écrits

### V. Les arrêts

1. Des juridictions françaises ;
2. Des juridictions anglaises ;
3. Des juridictions vietnamiennes.

### I. Les dictionnaires juridiques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, CORNU Gérard, MALINVAUD Philippe, CORNU Marie, GORÉ Marie and LEQUETTE Yves, *Vocabulaire juridique*, 2014.

BRYAN A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, 2014.

DENIS ALLAND ET STÉPHANE RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003.

GÉRARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 2016.

HENRY SAINT DAHL ET TAMERA BOUDREAU, *Dahl's law dictionary/Dictionnaire juridique Dahl*, Dalloz, 2007.

JEULAND Emmanuel, LALANI Shaheezah and INSTITUT DE RECHERCHE JURIDIQUE - ANDRÉ TUNC (eds.), *Recherche lexicographique en procédure civile* =:

*Lexicographical research in civil procedure*, Paris : IRJS éditions, 2017 (Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, tome 85).

LENOBLE-PINSON Michèle and MARTENS Paul, *Dire et écrire le droit en français correct: au plaisir des gens de robe*, Bruxelles : Bruylant, 2015.

PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique. Définitions, explications et correspondances*, Bruxelles : Editions Larcier, 2015.

*Le droit de A à Z: Dictionnaire juridique pratique*, Paris : Editions Juridiques Européennes, 1999.

## II. Les Thèses

BACHIR ALAA, *Arbitrage en matière de contrats internationaux de génie civil et de construction-conditions FIDIC*, Atelier national de reproduction des thèses.

J. MOUTON, *Nature juridique de la sentence arbitrale en droit privé et dans les conflits collectifs du travail*, Paris : F. Loviton (les éditions Domat-Montchrestien), 1938.

JEAN CLAUDE ADAM, *L'ingénieur-conseil en construction*, Thèse du Doctorat, 1966.

PASCAL PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Thèse du doctorat, 2002.

PATRICK SIMARD, *Le Contrat international de génie civil, Conditions FIDIC*, Thèse du doctorat, 1980.

RAYMOND GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse du doctorat, 1931.

SAMY ABDEL BAKI, *Les projets internationaux de construction menés selon la Formule B.O.T (Build, Operate, transfer): Droit égyptien-Droit français*, Thèse du doctorat, 2000.

SCHEFFER DA SILVEIRA GUSTAVO, *Des modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, Thèse du doctorat, 2017.

## III. Les ouvrages

### 1. Les ouvrages généraux

ALBARIAN Alexis, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel: essai d'une théorie*, Paris : Mare & Martin, 2012 (Bibliothèque des thèses).

- AMBRA Dominique d', *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1994 (Bibliothèque de droit privé, t. 236).
- AMRANI-MEKKI Soraya and STRICKLER Yves, *Procédure civile*, 1ère édition, Paris : Presses universitaires de France, 2014 (Thémis. Droit).
- ANCEL Pascal, RIVIER Marie-Claire and UNIVERSITÉ DE SAINT-ETIENNE (eds.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne : Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003 (Collection droit).
- BARBIERI Jean-Jacques (ed.), *Construction européenne, approche pratique: application du droit européen, droit international privé, modes alternatifs de règlement des conflits*, Rueil-Malmaison : Lamy, 2012 (Lamy axe droit).
- BARRAUD Boris, *La jurisprudence et la doctrine*, Paris : L'Harmattan, 2017 (Le droit aujourd'hui).
- BEIGNIER Bernard, BLÉRY Corinne and THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure, *Introduction au droit: cours & travaux dirigés: premier semestre de L1*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016.
- BLÉRY Corinne, RASCHEL Loïs, AMRANI-MEKKI Soraya and UNIVERSITÉ DE CAEN (eds.), *Quarante ans après: une nouvelle ère pour la procédure civile*, Paris : Dalloz, 2016 (Thèmes & commentaires. Actes).
- BOUCOBZA Isabelle, *La fonction juridictionnelle: contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris : Dalloz, 2005 (Nouvelle bibliothèque de thèses, 41).
- CADIET Loïc (ed.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1: Regards français*, Paris : IRJS Éd, 2014 (Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 52).
- CADIET Loïc and JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 4. éd., refondue, Paris : LexisNexis Litec, 2004 (Jurisclasseur manuels).
- CARREAU Dominique and JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4. éd., refondue et augmentée, Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998 (Manuel).
- CASTAN Nicole, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris : Flammarion, 1980 (Science).
- CASTAN Nicole, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris : Flammarion, 1980 (Science).
- CATALA Pierre (ed.), *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001.



- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, HIEZ David and ANCEL Pascal (eds.), *La contractualisation de la production normative: actes du colloque tenu les 11, 12 et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille avec le soutien de la Mission recherche droit et justice et du Centre René Demogue*, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires. Actes).
- COULON Jean-Marie, FRISON-ROCHE Marie-Anne, NANTERRE, TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE and ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT (eds.), *Le temps dans la procédure: [actes du colloque organisé le 5 décembre 1995 par le Tribunal de grande instance de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit]*, Paris : Dalloz, 1996.
- DAVID René, *Le droit comparé: droits d'hier, droits de demain*, Paris : Economica, 1982 (Collection Etudes juridiques comparatives).
- DEVÈZE Jean, *Contentieux et expertise: DECF, épreuve n ° 7*, Paris : LITEC, 1991.
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris : Presses universitaires de France, 2007.
- DUXBURY Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008.
- ÉTIENNE CEREXHE, JACQUES RÉGNIER and BÉATRICE HAUBERT, *Le phénomène institutionnel juridictionnel et normatif*, Namur : Presses universitaires de Namur, 1977.
- FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE DE MONTPELLIER, SIRKS Adriaan Johan Boudewijn, MAUSEN Yves and FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE DE MONTPELLIER (eds.), *Aequitas, équité, equity*, Montpellier : Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2015 (Actes de colloque / Faculté de droit et de science politique de Montpellier).
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (ed.), *La confiance légitime et l'estoppel: 17e Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, Pays-Bas, juillet 2006*, Paris : Société de législation comparée, 2007 (Droit privé comparé et européen, v. 4).
- FAVRO Karine, MARKUS Jean-Paul and LOBÉ LOBAS Madeleine (eds.), *L'expert dans tous ses états: à la recherche d'une déontologie de l'expert*, Paris : Dalloz, 2016 (Thèmes et commentaires, actes).
- GARAPON Antoine, PERDRIOLLE Sylvie and BERNABÉ Boris, *La prudence et l'autorité: juges et procureurs du XXIe siècle*, Paris : Odile Jacob, 2014.
- GILLIAUX Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles : Bruylant, 2012.
- GUINCHARD Serge (ed.), *Droit et pratique de la procédure civile: droit interne et Européen*, Neuvième édition, 1er novembre 2016, Paris : Éditions Dalloz,

2016 (Dalloz action).

GUINCHARD Serge (ed.), *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5e éd, Paris : Dalloz, 2009 (Précis Dalloz Droit privé).

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile and FERRAND Frédérique, *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*, 32. éd, Paris : Dalloz, 2014 (Précis Droit privé).

HÉRON Jacques and LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, 6e édition, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2015 (Domat droit privé).

ISMAIL Mohamed A. M., *Globalization and new international public works agreements in developing countries: an analytical perspective*, Farnham, Surrey, England ; Burlington, VT : Ashgate Pub, 2011.

JOHN RAWLS and GUILLARME BERTRAND, *La justice comme équité: une reformulation de 'Théorie de la justice'*, Paris : la Découverte, 2008.

KEUTGEN Guy (ed.), *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles : Bruylant, 2008 (Éditions Juridiques Bruylant).

LAVERGNE Benjamin and ASSOCIATION DES DOCTORANTS EN DROIT ET SCIENCE POLITIQUE (eds.), *Regards sur le droit au procès équitable: actes du colloque de l'Association des Doctorants en Droit et en Science Politique (ADOC) du 18 novembre 2010*, Toulouse : IFR, 2012 (IFR, 15).

LEFORT Christophe, *Procédure civile*, Paris : Dalloz, 2014.

MALAUURIE Philippe, AYNÈS Laurent and GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2012.

MARTIN Jean-Paul, MOUSSA Tony, MATET Patrick, ARBELLOT Frédéric, SALATI Olivier, VIGNEAU Vincent, LORIFERNE Dominique, BÉLAVAL Marie-Laure, DELBANO Fabrice and NORGUIN Vanessa, *Droit de l'expertise*, Paris : Dalloz, 2015.

MESTRE Jacques (ed.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires? Actes du colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 à Aix-en-Provence*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2016 (Collection Grands colloques).

OST François, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles : Bruylant, 2016.

PAVIA Marie-Luce and UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (eds.), *L'équité dans le jugement*, Paris : Harmattan, 2003 (Logiques juridiques).

PÉTEL-TEYSSIÉ Isabelle, PUIGELIER Catherine, AMBRA Dominique d', UNIVERSITÉ DE DROIT d'économie et de sciences sociales de Paris, CENTRE DE RECHERCHES EN

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT, INSTITUT JEAN FOYER DE DROIT PARLEMENTAIRE and ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (FRANCE), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, 2016.

POLITIS NICOLAS SOCRATE, *La justice internationale*, Paris: Hachette, 1924.

PUECH Marc (ed.), *De code en code: mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009.

SÈVE René, *La jurisprudence*, Paris : Sirey, 1985.

SIMONT Lucien (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles : Bruylant, 2002.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, ALOUPI Niki and KLEINER Caroline (eds.), *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*, Paris : Éditions A. Pedone, 2016.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 9. éd, Paris : Dalloz, 2012 (Précis).

TERRÉ François (ed.), *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, 1. éd, Paris : Dalloz [u.a.], 1999 (Mélanges, études, travaux).

TISSEYRE Sandrine, *Le rôle de la bonne foi en droits des contrats: essai d'analyse à la lumière du droit anglais et droit européen*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012 (Collection de l'Institut de droit des affaires).

UZELAC Alan (ed.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, Cham ; New York : Springer, 2014 (Ius gentium, volume 34).

VAN DAI DO, *Bình Luận khoa học: Những điểm mới của Bộ Luật Dân Sự năm 2015 [Les commentaires scientifiques sur les points nouveaux du Code civile de 2015]*, Hồng Đức, 2016.

VAN DAI DO, *Luật hợp đồng Việt Nam [Le droit du contrat du Vietnam]*, Nhà Xuất Bản Chính Trị Quốc Gia, 2014.

VAN DAI DO and HONG QUY MAI, *Tư pháp quốc tế Việt Nam : quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài [Le droit privé international du Vietnam : Les relations civiles, de travail et commerciales ayant l'élément d'extranéité]*, Nhà Xuất Bản Chính Trị Quốc Gia, 2010.

VOGEL LOUIS, *La procédure entre tradition et modernité*, Paris : Éd. Panthéon Assas diff. LGDJ, 2010.

ZOLLER Elisabeth, *La bonne foi en droit international public*, Paris : Pedone, 1977 (Publication de la revue générale de droit international public. N.S, 28).

## 2. Les ouvrages sur le droit de la construction

- ALBARIAN Alexis, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel: essai d'une théorie*, Paris : Mare & Martin, 2012 (Bibliothèque des thèses).
- AMBRA Dominique d', *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1994 (Bibliothèque de droit privé, t. 236).
- AMRANI-MEKKI Soraya and STRICKLER Yves, *Procédure civile*, 1re édition, Paris : Presses universitaires de France, 2014 (Thémis. Droit).
- ANCEL Pascal, RIVIER Marie-Claire and UNIVERSITÉ DE SAINT-ETIENNE (eds.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne : Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003 (Collection droit).
- BARBIERI Jean-Jacques (ed.), *Construction européenne, approche pratique: application du droit européen, droit international privé, modes alternatifs de règlement des conflits*, Rueil-Malmaison : Lamy, 2012 (Lamy axe droit).
- BARRAUD Boris, *La jurisprudence et la doctrine*, Paris : L'Harmattan, 2017 (Le droit aujourd'hui).
- BEIGNIER Bernard, BLÉRY Corinne and THOMAT-RAYNAUD Anne-Laure, *Introduction au droit: cours & travaux dirigés: premier semestre de L1*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2016.
- BLÉRY Corinne, RASCHEL Loïs, AMRANI-MEKKI Soraya and UNIVERSITÉ DE CAEN (eds.), *Quarante ans après: une nouvelle ère pour la procédure civile*, Paris : Dalloz, 2016 (Thèmes & commentaires. Actes).
- BOUCOBZA Isabelle, *La fonction juridictionnelle: contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris : Dalloz, 2005 (Nouvelle bibliothèque de thèses, 41).
- CADIET Loïc (ed.), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1: Regards français*, Paris : IRJS Éd, 2014 (Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 52).
- CADIET Loïc and JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 4. éd., refondue, Paris : LexisNexis Litec, 2004 (Jurisclasseur manuels).
- CARREAU Dominique and JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4. éd., refondue et augmentée, Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998 (Manuel).
- CASTAN Nicole, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris : Flammarion, 1980 (Science).

- CASTAN Nicole, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris : Flammarion, 1980 (Science).
- CATALA Pierre (ed.), *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001.
- CHASSAGNARD-PINET Sandrine, HIEZ David and ANCEL Pascal (eds.), *La contractualisation de la production normative: actes du colloque tenu les 11, 12 et 13 octobre 2007 à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille avec le soutien de la Mission recherche droit et justice et du Centre René Demogue*, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires. Actes).
- COULON Jean-Marie, FRISON-ROCHE Marie-Anne, NANTERRE, TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE and ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT (eds.), *Le temps dans la procédure: [actes du colloque organisé le 5 décembre 1995 par le Tribunal de grande instance de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit]*, Paris : Dalloz, 1996.
- DAVID René, *Le droit comparé: droits d'hier, droits de demain*, Paris : Economica, 1982 (Collection Etudes juridiques comparatives).
- DEVÈZE Jean, *Contentieux et expertise: DECF, épreuve n ° 7*, Paris : LITEC, 1991.
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris : Presses universitaires de France, 2007.
- DUXBURY Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge : Cambridge University Press, 2008.
- ÉTIENNE CEREXHE, JAQUES RÉGNIER and BÉATRICE HAUBERT, *Le phénomène institutionnel juridictionnel et normatif*, Namur : Presses universitaires de Namur, 1977.
- FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE DE MONTPELLIER, SIRKS Adriaan Johan Boudewijn, MAUSEN Yves and FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE DE MONTPELLIER (eds.), *Aequitas, équité, equity*, Montpellier : Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2015 (Actes de colloque / Faculté de droit et de science politique de Montpellier).
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (ed.), *La confiance légitime et l'estoppel: 17e Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht, Pays-Bas, juillet 2006*, Paris : Société de législation comparée, 2007 (Droit privé comparé et européen, v. 4).
- FAVRO Karine, MARKUS Jean-Paul and LOBÉ LOBAS Madeleine (eds.), *L'expert dans tous ses états: à la recherche d'une déontologie de l'expert*, Paris : Dalloz, 2016 (Thèmes et commentaires, actes).
- GARAPON Antoine, PERDRIOLLE Sylvie and BERNABÉ Boris, *La prudence et l'autorité: juges et procureurs du XXIe siècle*, Paris : Odile Jacob, 2014.

- GILLIAUX Pascal, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles : Bruylant, 2012.
- GUINCHARD Serge (ed.), *Droit et pratique de la procédure civile: droit interne et Européen*, Neuvième édition, 1er novembre 2016, Paris : Éditions Dalloz, 2016 (Dalloz action).
- GUINCHARD Serge (ed.), *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès équitable*, 5e éd, Paris : Dalloz, 2009 (Précis Dalloz Droit privé).
- GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile and FERRAND Frédérique, *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*, 32. éd, Paris : Dalloz, 2014 (Précis Droit privé).
- HÉRON Jacques and LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, 6e édition, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2015 (Domat droit privé).
- ISMAIL Mohamed A. M., *Globalization and new international public works agreements in developing countries: an analytical perspective*, Farnham, Surrey, England ; Burlington, VT : Ashgate Pub, 2011.
- JOHN RAWLS and GUILLARME BERTRAND, *La justice comme équité: une reformulation de 'Théorie de la justice'*, Paris : la Découverte, 2008.
- KEUTGEN Guy (ed.), *Liber amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles : Bruylant, 2008 (Éditions Juridiques Bruylant).
- LAVERGNE Benjamin and ASSOCIATION DES DOCTORANTS EN DROIT ET SCIENCE POLITIQUE (eds.), *Regards sur le droit au procès équitable: actes du colloque de l'Association des Doctorants en Droit et en Science Politique (ADOC) du 18 novembre 2010*, Toulouse : IFR, 2012 (IFR, 15).
- LEFORT Christophe, *Procédure civile*, Paris : Dalloz, 2014.
- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent and GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2012.
- MARTIN Jean-Paul, MOUSSA Tony, MATET Patrick, ARBELLOT Frédéric, SALATI Olivier, VIGNEAU Vincent, LORIFERNE Dominique, BÉLAVAL Marie-Laure, DELBANO Fabrice and NORGUIN Vanessa, *Droit de l'expertise*, Paris : Dalloz, 2015.
- MESTRE Jacques (ed.), *La paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires? Actes du colloque organisé les 3 et 4 octobre 2014 à Aix-en-Provence*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, Lextenso éditions, 2016 (Collection Grands colloques).
- OST François, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles : Bruylant, 2016.

- PAVIA Marie-Luce and UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I (eds.), *L'équité dans le jugement*, Paris : Harmattan, 2003 (Logiques juridiques).
- PÉTEL-TEYSSIÉ Isabelle, PUIGELIER Catherine, AMBRA Dominique d', UNIVERSITÉ DE DROIT d'économie et de sciences sociales de Paris, CENTRE DE RECHERCHES EN THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT, INSTITUT JEAN FOYER DE DROIT PARLEMENTAIRE and ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES (FRANCE), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, 2016.
- POLITIS NICOLAS SOCRATE, *La justice internationale*, Paris: Hachette, 1924.
- PUECH Marc (ed.), *De code en code: mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009.
- SÈVE René, *La jurisprudence*, Paris : Sirey, 1985.
- SIMONT Lucien (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles : Bruylant, 2002.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, ALOUPI Niki and KLEINER Caroline (eds.), *Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*, Paris : Éditions A. Pedone, 2016.
- TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 9. éd, Paris : Dalloz, 2012 (Précis).
- TERRÉ François (ed.), *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, 1. éd, Paris : Dalloz [u.a.], 1999 (Mélanges, études, travaux).
- TISSEYRE Sandrine, *Le rôle de la bonne foi en droits des contrats: essai d'analyse à la lumière du droit anglais et droit européen*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012 (Collection de l'Institut de droit des affaires).
- UZELAC Alan (ed.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*, Cham ; New York : Springer, 2014 (Ius gentium, volume 34).
- VAN DAI DO, *Bình Luận khoa học: Những điểm mới của Bộ Luật Dân Sự năm 2015 [Les commentaires scientifiques sur les points nouveaux du Code civile de 2015]*, Hồng Đức, 2016.
- VAN DAI DO, *Luật hợp đồng Việt Nam [Le droit du contrat du Vietnam]*, Nhà Xuất Bản Chính Trị Quốc Gia, 2014.
- VAN DAI DO and HONG QUY MAI, *Tư pháp quốc tế Việt Nam : quan hệ dân sự, lao động, thương mại có yếu tố nước ngoài [Le droit privé international du Vietnam : Les relations civiles, de travail et commerciales ayant l'élément d'extranéité]*, Nhà Xuất Bản Chính Trị Quốc Gia, 2010.
- VOGEL LOUIS, *La procédure entre tradition et modernité*, Paris : Éd. Panthéon Assas diff. LGDJ, 2010.

ZOLLER Elisabeth, *La bonne foi en droit international public*, Paris : Pedone, 1977 (Publication de la revue générale de droit international public. N.S, 28).

### 3. Les ouvrages sur la FIDIC et ses contrats-types

BAKER Ellis, WHITE & CASE and INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (eds.), *FIDIC contracts: law and practice*, London : Informa, 2009.

BUNNI Nael G. and BUNNI Nael G., *The FIDIC forms of contract: the fourth edition of the Red Book, 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book*, 3rd ed, Oxford, UK ; Malden, MA : Blackwell Pub, 2005.

GLOVER Jeremy and HUGHES Simon, *Understanding the new FIDIC red book: a clause-by-clause commentary*, London : Sweet & Maxwell, 2006.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS, *Conditions of contract for construction for building and engineering works designed by the employer: general condition, particular condition, sample forms*, 2010.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (ed.), *Conditions of contract for EPC turnkey projects: general conditions, guidance for the preparation of the particular conditions, forms of tender, contract agreement and dispute adjudication agreement*, First ed. 1999, Lausanne : FIDIC, International Federation of Consulting Engineers, 1999 (FIDIC silver book).

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (ed.), *FIDIC conditions of contract for construction: for building and engineering works designed by the employer ; [General conditions, guidance for the preparation of particular conditions, forms of letter of tender, contract agreement and dispute adjudication agreement]*, First ed., repr, Geneva : FIDIC, International Federation of Consulting Engineers, 1999.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (ed.), *FIDIC conditions of contract for plant and design-build: for electrical and mechanical plant, and for building and engineering works, designed by the contractor ; [General conditions, guidance for the preparation of particular conditions, forms of letter of tender, contract agreement and dispute adjudication agreement]*, 1. ed., repr, Geneva : FIDIC, 1999.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (ed.), *Short form of contract: agreement ; general conditions ; rules for adjudication ; notes for guidance*, 1st ed, Geneva : Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, 1999.

JAEGER Axel Volkmar and HÖK Götz-Sebastian, *FIDIC: a guide for practitioners*, New York : Springer, 2009.



- KNUTSON Robert, ABRAHAM Wilfred, INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS and INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (eds.), *FIDIC: an analysis of international construction contracts*, The Hague : Frederick, MD : Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, 2005 (International Bar Association series).
- KNUTSON Robert, ABRAHAM Wilfred, INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS and INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (eds.), *FIDIC: an analysis of international construction contracts*, The Hague : Frederick, MD : Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, 2005 (International Bar Association series).
- ROBINSON Michael D., *An employer's and engineer's guide to the FIDIC conditions of contract*, Chichester, West Sussex, UK : Wiley-Blackwell, 2013.
- ROBINSON Michael D., *A contractor's guide to the FIDIC conditions of contract*, Hoboken: Wiley-Blackwell, 2011.
- WIDEGREN Ragnar and FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, *Consulting engineers 1913-1988: FIDIC over 75 years*, Lausanne : FIDIC, 1988.

#### 4. Les ouvrages sur le droit de l'arbitrage commercial

- BENCHENEB Ali, OSMAN Filali, YILDIRIM Ahmet Cemil, AKA Narcisse and UNIVERSITÉ DE FRANCHE-COMTÉ (eds.), *Où va l'arbitrage international? de la crise au renouveau: Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, 8 et 9 avril 2016*, Paris : LexisNexis, 2017.
- BERG A. J. van den, T.M.C. ASSER INSTITUUT and INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (eds.), *I, Preventing delay and disruption of arbitration ; II, Effective proceedings in construction cases*, Deventer [The Netherlands] ; Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991 (ICCA congress series, no. 5), 1990.
- BOLLÉE Sylvain, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris : Economica, 2004 (Recherches juridiques, 8).
- BORN Gary, *International commercial arbitration*, Second edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2014.
- BORN Gary, *International commercial arbitration*, Austin, [Tex] : Alphen aan den Rijn : Frederick, MD : Wolters Kluwer Law & Business ; Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, 2009.
- CHARLES DE MOUGINS DE ROQUEFORT, *De La Solution juridique des conflits internationaux - L'arbitrage international. Histoire Fonctionnement*, 1889.

- CHRISTOPHER R. SEPPALA, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, (vol. 19-No2) 2008.
- CLAY Thomas (ed.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris : Lextenso, 2011.
- CUNIBERTI Gilles, *Rethinking international commercial arbitration: towards default arbitration*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar Publishing, 2017 (Rethinking law).
- DAVID René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris : Economica, 1982 (Collection Etudes juridiques comparatives).
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, JOURNÉE DE TRAVAIL SUR L'ARBITRAGE and SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle: aspects de droit comparé ; [ce livre a été conçu lors de la réalisation de la Première Journée de Travail sur l'Arbitrage, organisée ... par la Société de Législation Comparée ...]*, Paris : Société de Législation Comparée, 2008.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel and GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, SAVAGE John and FOUCHARD Philippe, *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1999.
- GAILLARD Emmanuel, BANIFATEMI Yas and INTERNATIONAL ARBITRATION INSTITUTE (eds.), *Precedent in international arbitration*, Huntington, N.Y : Juris Publishing, Inc, 2008 (IAI series on international arbitration, no. 5).
- HUNTER Martin, MARRIOTT Arthur L., VEEDER V. V. and LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (eds.), *The internationalisation of international arbitration: the LCIA Centenary Conference*, London ; Boston : Graham & Trotman/M. Nijhoff, 1995.
- JARROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987 (Bibliothèque de droit privé, 198).
- JEAN ROBERT and MOREAU BERTRAND, *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993.
- JEAN-FRANÇOIS POUDRET and SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles Zürich Paris : Bruylant Schulthess LGDJ, 2002.
- JENKINS Jane, *International construction arbitration law*, Second revised edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2014 (Arbitration in context series, volume 3).
- LE BARS Benoît, DALMASSO Joseph and WORMS Gérard, *Arbitrage commercial*

*international: Les grands arrêts du droit français*, Paris : LexisNexis, 2016 (Droit & professionnels Droit international).

LEMERCIER CLAIRE ET SGARD JÉRÔME, *Arbitrage privé international et globalisation(s) : rapport final*, Paris : Mission de recherche Droit et justice, 2015.

LEVY Daniel de Andrade, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, Paris : Harmattan, 2015.

LOQUIN Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulineaux : Joly éditions, Lextenso éditions, 2015 (Pratique des affaires).

LOQUIN ÉRIC, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris : Librairies techniques, 1980.

LOQUIN Éric and MANCIAUX Sébastien (eds.), *L'ordre public et l'arbitrage: actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Dijon*, Paris : LexisNexis, 2014 (Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, 42).

MOURRE Alexis, *Les cahiers de l'arbitrage Volume V*, 2011.

MUSTILL Michael J. and BOYD Stewart C., *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2nd ed, London : St. Paul Minn : Butterworths ; Butterworths Legal Publishers, 1989.

OPPÉTIT Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, 1re éd, Paris : Presses universitaires de France, 1998 (Droit, éthique, société).

OSMAN Filali and CHEDLY Lotfi (eds.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage: pour un cadre commun de référence*, Bruxelles : Bruylant, 2015 (Droit méditerranéen).

OSMAN Filali and LOQUIN Éric, *Les principes généraux de la Lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992 (Bibliothèque de droit privé, Tome 224).

PHILIPPE DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire : l'arbitrage*, Bruxelles : Larcier, 2000.

PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD, XAVIER BOUCOBZA and CHARLES JARROSSON, *Écrits: Droit de l'arbitrage, droit du commerce international*, Paris : Comité français de l'arbitrage, 2007.

RACINE Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, 1re édition, Paris : puf, Presses universitaires de France, 2016 (Thémis. Droit).

SALETTI Achille and TARZIA Giuseppe (eds.), *L'arbitre et le juge étatique: études de*

*droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles : Bruylant, 2014.

SERAGLINI Christophe and ORTSCHIEDT Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris : Montchrestien-Lextenso éditions, 2013 (Domat droit public).

STRICKLER Yves and RACINE Jean-Baptiste (eds.), *L'arbitrage: questions contemporaines*, Paris : L'Harmattan, 2012 (Droit privé et sciences criminelles).

THOMAS D. Rhidian, *The law and practice relating to appeals from arbitration awards: a thematic analysis of the Arbitration Act 1979*, London : Lloyd's of London Press, 1994.

TWEEDDALE Andrew and TWEEDDALE Keren, *Arbitration of commercial disputes: international and English law and practice*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2005.

VAN DAI DO, *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam - Bản án và bình luận bản án (Tập 1) [Le droit de l'arbitrage commercial du Vietnam – Arrêts et les commentaires d'arrêts (Tome 1)]*, Hong Duc, 2017.

VAN DAI DO, *Pháp luật trọng tài thương mại Việt Nam - Bản án và bình luận bản án (tập 2) [Le droit de l'arbitrage commercial du Vietnam – Arrêts et les commentaires d'arrêts (Tome 2)]*, Hong Duc, 2017.

VAN DAI DO ET TRAN HOANG HAI, *Tuyển tập các bản án, quyết định của Tòa án Việt Nam về trọng tài thương mại [La collection des arrêts, decision des juridictions vietnamiennes relatifs à l'arbitrage commercial]*, Nhà Xuất Bản Lao Động, 2010.

*ICC Dispute Resolution Bulletin*, CCI, Issue 2015.

*L'arbitrage*, Paris : Dalloz, 2009 (Archives de philosophie du droit, 52).

## **5. Les ouvrages sur les modes alternatifs de règlement des litiges**

ASHENFELTER Orley and IYENGAR Radha (eds.), *Economics of commercial arbitration and dispute resolution*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2009 (An Elgar reference collection, 21).

BASTIANELLI Adrian L. and SINK Charles M. (eds.), *Construction ADR*, Chicago, Illinois : ABA, Forum on the Construction Industry, 2014.

BERGER Klaus Peter, CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW, WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS (FIRM) and KLUWER LAW INTERNATIONAL (FIRM), *Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration*, 2015.

BLAKE Susan, BROWNE Julie and SIME Stuart, *A practical approach to alternative*

*dispute resolution*, Oxford : Oxford University Press, 2011.

CADIET Loïc and CLAY Thomas, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 1<sup>er</sup> édition, Paris : Dalloz, 2016 (Connaissance du droit).

CADIET Loïc and CLAY Thomas, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>e</sup> édition, Paris : Dalloz, 2017 (Connaissance du droit).

CECCHI-DIMEGLIO Paola and BRENNEUR Béatrice (eds.), *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits =: Interdisciplinary handbook of dispute resolution*, Bruxelles : Larcier, 2015 (Prévenir, négocier, résoudre).

CHERN Cyril, *Chern on dispute boards: practice and procedure*, 2. ed, Oxford : Wiley-Blackwell, 2011.

CHEVALIER Pierre, DESDEVISES Yvon and MILBURN Philip (eds.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris : Mission de recherche Droit et justice : Documentation française, 2003 (Perspectives sur la justice).

FRICERO Natalie, BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, BENRAÏS Linda, GORCHS-GELZER Béatrice and PAYAN Guillaume, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris : Dalloz, 2015.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE (ed.), *Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes*, Geneva : [s.n.], 2001 (Trade law series).

KENDALL John, FREEDMAN Clive and FARRELL James, *Expert determination*, London : Sweet & Maxwell, 2008.

LUDWICZAK Franck, *Les procédures alternatives aux poursuites: une autre justice pénale*, Paris : Harmattan, 2015.

OWEN Gwyn and TOTTERDILL Brian W., *Dispute boards: procedures and practice*, London : Thomas Telford, 2008.

SOURDIN Tania, *Alternative dispute resolution*, 2nd ed, Pyrmont, NSW : Lawbook Co, 2005.

#### **IV. Les articles, les commentaires et autres écrits**

##### **1. La base de données de Dalloz**

AUDLEY SHEPPARD, 'Le règlement des litiges dans le domaine de la construction par voie d' « adjudication » au Royaume-Uni', *RDI 2001 p. 129*.

- BENOÎT DELAUNAY and FRANCK MODERNE, 'Dossier 483 Responsabilité des constructeurs (droit public) : responsabilités spécifiques post-contractuelles - action en responsabilité décennale', *Dalloz. Act. D. Const.*
- BERTRAND MOREAU, 'Effets de la nullité de la sentence', *Rép. Com. Dalloz.*
- CHRISTINE BOILLOT, 'Le régime des clauses relatives au litige', *RTD. com. 2013. p.1.*
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Les nouveaux modèles FIDIC de contrat de construction internationale', *RDI 2002 p. 183.*
- FABIENNE JAULT-SESEKE, 'Entendue du contrôle du juge saisi d'un recours en annulation contre une sentence rendue dans un arbitrage international', *R.D.I.P 2011, p. 85.*
- FRANÇOIS LLORENS, 'Procédure de règlement amiable des litiges contractuelles. Inapplicabilité aux actions en garantie décennale', *RDI 1999, p. 95.*
- FRANÇOIS LLORENS; PHILIPPE TERNEYRE, 'Marché public. Procédure contractuelle précontentieuse des litiges', *RDI 1991 p. 208.*
- JEAN-LOUIS SABLON, 'Dommages de construction et modes alternatifs de règlement des litiges: les problèmes soulevés par la prescription et l'expertise.', *RDI 2013 p.130.*
- JULIEN BURDA, 'La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit de l'arbitrage', *RTD. com. 2013. p.653.*
- PATRICE JOURDAIN, 'La forclusion décennale appliquée à l'action en responsabilité contractuelle de droit commun exercée contre les constructeurs', *RTD Civ. 2003, p.308.*
- PHILIPPE MALINVAUD, 'L'élément d'équipement dissociable « non destiné à fonctionner » relève de la responsabilité de droit commun', *RDI 2013 p. 536.*
- PHILIPPE MALINVAUD, 'La clause de conciliation préalable figurant dans le contrat type d'architecte ne s'applique pas aux litiges fondés sur l'article 1792', *RDI 2008 p. 158.*
- PHILIPPE MALINVAUD, 'Réflexion sur le "Dispute Adjudication Board"', *RDI 2001 p. 215.*
- 'Appel et annulation', *Rép. D.I. Dalloz.*
- 'Jurisprudence/Janvier 2018', *Fiches d'orientation, Dalloz.fr.*
- 'L'expert dans tous ses états', *Thè. Comm.*
- 'L'obligation de préciser le fondement d'un recours en annulation de la sentence', *RTD. com. 1998 p. 327.*

‘La notion de litige’, *Rép. D. Eur.*

‘Les modes de règlement amiable des litiges’, *Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz.fr.*

‘Question de recevabilité’, *Dalloz. Act. D. Const.*

‘Renonciation au recours en annulation pour les sentences rendue en France’, *Rép. pro. civ.*

‘Responsabilité contractuelle de droit commun’, *Dalloz. Act. D. Const.*

‘Responsabilité diversifiée’, *Dalloz. Act. D. Const.*

‘Responsabilité présumée’, *Dalloz. Act. D. Const.*

‘Sentence arbitrale: Qualification-Arrêt rendu par Cour de cassation, 1ère civ.’, *Recueil Dalloz 2011 p. 2483.*

## 2. La base de données d’Heinonline

ADAM N. STAINMAN, ‘Case law’, *97 B.U.L. Rev. 1947, edition 1947, n.d.*

BRUNOT DE CAZALET, ‘Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfert)’, *Int’l. Bus. L. J. 405 1998.*

C. GORDON SIMMONS, ‘Arbitral Stare Decisis: an unheralded but important doctrine in canadian arbitral jurisprudence’, *11 Queen’s. L. J. 347 1985-1986.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Contentieux des contrats internationaux de construction: Commentaire des sentences CCI relatives aux conditions FIDIC pour les contrats internationaux’, *Int’l. Bus. L. J. 700 1999, no. 6, 1999, p. 700–723.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Contractor’s claim under the FIDIC civil engineering contract, Fourth (1987) Edition-I’, *19 Int’l. Bus. Law. 395 1991.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Les décisions pré-arbitrales afférentes aux litiges en matière de construction : Les décisions prises par l’ingénieur’, *Int’l. Bus. L. J. 331 1991, p. 331–347.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les Conditions du contrat type de génie civil de la FIDIC’, *Int’l. Bus. L. J. 579 187, no. 6, 1987, p. 579–606.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Les principaux « claims » de l’entrepreneur aux termes des conditions FIDIC’, *1985 Int’l. Bus. L. J. 171. 1985.*

CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Engineer’s non final decision enforced by unanimous ICC arbitral award’, *4 Const. L. Int’l 26 2009.*

- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'FIDIC's new standard forms of contract: Claim, resolution of disputes and the Dispute Adjudication Board', *2001 Int'l. Bus. L. J.* 3 2001.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'FIDIC's new standard forms of contract: Risks, force majeurs, and termination', *2000 Int'l. Bus. L. J.* 1013 2000.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Réclamation de l'entrepreneur aux termes des contrats FIDIC pour les grands travaux', *Int'l. Bus. L. J.* 733 2004.
- CON, .
- DON W. GREGORY and PETER A. BERG, 'Construction lawyer: Problem and problem solver? The need for cost-effective dispute resolution in the construction industry', *33 Const. Law.* 16 2003.
- DONALD CHARRETT, 'The commercial value of Dispute Boards under FIDIC contracts', *1 Tunk. Com. L. Rev.* 205 2015.
- ÉDOUARD BERTRAND, 'Amiable composition: Rapport du groupe de travail du Comité français de l'arbitrage', *Int'l. Bus. L. J.* 753 2005, p. 2005.
- EDWIN. H. W. CHAN, CHARLES K. L. CHAN and MARTYN J. HILLS, 'Construction industry adjudication: a comparative study of international practice', *J. Int'l. Arb.*, vol. 22, no. 5, October 2005, p. 363–374.
- FRANCISCO BLAVI, 'The role of arbitral precedent in international commercial arbitration: Present and future developments', *J. Alternative. Disp. Resol.*, vol. 6, no. 1, 2015, p. 1–10.
- FRASER MCMILLAN, 'Changes to scottish commercial court Rules and the implications for construction dispute', *26 L. Rev.* 196, 198 2005, vol. 26, no. 8, 2005, p. 196–198.
- GIOVANNI LUDICA, 'Ex Aequo et Bono. Three cases of arbitration, and some remarks about Equity', *Nat'l. Italian. Am. B. Ass'n L. J.* 37 2013, no. 37.
- JAMES J. MYERS, 'Alternative dispute resolution in the US construction industry', *23 Int'l. Bus. Law* 164 1995.
- J.-C. BADOUX, 'The hardships and concerns of an engineer representing the law', *5 J. Int'l. Arb.* 89 1988.
- JOHN CASSAN WAIT, 'Chapter XIII. Engineer or architect as a quasi-arbitrator, umpire or referee. His duties, powers and obligations in judicial capacity', in *Engineering and architectural. A presentation of the law of construction for architects contractors builders public officers and at law* 305 1898, 1898.
- JUSTIN SWEET, 'Standard construction contract: Academic orphan', *31 Const. Law* 38 2011.



- M. BETH LYON, 'The role of the consulting engineer in developing country construction under FIDIC form contracts', *26 Law & Pol'y. Int'l. Bus.* 273 1994-1995, no. 273.
- M. SIRBU, 'Dispute resolution procedure within the FIDIC contracts. Legal characteristics of the decision of Dispute Adjudication Board', *2015 Conf. Int'l Dr.* 283 2015.
- MARTIN BRIDGEWATER, 'Alternative dispute resolution in the English construction industry', *23 Int'l. Bus. Law* 158 1995.
- MAURO RUBUNO-SAMMARTANO, 'FIDIC's clause 20.1-A civil law view', *4 Const. L. Int'l.* 14 2009.
- MICHAEL R LUDLOW, 'Engineer's role under FIDIC standard conditions of contract', *20 Int'l. Bus. Law.* 525 1992.
- NAEL G. BUNNI, 'Recent development in construction disputology', *17 J. Int'l. Arb.* 105 2000.
- PETER H. J. CHAPMAN, 'The Use of Dispute Boards on major infrastructure projects', *1 Tunk. Com. L. Rev.* 219 2015.
- PHAM LIEM CHINH, 'Les clauses de juridiction judiciaire ou arbitrale au Vietnam', *Int'l. Bus. L. J.* 637 2005.
- PIERRE G. GENTON, 'Le DRB/DAB, un véritable complément à l'arbitrage', *15 ASA Bull.* 416 1997.
- PIERRE G. GENTON and YVES A. SCHWAB, 'The role of the engineer in disputes related more specifically to industrial projects', *17 J. Int'l. Arb.* 1 2000.
- RUPERT CHOAT, "'Not dispute" arguments under dispute resolution and dispute escalation provisions', *4 Const. L. Int'l* 7 2009.
- THOMAS E. CARBONNEAU, 'Arbitral-law making', *25 Mich. J. Int'l. L.* 1183 (2004).
- TIM REYNOLDS, 'The FIDIC Gold Book-Some preliminary comments', *4 Const. L. Int'l.* 9 2009.
- U HOCHULI, 'Role of engineer under FIDIC standard contracts', *19 Int'l. Bus. L* 542 1991.
- VINCENT LELOUP, 'French national list of FIDIC Adjudicators: the background to a fresh new initiative', *8 Const. L. Int'l.* 28 2013.
- W. MARK. C. WEIDERMAIER, 'Toward a theory of precedent in arbitration', *51 Wm. & Mary L. Rev.* 1895 (2010).
- YASEMIN ÇETINEL, 'The nature of Dispute Board's decision, with special emphasis on

the Turkish Law Approach’, 2. *Tunk. com. L. Rev.* 103 2016.

### 3. La base de données de Lamyline

‘310-102- Réclamation de l’entrepreneur selon les Livres “rouge” et “jaune” de la FIDIC’, *Le lamy Contrats internationaux*.

‘310-103- Le pré-arbitrage amiable dans les nouveaux contrats FIDIC’, *Le lamy Contrats internationaux*.

‘350-1-Principales caractéristiques du contrat’, *Le lamy Contrats internationaux*.

‘351-1-Principales caractéristique du contrat’, *Le lamy Contrats internationaux*.

‘352-1- Principales caractéristiques du contrat’, *Le lamy Contrats internationaux*.

### 4. La base de données Lexis360

BENOÎT LE BARS, ‘Usage de l’amiable composition dans l’arbitrage CCI’, *JCP E - édition Entreprise et affaires* 2006, N° 48.

CHRISTINE LE BIHAN-GRAF and ÉLIZABETH CREUX, ‘Le règlement des différends et le juge’, *Études. Énergie. Env. – Infrastr. Lexisnexis Jurisclasseur*, no. 2, février 2017.

EMMANUEL GAILLARD, ‘Arbitrage commercial international. - Convention d’arbitrage. - Capacité et pouvoir. - Consentement’, *JDI, Fasc. 586-2, 1 October 1994*.

ÉRIC LOQUIN, ‘Arbitrage international. – Litige relatif aux noms de domaine. – Décision de la Commission de l’ICANN. – Expert désigné selon le règlement du Centre de médiation et d’arbitrage de l’OMPI. – Recours en annulation. – Irrecevabilité. – Décision non constitutive d’une sentence arbitrale. Décision de la Commission de l’ICANN. – Recours en annulation. – Arbitrage localisé matériellement à l’étranger. – Compétence internationale du juge français. – Clause attributive de juridiction. – Validité.’, *JDI (Clunet) No4, octobre 2005, 15*.

FRANCOIS TENAILLEAAU, ‘Contrat global de performance énergétique’, *Fasc.650, encyclopédies, sur lexis360*.

JEAN PAILUSSEAU, ‘Arbitrage : le choix entre le droit et l’équité’, *JCP*, 2006, I, 108.

YVES DERAINS, ‘Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale’, *JDI, 1993*.

## 5. La base de données Westlaw

- ANDREW G. TWEEDDALE, ‘Recent cases on serious irregularity’, *Arbitration* 2000, 66(4), 313-319.
- BRUNOT DE CAZALET, ‘The new FIDIC conditions of contract for design, build and operate projects (DBO) (The Gold Book)’, *Int’l. Bus. L. J.*, vol. 2012, no. 4, 2012, p. 439–468.
- BRUNOT DE CAZALET, ‘The FIDIC conditions of contracts for Design, Build and Operate Projects (DBO) (the Gold Book)’, *Int’l. Bus. L. J.* 2012, 4, 439-467.
- C. O. OLOMOLAIYE and P. O. OLOMOLAIYE, ‘The validity of engineer’s decisions under clause 66(1) of the ICE conditions’, *Const. L. J.*, vol. 6, no. 2, 1990, p. 127–131.
- CANTERBURY AND SHAPIRO, ‘Standard clauses-Architect/Engineer decision clauses’, *Texas Construction Law Manual* § 13:3 (3d ed).
- CHIKE ODUOZA and JENNIFER CHARLSON, ‘Construction industry legal risk identification for SMEs’, *Const. L. J.*, vol. 32, no. 6, 2016, p. 630–643.
- CHRISTOPHER ENNIS AND WOLFGAN BREYER, ‘Comparison of treatment of claims for extension of time and compensation under FIDIC Red Book form according to civil law and common law jurisdictions’, *Const. L. J.* 2014, 30(1), 3-29.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘International construction contract disputes: commentary on ICC awards dealing with the FIDIC international conditions of contract’, *Int’l. Bus. L. J.* 1999, 6, 700-723.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, ‘Sub-clause 20.7 of the FIDIC Red Book does justify denying enforcement of a “binding” DAB decision’, 6. No3 *Const. L. Int’l.* 17.
- CRISTIANO SCHILLER, ‘Dispute Board is arbitration: An alternative view on the nature and enforceability of a dispute board’s determination’, *Const. L. J.* 2015 31(7) 380-398.
- DEREK GRIFFITHS, ‘Do Dispute review boards trump dispute adjudication boards in creating more successful in construction projects?’, *Arbitration.* 2010, 76(4), 686-692.
- EDWIN H. W. CHAN AND HENRY C. H. SUEN, ‘Legal issues of dispute management of international construction projects contracting’, *Const. L.J.* 2005, 21(4), 291-305.
- FREDERIC GILLION, ‘The Court of appeal decision in Persero II: are we now clear about the step to enforce a non-final DAB decision under FIDIC’, *Int’l. Const. L. Rev.* 2016, 33(1), 4-24.
- HARVEY J. KIRSH, ‘Dispute Review Board: an overview’, 3 *No1 J. American College*

*Const. Lawyers 4.*

- HARSH HARI HARAN, 'Understanding the decision in Persero II in its proper context', *Const. L. J.* 2016, 32(8), 813-822.
- JAMAL AL-DINE NASSAR, 'Claims, disputes and arbitration under the Red Book and the New Red Book (Part 1)', *Const. L. J.* 2009, 25(6), 405-443.
- JAMES J. MYERS, 'Resolving dispute in infrastructure projects', 47 *Const. L. Rev.* (2d) 87.
- JOHN DERRINGTON, 'Arbitration and the civil engineer', *Arbitration* 1987, 53(2) 77-84, 120.
- JOHN K. SYKES, 'Claims and disputes in construction: suggestion for their timely resolution', *Const. L. J.* 1996, 12(1), 3-13.
- JOHN W. HINCHEY AND TROY R. HARRIS, 'Construction dispute resolution processes related to arbitration -Dispute Adjudication Boards (DABs)', *Int'l. Const. Arb. Handbook*. §1:15.
- JOHN W. K. LUK AND BERNARD WIJEDORU, 'A proposal for a more effective and efficient dispute resolution system for international construction contracts', *Arbitration* 1993, 59(2) 100-102.
- JONATHAN HILL, 'Onward appeals under the Arbitration Act 1996', *C.J.Q.*, vol. 31, no. 2, 2012, p. 194–215.
- LAIN AITCHISON, 'Recent developments towards mandatory construction in Germany', *Const. L. J.* (2014) 30(1) 30-40.
- MARK C. MCGAW, 'Adjudicators, expertd and keeping ot of court', *Const. L. J.* 1991, 8(4), 332-359.
- MIKE ALLEN; ROY COOPER; PHIL MOSS, CRAIG BEESON; GARY KIT AND MACIEJ KAJRUKSZTO, 'Global construction disputes 2015 - The higher the stakes, the bigger the risks', *Const. L. J.* 2016 32(3) 286-299.
- NICOLE STOLOWY AND MATHIEU BROCHIER, 'Reflections on the concept of norms and sources of law in commercial matters', *J. Bus. L.* 2018, 3, 255-277.
- PAULA GERBER AND BRENNAN J. ONG, 'Best practice in construction dispute', *Arbitration* 2014, 80(3), 346-349.
- PHILIP CAPPER, 'Arbitration and adjudication after 1996: practice, procedures and opportunities', *Const. L. J.* 1997, 13(6), 369-393.
- PIERRE G. GENTON, '30 years of experience in the prevention and resolution of disputes', *Const. L. J.* 2014, 30(3), 151-158.

- PIERRE G. GENTON, 'The role of the DRB in the long term contracts', *Const. L. J.* 2002 18(1) 8-19.
- ROBERT SLIWINSKI, '15th annual international conference of dispute resolution board foundation held in Genoa from 21-23 may 2015: A report', *Const. L. J.* 2015 31(7) 357-366.
- ROHAN SHORLAND, 'Role of the engineer and settlement of disputes under conditions of contract for works of civil engineering construction', *Arbitration* 1999, 65(2), 92-101.
- RUPERT REECE AND NATASHA PETER, 'Enforcing adjudication decisions', *Int'l. Bus. L. J.* 2013, 5, 403-419.
- S. MAGINTHARAN, 'Construction adjudication in Singapore-Lee Wee Lick Terence v. Chua Say Eng.', *Const. L. J.* 30(2) 73-93.
- TANER DEDEZADE, 'Mind and gap: Analysis of cases and principles concerning the ability of ICC arbitral to enforce binding DAB decisions under the 1999 FIDIC conditions of contract', *Int'l A. L. R.* 2012, 15(4), 145-159.
- TANYA MELNYK, 'The enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses: the English law position', *Int'l A. L. R.* 2002, 5(4), 113-118.
- YERZHAN YESSIMKHANOV, 'Several practical aspects of use of FIDIC contract forms in Kazakhstan', *Const. L. J.* 32(6) 689-694.
- YVES DERAIS, 'Jurisprudence of international commercial arbitrators concerning the determination of the proper law of the contract', *Int'l. Bus. L. J.* 1996, 4, 514-530.
- 'Effect of fraud or bad faith of architect or engineer', 22 *N. Y. Jur. 2e contracts* §350.
- 'Mid Glamorgan C.C v. Land Authority for Wales', *Const. L. J.* 1990, 6(3), 234-245.

## 6. Les périodiques de Gazette du palais

- ALEXIS MOURRE; PRISCILLE PEDONE, 'CA Reims, 10 janv. 2001', *Gaz. Pal.*, no. 164, juin 2002, p. 6.
- ANDREA PINNA, 'L'autorité de la chose jugée invoquée devant l'arbitre. Point de vue sous le prisme de l'ordre juridique français', *Gaz. Pal.*, no. 3, juillet 2010, p. 697.
- ANDREA PINNA, 'Le concepte de jurisprudence arbitrale et son application en matière sportive', *Gaz. Pal.*, no. 290, 17 October 2006, p. 23.
- CHRISTOPHE SERAGLINI, 'L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret No2001-48 du 13 janvier 2011', *Cah. Arb.*,

no. 2, avril 2011, p. 375.

DENIS BENSAUDE, 'Exception d'incompétence soulevée in limine litis par un non-signataire', *Gaz. Pal.*, no. 271, 28 September 2013.

EMMANUEL MACRON, 'Une justice pour notre temps', *Gaz. Pal.*, 13<sup>e</sup>-année, no. 11, 14 March 2017.

ERIK JORGEN PETERSEN, 'La mise en oeuvre des ADR dans les grands contrats', *Gaz. Pal.*, no. 314, 15 November 2001, p. 42.

GUY HORSMANS, 'Propos insolites sur l'efficacité arbitrale', *Gaz. Pal.*, no. 141, mai 2004, p. 5.

JEAN PAUL CORREA DELCASSO, 'La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataire en arbitrage interne et international', *Gaz. Pal.*

JEAN-BAPTISTE RACINE, 'L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale'.

MICHAEL ARMAND-PREVOST, 'Quelques interrogations sur le traitement des litiges entre sociétés commerciales', *Gaz. Pal.*, no. 60, 1 January 2007, p. 2.

PAUL A. GELINAS, 'Colloque Droit et commerce: Où sont passés les contentieux? Le règlement des différends entre sociétés commerciales: évolution ou révolution', *Gaz. Pal.*, no. 179, juin 2007, p. 114.

UGO DRAETTA, 'Arbitration in international construction contracts: selected practical problème', *Gaz. Pal.*, no. 351, décembre 2008, p. 13.

'Chronique des jurisprudences en matière d'arbitrage sportif', *Lextenso.fr*.

'Compétence et recevabilité: vers la révision au fond?', *Lextenso.fr*.

'Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage', *Lextenso.fr*.

'Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence: quelques précisions et illustrations', *Lextenso.fr*.

## **7. Les périodiques de l'International Construction Law Review**

ALIAN BILAN and BAZIL OGLINDA, 'The notice of claim under sub-clause 20.1 in a FIDIC contract governed by the Romanian law', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2016, p. 25–38.

CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Commentary on recent ICC arbitral awards dealing with dispute adjudication board under FIDIC contracts', *Inter. Const. L. Rev.*, 2016, p. 185–205.

- DONALD CHARRETT, 'The "best" method of resolution of construction disputes: elusive or illusory?', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2013, p. 88–103.
- DR GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Dispute Adjudication Boards-The International or Third Dimension', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2012, p. 220–241.
- EUROPEAN INTERNATIONAL CONTRACTORS, 'EIC contractor's guide to the MDB Harmonised edition (June 2010) of the FIDIC conditions of contract for construction, april 2011', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2011, p. 349-.
- FRÉDÉRIC GILLION, 'The Court of Appeal decision in Persero II: Are we now clear about the steps to enforce a non-final DAB decision under FIDIC', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2016, p. 4-.
- FREDERIC GILLION, 'Enforcement of DAB decision under the 1999 FIDIC conditions of contract: A recent development: CRW Joint Operation v. PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2011, p. 388–411.
- GORDON L JAYNES, 'DAB, DRB, CDB, DB-The alphabet soup of Dispute Boards: Should this soup be on the menu in the UAE', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2011, p. 344–351.
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Observations on the FIDIC construction subcontract 2011- Part 2', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2015, p. 366–391.
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Payments and Disputes under FIDIC, in particular under FIDIC Silver Book-The Sedgman case', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2014, p. 310–321.
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Employer's requirements in Disign-Build Contracts under FIDIC-A comparative stuty', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2012, p. 120–141.
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Dispute Adjudication in civil law countries - Phantom or effective dispute resolution method?', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2011, p. 412–438.
- LUKAS KLEE and CLAUDIA ADALGIZA TEODORESCU, 'Romanian experience with FIDIC forms in road and bridge construction', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2013, p. 432–439.
- NICHOLAS A BROWN and ISABELLE CHAN, 'Chasing rainbows-Initial vagaries in the FIDIC Book claims procedure', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2015, p. 95–102.
- NICHOLAS GOULD, 'Enforcing a Dispute Board's decision: issues and considerations', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2012, p. 242–278.
- SAMANTHA LANDSBERRY, 'FIDIC Design Build Operate-Glitter or Gold', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2008, p. 157–189.
- SYLVIE CAVALERI, 'International Construction Dispute in Denmark', *Int'l. Const.*

*L. Rev.*, vol. 33, 2016.

TAMÁS BALÁZS, DR LUKAS KLEE and DÁNIEL GULYÁS, 'FIDIC contracts and Hungarian law - Important aspects of using FIDIC contracts in Hungary', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2014, p. 138–149.

'Making Dispute Boards better with the "one plus one" model', *Int'l. Const. L. Rev.*, 2013, p. 5–15.

## 8. Les périodiques de Revue d'arbitrage

ALEXIS MOURRE, 'Affirmation en droit belge du caractère contrôlé au regard limité de l'ordre public international, Note sous Bruxelles 17e ch., 22 juin 2009', *Rev. Arb.*, vol. 2009, no. 3, 2009, p. 574–598.

ALI YESILIMARK, 'Expert determination in Turkey', *Kluwer Law International*, vol. 33, no. 2, 2015, p. 306–326.

ASA BULLETIN, 'A. SA v. B. SA, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, Case No. 4A\_124/2014, 7 July 2015', *Kluwer Law International*, vol. 34, no. 1, 2015, p. 158–164.

ASA BULLETIN, 'A. SA v. B. SA, Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, Case No. 4A\_124/2014, 7 July 2014', *Kluwer Law International*, vol. 32, no. 4, 2014, p. 826–848.

AUDLEY SHEPPARD, "Chapter 8. Res Judicata and Estoppel", in Bernado M. CRemades Sanz-Pastor and Julien D. M. Lew (eds), *Parallel State and arbitration procedures in international arbitration, Dossiers of The ICC Institute of World Business Law, volume 3.*, *Kluwer Law International*, vol. 3, 2005, p. 219–242.

BERNAD HANOTIAU, 'Company S & others v. Mr. L, Court of Appeal, 2009/RG/725, 22 novembre 2010'.

CALVIN CHEUK, 'How will the proposed Adjudication Scheme Change the Dispute Resolution Scence in Hong Kong's construction industry?', *Asian Disp. Rev.*, no. 2, 2016, p. 88–93.

CÉCILE CHAINAIS, 'L'autorité de chose jugée en procédure civile: perspective de droit comparé', *Rev. Arb.*, no. 1, 2016, p. 3–49.

CHARLES CHATTERJEE, 'Settlement of dispute procedure and arbitration under FIDIC', *J. Int'l. Arb.*, vol. 12, no. 3, 2000, p. 103–114.

CHARLES JARROSSON, 'L'autorité de chose jugée des décisions relatives à l'indépendance des arbitres', *Rev. Arb.*, no. 1, 2016, p. 165–182.

CHARLES JARROSSON, 'Les principales tendances du nouveau droit français de



l'arbitrage', *IpronLex*, vol. 4, no. 3, 2011, p. 812–821.

- CHARLES JARROSSON, 'Les frontières de l'arbitrage', *Rev. Arb.*, vol. 2001, p. 5–42.
- CHARLES JARROSSON; JACQUES PELLERIN, 'Le droit français de l'arbitrage après le Décret du 13 janvier 2011', *Rev. Arb.*, no. 1, 2011, p. 5–86.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Arbitration Clause in the FIDIC contracts for major works', *Asian Disp. Rev.*, no. 2, 2006, p. 57–71.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Pre-arbitral decisions and their impact on the Arbitration: The decisions made by the consulting engineer', *Kluwer International Law*, 1991, p. 377-483 (380).
- CLAIRE DÉBOURG, 'Note-9 septembre 2010, Cour d'appel de Paris (Pôle 1-Ch.1)', *Rev. Arb.*, no. 4, 2010, p. 976–990.
- CYRIL CHERN, 'The Dispute Board Federation and the Role of Dispute Boards in Construction – Benefits without Burden', *Spain Arb. Rev.*, no. 9, 2010, p. 5–10.
- CYRIL CHERN, 'The Dispute Board Federation and the role of Dispute Boards in construction-benefits without burden', *Spain Arb. Rev.*, no. 9, 2010, p. 5–10.
- ÉRIC LOQUIN, 'Note- 12 octobre 2011, Cour de cassation (1ere Ch. civ.); 1er février 2012, Cour de cassation (1er Ch. civ.)', *Rev. Arb.*, no. 1, 2012, p. 95–107.
- EUGENE TAN AND RUPERT COLDWELL, 'The Finality of Interim Arbitral Awards in Singapore – How “Final” is “Final”?’
- FRANCOIS VERMEILLE, 'Le règlement amiable des différends en matière de projets de construction: Quelques expériences pratique', *ASA Bulletin*, vol. 24, no. 2, 2006, p. 229–247.
- FRANCOIS-XAVIER TRAIN, 'L'extension de la clause compromissoire- Chronique des années 2012-2017', *Rev. Arb.*, no. 2, 2017, p. 389–344.
- FRANCOIS-XAVIER TRAIN, 'L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français, note sous Paris Pôle 1-Ch.1, 17 février 2011 et Cour suprême de Royaume-Uni, 3 novembre 2010', *Rev. Arb.*, no. 2, 2012, p. 374–386.
- FRANCOIS-XAVIER TRAIN, 'L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français, note sous Paris, Pôle 1-Ch.1, 17 février 2011 et Cour suprême du Royaume-Uni, 3 Novembre 2010', *Rev. Arb.*, no. 2, 2012, p. 374–386.
- GEORGES BOLARD, 'Les principes directeurs du procès arbitral', no. 3, 2004, p. 511–540.

- GERARDO BROGGINI, 'Réflexions sur l'équité dans l'arbitrage international', *ASA Bulletin*, 1991, p. 95–122.
- GIOVANNI LUDICA, 'Chronique de jurisprudence étrangère, Italie', *Rev. Arb.*, no. 3, 2012, p. 633–640.
- HANS HERRLIN, 'Report on various types of construction contracts: time limitation for the filing of claims, Arbitration rules and applicable law', in *Albert Jan van den Berg (ed), Preventing delay and disruption of arbitration/ effective proceedings in construction cases, ICCA Congress series, Volume 5, vol. 5, 1991, p. 353–364.*
- HONG-LIN YU, 'Amiable composition - A learning curve', *J. Int'l. Arb.*, vol. 17, no. 1, 2011, p. 79–98.
- IAN MACDUFF, 'Resolving – and avoiding – construction disputes: notes from the ICC-FIDIC conference'.
- IN M.E.A ALAM ELDIN (ED), ARBITRAL AWARD OF THE CAIRO REGIONAL CENTER FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IV, 'J.V. of American and EU Dredging Companies v. Red Sea Public Authority (RSPA), Final Award, CRCICA Case No.281/2002, 28 juin 2004', *Kluwer Law International*, 2014, p. 185–298.
- ISABELLE HAUTOT; GEORGES FLÉCHEUX, 'La clause de règlement des différends dans les Conditions F.I.D.I.C Génie Civil de 1987', no. 4, 1989, p. 609–629.
- ISABELLE HAUTOT; GEORGES FLÉCHEUX, 'La clause de règlement des différends dans les conditions F.I.D.I.C. génie civil de 1987', *Rev. Arb.*, p. 609–629.
- JAMES A. GRAHAM, 'Note-Jurisprudence étrangère: 27 mai 2009, Cour suprême mexique', *Rev. Arb.*, no. 1, 2011, p. 201–206.
- JAN PAULSON, 'La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I', *Rev. Arb.*, no. 1, 1990, p. 55–100.
- JEAN-BAPTISTE RACINE, 'La sentence d'incompétence', *Rev. Arb.*, no. 4, 2010, p. 729–781.
- JEAN-LOUIS DELVOLVÉ, 'L'arbitrage et les tiers: Le droit de l'arbitrage', *Rev. Arb.*, no. 3, 1988, p. 501–556.
- JEAN-MICHEL JACQUET, 'Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?', *Rev. Arb.*, no. 3, 2010, p. 445–467.
- JEREMY NICHOLSON, 'Resolving Construction Disputes in Asia: How will it Look in 2026?', *Asian Disp. Rev.*, no. 3, 2016.
- JÉRÔME BARBET, 'La clause de conciliation obligatoire préalable est sans incidence sur la compétence de l'arbitre; la fraude de procédurale suppose un grief, note

sous Paris (Pôle 1-Ch) 28 juin 2016’, *Rev. Arb.*, no. 4, 2016, p. 1158–1168.

JOHN BEECHEY, ‘Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport, Court of Appeal, Civil Division, A1/2004/2246, 17 March 2005’, *Kluwer Law International*, 2005.

KLAUS PETER BERGER, ‘The international arbitrator’s application of precedents’, *J. I. A.*, vol. 9, no. 5–22, 1992, p. 4.

LORD STEYN, ‘Lesotho Highlands Development Authority v. Impregino Spa & Ors, House Lords, Not Indicated, 30 juin 2005’, *Case note, Rev. Arb.*, no. 4, 2006, p. 1011–1031.

MICHAEL HWANG and KENNETH J. H. TAN, ‘PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v. CRW Joint Operation [2015] SGCA 30, Supreme Court of Singapore, Court of Appeal, Civil Appeals Nos 148 and 149 of 2013; Summonses Nos 5277 and 5985 of 2014, 27 May 2015’, *Kluwer Law International*.

NAEL G. BUNNI, ‘Chapter 6: Between a Hammer and an Anvil, in Domitille Baizeau and Bernd Ehle (eds), stories from the Hearing Room: Experience from Arbitral practice’, *Kluwer Law International*, 2015, p. 39–48.

PHILIPPE FOUCHARD, ‘La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine’, *Rev. Arb.*, no. 3, 1997, p. 329–258.

PHILIPPE LÉBOULANGER, ‘Arrêt de l’exécution d’une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave, note sous Paris (CME), 3 avril 2014’, *Rev. Arb.*, no. 1, 2015, p. 113–117.

PHILIPPE LÉBOULANGER, ‘Arrêt de l’exécution d’une sentence arbitrale internationale et risque de lésion grave, note sous Paris (CME), 3 avril 2014’, *Rev. Arb.*, no. 1, 2015, p. 113–117.

PIERRE MAYER, ‘L’autorité de chose jugée des sentences entre les parties’, *Rev. Arb.*, no. 1, 2016, p. 91–205.

PIERRE MAYER, ‘Note - Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 28 novembre 1989; Cour d’appel de Paris (1re Ch. suppl.) 8 mars 1990’, *Rev. Arb.*, no. 3, 1990, p. 675.

SIGVARD JARVIN, ‘Alternative solution to interventions engineer, in Albert Jan van den Berg (ed), Preventing delay and Disruption of Arbitration/ Effective Proceedings in construction cases, ICCA Congress Series’, *Kluwer Law International*, vol. 5, p. 385–412.

VINCENT CHANTEBOUT, ‘Distinction de l’arbitrage et de l’expertise - Proposition d’une reformulation des critères, note sous Cass. civ. 2e, 3 octobre 2013’, *Rev. Arb.*, no. 3, 2014, p. 643–653.

YASEMIN ÇETINEL, ‘Losing Entitlement to Claim and Resort to Dispute Resolution in

Construction: Time Bar Provisions and the Turkish Approach’.

- ‘SARL Farmex Technologies v. République d’Arménie, Foreign financing projects Management Centre of Ministry of finance (FFPMC), Court of Appeal of Paris, 3 avril 2014’, *Rev. Arb.*, no. 1, 2015, p. 110–113.
- ‘M. Didier Monnot v. Société Axa France Vie, Court of cassation of France, Second civil law chamber, Arrêt No1496-F-D, pourvoi No12-25.244, 3 octobre 2013’, *Rev. Arb.*, no. 3, 2014, p. 641–643.
- ‘Soc. Societa Edile Costruzioni e Lavori spa (SECOL) v. Soc. Companania Nationala de Autotrazi si Drumuri Nationale Din Romania, Court of Appeal of Paris, 26 juin 2012’, *Rev. Arb.*, no. 3, 2012, p. 679–680.
- ‘General Motors France v. société Champs de Mars automobile (CMA), Cour de cassation (1re Ch. civ.), not indicated, 15 decembre 2010’, *Rev. Arb.*, no. 2, 2011, p. 435–436.
- ‘Contractors (France) v Client (country X), Final award ICC, Case No 7722, 1999, in Albert Jan van den Berg (ed), Year Book Commercial Arbitration, volume 32’, *Kluwer Law International*, 2007, p. 13–41.
- ‘Ministère de l’Agriculture d’Irak v. société Hochtief, Cour d’appel de Paris (1Ch. C), 1 decembre 1995’, *Rev. Arb.*, no. 3, 1996, p. 456–460.
- ‘KFTCIC v. Icori Estero, Cour d’appel de Paris (1 Ch. suppl.) 28 juin 1991’, *Rev. Arb.*, no. 4, 1992, p. 568–571.
- ‘Débat sur l’équité’, *ASA Bulletin*, vol. 9, no. 3, 1991, p. 123–141.
- ‘French contractor v Ministry of Irrigation of African country X, Second interim award, ICC case No. 5277, 1987’, in *Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration 1988-Volume XIII*, 1988, p. 80–90.
- ‘French contractor v Egyptian employer, Interim award, ICC case No. 5029, 16 july 1986’, *Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration 1987-volume XII*, 1987, p. 113–123.
- ‘French contractor v. libyan employer, partial award, ICC, Case No. 3790, 20 january 1983’, in *Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook commercial arbitration 1986-Volume XI*, 1986, p. 119–126.
- ‘Société Creighton Limited v. Société construction entreprise compagnie et autre, Cour d’appel de Caen (1e Ch.) 13 january 2004’, *Rev. Arb.*, p. 443.

## 9. Les articles et écrits sur le site web de la FIDIC

ADWARD CORBETT, ‘FIDIC contracts update’.

- ANWAR M. OMAR, 'Delay claims management in construction'.
- BERNADO M. CREMADES, 'Multi-tiered dispute resolution clauses'.
- CHRISTOPHE WADE, 'An overview of FIDIC contracts'.
- CHRISTOPHE WADE, 'Claims of the employer', *International construction contracts and dispute resolution ICC-FIDIC conférence Cairo 2005*.
- CHRISTOPHE WADE, 'The FIDIC contracts guide'.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'An engineer's/Dispute Adjudication Board's is enforceable by an arbitral award'.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'Contractor's claim under the FIDIC contract for majeur works', *Const. L. J. 2005*.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'FIDIC conditions of contract and the Dispute Adjudication Board'.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'International construction contract disputes: Commentary on ICC award dealing the FIDIC international conditions of contract'.
- CHRISTOPHER R. SEPPALA, 'The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board (1997)'.
- DAVID BATESON, 'FIDIC-New 1999 edition of Re Book impartiality of the engineer'.
- DONALD CHARRETT, 'Dispute Boards and construction contracts'.
- DONALD CHARRETT, 'Special topic adjudication and dispute boards: the nexte wave in ADR?'
- FREDERIC GILLION, 'United Kingdom: Use and misuse of FIDIC forms of contract in Central and Easten Europe: The worring trend of Silver Book provisions in Public works contracts'.
- GEOFFREY HAWKER, 'Formal Adjudication'.
- GORDON L JAYNES, 'The role fof the DAB'.
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'Comment traduire et comprendre les conditions FIDIC?'
- GOTZ-SEBASTIAN HOK, 'FIDIC/MDB approach in respect of Dispue Adjudication Boards'.
- GWEN OWEN, 'Introduction to FIDIC Dispute Adjudication Board provisions- Conditions of contract for construction FIDIC 1999'.
- GWYN OWEN, 'FIDIC contract for construction works and dispute resolution mechanisms in project administration'.

GWYN OWEN, 'The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) under New FIDIC 1999 (New Red Book)'.

HELMUT KONTGES, *International Dispute Adjudication-Contractor's experience*, Site Web FIDIC, n.d.

JEREMY GLOVER, 'The FIDIC: An over view. The last developments, comparisons, claim and force majeure'.

JUDGE HUMPHREY LLOYD QC, 'ICC report in construction industry arbitrations'.

KEITH ELLIOT, 'Do we have a dispute?'

MICHAEL MORTIMER-HAWKINS, 'Periodical meetings of the DAB'.

MICHAEL EVAN JAFFE; RONAN J. MCHUGH, 'International construction disputes in today's economy'.

MIROSLAW J. SKIBNIEWSKI; A. J. CLARK CHAIR, 'Introduction to FIDIC conditions of contract'.

MUNTER M. SAKET, 'The role of the engineer in FIDIC 99 Red Book: Could it be performed by a supervision consultant & construction manager', December 2010.

NAEL G. BUNNI, 'Restraints on the Execution of works'.

NAEL G. BUNNI, 'The gap in sub-clause 20.7 of the 1999 FIDIC contracts for major works'.

NICHOLAS GOULD, 'Making claims for time and money', [www.fenwickelliot.co.uk](http://www.fenwickelliot.co.uk).

PAUL PATTRICK; PHIL DUGGAN, 'The rainbow suite. The 1999 FIDIC suite'.

PETER H. J. CHAPMAN, 'Dispute Board'.

PETER L. BOOEN; GORDON L. JANYES, 'The FIDIC's 1999 forms of contracts-FIDIC's assessment panel for Adjudicators'.

PHILIP JELKINSON, 'An overview of the FIDIC forms of contract and contracts committee activities'.

PIERRE M. GENTON, 'The DRB/DAB: An attractive procedure if one takes certain precautions'.

REECE J. ALLEN, 'Internationalisation of the Australian construction market: Case for using FIDIC contracts'.

SALVADOR P. CASTRO, 'Case studies of using FIDIC in Southeast Asia "cultural sensitivities"'.

TOBY SHNOOKNAL; DONALD CHARRETT, 'Standard form contracting; The role for FIDIC contracts domestically and internationally'.

'FIDIC objectives', *FIDIC*, 2013 1913.

'2012-2013 annual report', *FIDIC*.

'2013-2014 annual report', *FIDIC*.

'2014-2015 annual report', *FIDIC*.

'Construction claims monthly'.

'FIDIC code of ethics'.

'ICC International Court of Arbitration Bulletin - vol 19/No2-2008'.

'ICC International Court of Arbitration Bulletin-Vol 23/Number 2-2012'.

'ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol 24, number 2-2013'.

## 10. Les autres sources

JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, 'Du droit sans imposture', *Panthéon-Assas*, vol. No6, Décembre 2017, p. 66-75 ;

Les actes du débat national, le 10 et 11 janvier 2014, Maison de l'Unesco, sur le site web : [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_actes.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_actes.pdf)

## V. Les arrêts

### 1. Des juridictions françaises

Cass. Req., 31 mars 1862 : DP 1862, 1, P. 242.

Cass. Ch. comm. No 60-134, 9 mars 1965 ;

Cass., 1<sup>è</sup> civ., No. Publication : 348, le 28 novembre 1967 ;

Cass. 1<sup>è</sup> civ., No. 6414315, le 19 février 1968 ;

Cass., 3<sup>è</sup>re civ, No. 80-12094, le 12 janvier 1982 ;

Cass., 2<sup>è</sup>re civ., No. 83-16852, le 19 avril 1985 ;

Cass., 3<sup>è</sup>re civ., No. 86-12061, le 16 juillet 1987 ;

Cass. 2<sup>è</sup> civ., No : 88-16831, le 28 février 1990 ;

Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., No 91-16828, le 20 décembre 1993 ;

Cass. 3<sup>e</sup> civ., No. 99-21017 99-21284, le 27 juin 2001 ;  
Cass., 3<sup>e</sup>ème civ., No. 01-10331, le 16 octobre 2002 ;  
Cass. Ch. mixte, No. 00-1942300-19424, le 14 février 2003 ;  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., No. 04-10970, le 13 mars 2007 ;  
Cass. 3<sup>e</sup>ème civ., No. 06-16404, le 9 octobre 2007 ;  
Cass. 3<sup>e</sup>ème civ., No. 99-21017 99-21284, le 27 juin 2001  
Cass., 3<sup>e</sup>ème civ., No. 10-30721, le 28 avril 2011 ;  
Cass., Ch. comm., No. 11-23864, le 23 octobre 2012 ;  
Cass. 1<sup>er</sup> civ., No 11-25891 , le 7 novembre 2012 ;  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., No. 10-17016, le 12 février 2014 ;  
Cass., Ch. comm., No. 12-27004, le 29 avril 2014 ;  
Cass., 1<sup>ère</sup> civ., No. 13-19720, le 1 octobre 2014 ;  
Cass. Ch. comm., No. 13-10494, le 4 novembre 2014 ;  
Cass., 3<sup>e</sup>ème civ., No. 15-21645, le 10 novembre 2016 ;  
Cass., 2<sup>e</sup>ème civ., No-16-20376 , le 21 septembre 2017 ;  
CE., No. 70796, le 16 avril 1969 ;  
CE., No 47523, 47524 et 47525, le 3 décembre 1986;  
CE., No 156653, le 7 octobre 1998;  
CE., No. 264490, le 6 avril 2007 ;  
CA de Paris, 1<sup>e</sup> ch. Suppl., le 28 juin 1991, Rev. Arb. 1992, Issue 4, p. 569;  
CA Paris, 1 décembre 1995, *Ministère de l'Agriculture d'Irak v. Société Hochtief*,  
Rev. Arb, Vol. 1996, Issus 3 ;  
CA de Paris, 1<sup>ère</sup> ch., No. 94/16731, le 13 juin 1996 ;  
CA de Paris, le 28 novembre 1996, Rev. Arb. 1997, p. 390-394, Note É. Loquin ;  
CA de Reims, 10 janvier. 2001: Deltour c. A.D.S. Auto distribution, in Gaz. Pal., du  
13 juin 2002, N°164, p. 6 ;  
CA de Caen, 1<sup>e</sup> Ch., le 13 janvier 2004, obs. de Charles Jarrosson, Rev. Arb., Vol.  
2005, Issus.4, p. 1065-1067 ;  
CA de Paris, No 09/28533, le 17 février 2011;  
CA de Paris., Pôle o1 CH. 01, No 10/18442, le 26 juin 2012 ;  
CA Paris, Pôle 1, le 17 décembre 2013, No12/07231.



## 2. Des juridictions anglaises

*Oxford Architects Partnership v Cheltenham Ladies College* [2006] EWHC 3156 (TCC);

*Battley v Faulkner (1820)* 106 ER 668 (KBD);

*Amec Civil Engineering Ltd v. Secretary of State for Transport*, [2005] EWCA Civ 291;

*Connex South Eastern Ltd v. M J Buiding Services Group Plc*, [2005] EWCA Civ;

*Costain Building & Civil Engineering Ltd v Scottish Rugby Union Plc* 1993 S. C. 650;

*Al-Waddan Hotel Ltd v Man Enterprise SAL (Offshore)* [2014] EWHC 4796 (TCC);

*Hailki Shipping Corporation v. Sopex Oil Ltd* [1997] EWCA Civ 3026 (19/12/1997);

*Harbour & General Works Ltd v Environment Agency* [2000] 1 W.L.R. 950;

*All In One Building & Refurbishments Limited v. Makers UK Limited*, [2005] EWHC 2943 (TCC);

*Barnard and Others v. National Dock Labour Board and others*, [1953] 2. Q.B. 18;

*AMEC Group Ltd v Thames Water Utilities Ltd* [2010] EWHC 419;

*Perry v. Stopher*, [1959]1 W.L.R 415;

*Peterborough City Council v. Enterprise Managed Service Ltd* [2014] 2 C. L. C. 684;

*Cantillon Limited v. Urvasco Limited* [2008] EWHC 282 (TCC);

*Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Pakistan* [2010] UKSC 46;

*Smith v. Martin* [1925] 1 K. B. 745

*Hussmann (Europe) Limited v. Ahmed Pharaon (Formerly Trading as Al Ameen Development and Trade Establishment)* [2003] EWCA Civ 266;

*Republic of Kazakhstan v. Istil Group Ltd (No2)* [2007] EWCA Civ 471;

*Henry Boot Construction (UK) Limited v. Malmaison Hotel Limited* (2001) 3 T. C. L. R. 7;

*The Channel Tunnel Group LTD. And France Manche S. A. v. Balfour beatty Construction Ltd & Ors* 1992 WL 893866;

*Robinson v. Burnaby (Municipality)* 31 W.L.R 419;

*Jim Ennis Construction limited v. Premier Asphalt Limited* [2009] EWHC 1906 (TCC);

*Symbion Power LLC v. Venco Imtiaz Construction company* [2017] EWHC 348 (TCC);

*Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA & Ors* [2005] HLUK 43;

*Tang & Anor v. Grant Thornton International Ltd & Ors* [2012] EWHC 3198 (Ch);

*Pacific Associates Inc. and R.B. Construction Limited v. Ronald Stafford Baxter & Ors* 1989 WL 649820.

### **3. Des juridictions vietnamiennes**

La décision No 625/2012/QDDST-KDTM du 14 mai 2012 du Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville ;

La décision No 01/2016/QĐ-PQPT du 15 mars 2016 du Tribunal populaire d'Ha Noi ;

La décision No 795/2017 du 27 juin 2017 du Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville ;

La décision No 10/2014/QĐ-PQTT du 28 novembre 2014 du Tribunal du populaire d'Ha Noi ;

La décision No 130/2009/KDTM-QĐPT du 14 septembre 2009 de la Chambre d'appel de la Cour suprême ;

La décision No10/2014/QĐ-PQTT du 28 novembre 2014 du Tribunal populaire d'Ha Noi ;

La décision No 979/2016/QĐ-PQTT du 21 septembre 2016 du Tribunal populaire d'Ho Chi Minh ville ;

## **Annexes**

---

### **ANNEXE 1 : LES STIPULATIONS DU LIVRE ROUGE 1987**

#### **PART I - GENERAL CONDITIONS**

##### **Definition and interpretation**

**Definition 1.1** (iv) "Engineer" means the person appointed by the Employer to act as Engineer for the purposes of the contract and named as such in Part II of these Conditions

##### **Engineer and Engineer's Representative**

###### **Engineer's Disputes and Authority 2.1**

- a. The engineer shall carry out the duties specified in the Contract.
- b. The Engineer may exercise the authority specified in or necessarily to be implied from the contract, provided, however, that if the Engineer is required, under, the terms of his appointment by the Employer, to obtain the specific approval of the Employer before exercising any such authority, particulars of such requirements shall be set out in the Part II of these Conditions. Provided further that any requisite approval shall be deemed to have been given by the Employer for any such authority exercised by the Engineer.
- c. Except as expressly stated in the Contract, the Engineer shall have no authority to relieve the Contractor of any of his obligations under the Contract.

###### **Engineer's Representative 2.2**

The Engineer's Representative shall be appointed by and responsible to the Engineer and shall carry out such duties and exercise such authority as may be delegated to him by the Engineer under Sub-clause 2.3

###### **Engineer's authority to delegate 2.3**

The Engineer may from time to time delegate to the Engineer's Representative any of the duties and authorities vested in the Engineer and he may at any time revoke such delegation. Any such delegation or revocation shall be in writing and shall not take effect until a copy thereof has been delivered to the Employer and the Contractor. Any communication given by the Engineer's Representative to the Contractor in accordance with such delegation shall have the same effect as though it had been given by the Engineer. Provided that:

- a. any failure of the Engineer's Representative to disapprove any work, materials or Plant shall not prejudice the authority of the Engineer to disapprove such work, materials or Plant and to give instructions for the rectification thereof; and
- b. if the Contractor questions any communications of the Engineer's Representative he may refer the matter to the Engineer who shall confirm, reverse or vary the contents of such communication

### **Engineer to act impartially 2.6**

Wherever, under the contract, the Engineer is required to exercise his discretion by:

- a. giving his decision, opinion or consent,
- b. expressing his satisfaction or approval,
- c. determining value, or
- d. otherwise taking action which may affect the rights and obligations of the Employer or the Contractor

he shall exercise such discretion impartially within the terms of the Contract and having regard to all the circumstance. Any such decision, opinion, consent, expression of satisfaction, or approval, determination of value or action may be opened up, reviewed or revised as provided in Clause 67.

## **Defects liability**

### **Defects liability period 49.1**

In these conditions the expression "Defects liability period" shall mean the defects liability period named in the Appendix to Tender, calculated from:

- a. the date of completion of the Works certified by the engineer in accordance with clause 48, or
  - b. in the event of more than one certificate having been issued by the Engineer under Clause 48, the respective dates so certified,
- and in relation to the Defects Liability Period the expression "the Works" shall be construed accordingly.

### **Completion of outstanding work and remedying defects 49.2**

To the intent that the Works shall, as or as soon as practicable after the expiration of the Defects Liability Period, be delivered to the Employer in the condition required by the Contract, fair wear and tear excepted, to the satisfaction of the Engineer, the Contractor shall:

- a. complete the work, if any, outstanding on the date stated in the Taking-Over Certificate as soon as practicable after such date, and
- b. execute all such work of amendment, reconstruction, and remedying defects, shrinkages or other faults as the Engineer may, during the Defects Liability Period or within 14 days after its expiration, as a result of an inspection made by or on behalf of the Engineer prior to its expiration, instruct the Contractor to execute

### **Cost of Remedying Defects 49.3**

All work referred to in Sub-Clause 49.2(b) shall be executed by the Contractor at his own cost if the necessity thereof is, in the opinion of the Engineer, due to:

- a. the use of materials, Plant or workmanship not in accordance with the Contract,
- b. where the Contractor is responsible for the design of part of the Permanent Work, any fault in such design, or
- c. the neglect or failure on the part of the Contractor to comply with any obligation, expressed or implied, on the Contractor's part under the Contract.

If, in the opinion of the Engineer, such necessity is due to any other any other cause, he shall determine an addition to the Contract Price in accordance with

Clause 52 and shall notify the Contractor accordingly, with a copy to the Employer

#### **Contractor's failure to carry out instructions 49.4**

In case of default on the part of the Contractor in carrying out such instruction within a reasonable time, the Employer shall be entitled to employ and pay other persons to carry out the same and if such work is work which, in the opinion of the Engineer, the Contractor was liable to do at his own cost under the Contract, then all costs consequent thereon or incidental thereto shall, after due consultation with the Employer and the Contractor, be determined by the Engineer and shall be recoverable from the Contractor by the Employer, and may be deducted by the Employer from any monies due or to become due to the Contractor and the Engineer shall notify the Contractor accordingly, with a copy to the Employer

#### **Contractor to research 50.1**

If any defect, shrinkage or other fault in the Works appears at any time prior to the end of the Defects Liability Period, the Engineer may instruct the Contractor, with copy to the Employer, to search under the directions of the Engineer for the cause thereof. Unless such defect, shrinkage or other fault is one for which the Contractor is liable under the Contract, the Engineer shall, after due consultation with the Employer and the Contractor, determine the amount in respect of the costs of such search incurred by the Contractor, which shall be added to the Contract Price and shall notify the Contractor accordingly, with a copy to the Employer. If such defect, shrinkage or other fault is one for which the Contractor is liable, the cost of the work carried out in searching as aforesaid shall be borne by the Contractor and he shall in such case remedy such defect, shrinkage or other fault at his own cost in accordance with the provisions of Clause 49.

## **Procedure for claim**

### **Notice of claims 53.1**

Notwithstanding any other provision of the Contract, if the Contractor intends to claim any additional payment pursuant to any Clause of these Conditions or otherwise, he shall give notice of his intention to the Engineer, with a copy to the Employer, within 28 days after the event giving rise to the claim has first arisen.

### **Contemporary records 53.2**

Upon the happening of the event referred to in Sub-Clause 53.1, the Contractor shall keep such contemporary records as may reasonably be necessary to support any claim he may subsequently wish to make. Without necessarily admitting the Employer's liability, the Engineer shall, on receipt of a notice under the Sub-Clause 53.1, inspect such contemporary records and may instruct the Contractor to keep any further contemporary records are reasonable and may be material to the claim of which notice has been given. The Contractor shall permit to the Engineer to inspect all records kept pursuant to this Sub-Clause and shall supply him with copy thereof as and when the Engineer so instructs.

### **Substantiation of claims 53.3**

Within 28 days, or such other reasonable time as may be agreed by the Engineer, of giving notice under Sub-Clause 53.1, the Contractor shall send to the Engineer an account giving detailed particulars of the amount claimed and the grounds upon which the claim is based. Where the event giving rise to claim has a continuing effect, such account shall be considered to be an interim account and the Contractor shall, at such intervals as the Engineer may reasonably require, send further interim accounts giving the accumulated amount of the claim and any further grounds upon which it is based. In cases where interim accounts are sent to the Engineer, the Contractor shall send a final account within 28 days of the end of the effects resulting from the event. The Contractor shall, if required by the Engineer so to do, copy to the Employer all accounts sent to the Engineer pursuant to this Sub-Clause.

### **Failure to comply 53.4**

If the Contractor fails to comply with any of the provisions of this Clause in respect of any claim which he seeks to make, his entitlement to payment in respect thereof shall not exceed such amount as the Engineer or any arbitrator or arbitrators appointed pursuant to Sub-Clause 67.3 assessing the claim considers to be verified by contemporary records (whether or not such records were brought to the Engineer's notice as required under Sub-Clause 53.2 and 53.3).

### **Payment of claims 53.5**

The Contractor shall be entitled to have included in any interim payment certified by the Engineer pursuant to Clause 60 such amount in respect of any claim as the Engineer, after due consultation with the Employer and the Contractor, may consider due to the Contractor provided that the Contractor has supplied sufficient particulars to enable the Engineer to determine the amount due. If such particulars are insufficient to substantiate the whole of the claim, the Contractor shall be entitled to payment in respect of such part of the claim, the Contractor shall be entitled to payment in respect of such part of the claim as such particulars may substantiate to the satisfaction of the Engineer. The Engineer shall notify the Contractor of any determination made under this Sub-Clause, with a copy to the Employer.

## **Settlement of Disputes**

### **Engineer's Decision 67.1**

If a dispute of any kind whatsoever arises between the Employer and the Contractor in connection with, or arising out of, the Contractor or the execution of the Works, whether during the execution of the Works or after their completion and whether before or after repudiation or other termination of the Contract, including any dispute as to any opinion, instruction, determination, certificate or valuation of the Engineer, the matter in dispute shall, in the first place, be referred in writing to the Engineer, with a copy to the other party. Such reference shall state that it is made pursuant to this Clause. No later than the eighty-fourth day after the day on which he received



such reference the Engineer shall give notice of his decision to the Employer and the Contractor. Such decision shall state that it is made pursuant to this Clause.

Unless the Contract has already been repudiated or terminated, the Contractor shall, in every case, continue to proceed with the Works with all due diligence and the Contractor and the Employer shall give effect forthwith to every such decision of the Engineer unless and until the same shall be revised, as hereinafter provided, in an amicable settlement or an arbitral award.

If either the Employer or the Contractor be dissatisfied with any decision of the Engineer, or if the Engineer fails to give notice of his decision on or before the Eighty-fourth day after the day on which he received the reference, then either the Employer or the Contractor may, on or before the seventieth day after the day on which he received notice of such decision, or on or before the seventieth day after the day on which he received notice of such decision, or on or before the seventieth day after the day on which the said period of 84 days expired, as the case may be, give notice to the other party, with a copy for information to the Engineer, of his intention to commence arbitration, as hereinafter provided, as to the matter in dispute. Such notice shall establish the entitlement of the party giving the same to commence arbitration, as hereinafter provided, as to such dispute and, subject to Sub-Clause 67.4, no arbitration in respect thereof may be commenced unless such notice is given.

If the Engineer has given notice of his decision as to a matter in dispute to the Employer and the Contractor and no notice of intention to commence arbitration as to such dispute has been given by either the Employer or the Contractor on or before the seventieth day after the day on which the parties received notice as to such decision from the Engineer, the said decision shall become final and binding upon the Employer and the Contractor.

#### **Amicable settlement 67.2**

Where notice of intention to commence arbitration as to a dispute has been given in accordance with Sub-Clause 67.1, the parties shall attempt to settle such dispute amicably before the commencement of arbitration. Provided that, unless the parties otherwise agree, arbitration may be commenced on or after

the fifty-sixth day after the day on which notice of intention to commence arbitration of such dispute was given, even if no attempt at amicable settlement thereof has been made.

### **Arbitration 67.3**

Any dispute in respect of which:

- a. the decision, if any, of the Engineer has not become final and binding pursuant to Sub-Clause 67.1, and
- b. amicable settlement has not been reached within the period stated in Sub-Clause 67.2

shall be finally settled, unless otherwise specified in the Contract, under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed under such Rules. The said arbitrator/s shall have full power to open up, review and revise any decision, opinion, instruction, determination, certificate or valuation of the Engineer related to the dispute.

Neither party shall be limited in the proceedings before such arbitrator/s to the evidence or arguments put before the Engineer for the purpose of obtaining his said decision pursuant to Sub-Clause 67.1. No such decision shall disqualify the Engineer from being called as a witness and giving evidence before the arbitrator/s on any matter whatsoever relevant to the dispute.

Arbitration may be commenced prior to or after completion of the Works, provided that the obligations of the Employer, the Engineer and the Contractor shall not be altered by reason of the arbitration being conducted during the progress of the Works.

### **Failure to comply with Engineer's decision 67.4**

Where neither the Employer nor the Contractor has given notice of intention to commence arbitration of a dispute within the period stated in Sub-Clause 67.1 and the related decision has become final and binding, either party may, if the other party fails to comply with such decision, and without prejudice to any other rights it may have, refer the failure to arbitration in accordance with Sub-Clause 67.3. The provisions of Sub-Clauses 67.1 and 67.2 shall not apply to any such reference.

## ANNEXE 2: LES DISPOSITIONS DU LIVRE ROUGE 1999

### Général conditions

#### Général provisions

##### 1.1 Définition

##### 1.1.2 Parties and persons

**1.1.2.4 Engineer** means the person appointed by the Employer to act as the Engineer for the purpose of the contract and named in the Appendix to Tender, or other person appointed from time to time by the Employer and notified to contractor under sub-clause 3.4 [Replacement of Engineer]

### The Engineer

#### 3.1 Engineer's duties and authority

The employer shall appoint the Engineer who shall carry out the duties assigned to him in the contract. The Engineer's staff shall include suitably qualified engineers and other professionals who are competent to carry out these duties.

Engineer shall have no authority to amend the Contract.

The Engineer may exercise the authority attributable to the Engineer as specified in or necessarily to be implied from the contract. If the Engineer is required to obtain the approval of the Employer before exercising a specified authority, the requirements shall be as stated in the Particular Conditions. The Employer undertakes not to impose further constraints on the Engineer's authority, except as agreed with the Contractor.

However, whenever the Engineer exercises a specified authority for which the Employer's approval is required, then (for the purpose of the Contract) the Employer shall be deemed to have given approval.

Except otherwise stated in these Conditions:

- a. Whenever carrying out duties or exercising authority, specified in or implied by the Contract, the Engineer shall be deemed to act for the Employer;
- b. The Engineer has no authority to relieve either party of any duties, obligations or responsibilities under the Contract; and
- c. any approval, check, certificate, consent examination, inspection, instruction, notice, provosal, request, test, or similar act by the Engineer (including absence of disapproval) shall not relieve the Contractor from any responsibility he has under the contract, including responsibility for errors, omissions, discrepancies and non-compliances.

### **3.2 Delegation by the Engineer**

The engineer may from time to time assign duties and delegate authority to assistants, and may also revoke such assignement or delegation. These assistants may include a resident engineer, and/or independent inspectors appointed to inspect and/or test items of Plant and/or Materials. The assignment, delagation or revocation shall be in writing and shall not take effect until copies have been received by both parties. However, unless otherwise agreed by both parties, the Engineer shall not delegate the authority to determine any matter in accordance with sub-clause 3.5 [Determinations].

Assistants shall be suitably qualified persons, who are competent to carry out these duties and exercise this authority and who are fluent in the language for communications defined in Sub-Clause 1.4 [Law and language].

Each assistant, to whom duties have been assigned or authority has been delegated, shall only be autohorised to issue instruction to the Contractor to the extent definied by the delegation. Any approval, check, certificate, consent, examine, inspection, instruction, notice, provosal, resquest, test, or

similar act by an assistant, in accordance with the delegation, shall have the same effect as though the act has been an act of the Engineer. However:

- a. any failure to disapprove any work, Plant or Materials shall not constitute approval, and shall therefore not prejudice the right of the Engineer to reject the work, Plant and Materials;
- b. if the Contractor's question any determination or instruction of an assistant, the Contractor may refer the matter to the Engineer. Who shall promptly confirm, reserve or vary the determination or instruction.

### **3.3 Instruction of the Engineer**

The Engineer may issue to the Contractor (at any time) instructions and additional or modified Drawings which may be necessary of the execution of the Works and remedying of any defects, all in accordance with the Contract. The Contractor shall only take instructions from the Engineer, or from an assistant to whom the appropriate authority has been delegated under this Clause. If an instruction constitutes a Variation, Clause 13 [Variations and Adjustments] shall apply.

The Contractor shall comply with the instruction given by the Engineer or delegated assistant, on any matter related to the Contract. Whenever practicable, their instructions shall be given in writing, if the Engineer or a delegated assistant:

- a. given an oral instruction,
- b. receive a written confirmation of the instruction, from (or on behalf of) the Contractor, within two working days after giving instruction, and
- c. does not reply by issuing a written rejection and/or instruction within two working days after receiving the confirmation

then the confirmation shall constitute the written instruction of the Engineer or delegated assistant (as the case may be)

### **3.4 Replacement of the Engineer**

If the Employer intends to replace the Engineer, the Employer shall not less than 42 days before the intended date of replacement, give notice to the Contractor of the name, address and relevant experience of the intended replacement Engineer. The Employer shall not replace the Engineer with a person against whom the Contractor raises reasonable objection by notice to the Employer, with supporting particulars.

### **3.5. Determinations**

Whenever these Conditions provide that the Engineer shall proceed in accordance with this Sub-Clause 3.5 to agree or determine any matter, the Engineer shall consult with each Party in an endeavour to reach agreement. If agreement is not achieved, the Engineer shall make a fair determination in accordance with the contract, taking due regard of all relevant circumstances.

The Engineer shall give notice to both Parties of each agreement or determination, with supporting particulars. Each Party shall give effect to each agreement or determination unless and until revised under Clause 20 [Claims, Disputes and Arbitration]

## **Claims, Disputes and Arbitration**

### **20.1 Contractor's claims**

If the Contractor consider himself to be entitled to any extension of the Time for Completion and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Contractor shall give notice to the Engineer, describing the event or circumstance giving rise to the claim. The notice shall be given as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor become aware, or should have become aware, of the event or circumstance.

If the Contractor fails to give the notice of the claim within such period of 28 days, the Time for completion shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. Otherwise, the following provisions of this Sub-Clause shall apply.

The Contractor shall also submit any other notices which are required by the Contract, and supporting particulars for the claim, all as relevant to such event or circumstance.

The Contractor shall keep such contemporary records as may be necessary to substantiate any claim, either on the Site or at another location acceptable to the Engineer. Without admitting the Employer's liability, the Employer may, after receiving any notice under this Sub-Clause, monitor the record-keeping and/or instruct the Contractor to keep the further contemporary records. The Contractor shall permit the Engineer to inspect all these records, and shall (if instructed) submit copies to the Engineer.

Within 42 days after the Contractor become aware (or should have become aware) of the event or circumstance giving rise to the claim, or within such other period as may be proposed by the Contractor and approved by the Engineer, the Contractor shall send to the Engineer a fully detailed claim which includes full supporting particulars of the basis of the claim and of the extension of the time and/or additional payment claimed. If the event or circumstance giving rise to the claim has a continuing effect:

- a. this fully detailed claim shall be considered as interim;
- b. the Contractor shall send further interim claims at monthly intervals, giving the accumulated delay and/or amount claimed, and such further particulars as the Engineer may reasonably require; and
- c. the Contractor shall send a final claim within 28 days after the end of the effects resulting from the event or circumstance, or within such

orther period as may be proposed by the Contractor and approved by the Engineer.

Within 42 days after receiving a claim or any further particulars supporting a previous claim, or within such other period as may be proposed by the Engineer and approved by the Contractor, the Engineer shall respond with approval, or with disapproval and detailed comments. He may also request any necessary futher particulars, but shall nevertheless give his reponse on the principles of the claim within such time.

Each payment certificate shall include such amounts for any claim as have been reasonably substantiated as due under the relevant provision of the Contract. Unless and until the particulars supplied are sufficient to substantiate the whole of the claim as he has been able to substantiate.

The Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or dertemine (i) extension (if any) of the time for Completion (before or after its expiry) in accordance with Sub-Clause 8.4 [Extension of time for completion] and/or (ii) the additional payment (if any) to which the Contractor is entitled under the Contract.

The requirements of this Sub-Clause are in addition to those of any other Sub-Clause which may apply to a claim. If the Contractor fail to comply with this or another Sub-Clause in relation to any claim, any extension of time and/or additional payment shall take account of the extent (if any) to which the failure has prevented or prejudiced proper investigation of claim, unless the claim is excluded under the second paragraphe of this Sub-Clause.

## **20.2 Appointment of Dispute Adjudication Board**

Disputes shall be adjudicated by a DAB in accordance with Sub-Clause 20.4 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*]. The parties shall jointly appoint a DAB by the date stated in Appendix to Tender.



The DAB shall comprise, as stated in Appendix to Tender, either one or three suitably qualified persons ("the members"). If the number is not stated and the Parties do not agree otherwise, the DAB shall comprise three persons.

If the DAB is to comprise three persons, each Party shall nominate one member for the approval of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree upon the third member, who shall be appointed to act as chairman.

However, if a list of potential members is included in the Contract, the member shall be selected from those on the list, other than any one who is unable or unwilling to accept appointment to the DAB.

The agreement between the Parties and either the sole member ("adjudicator") or each of three members shall incorporate by reference the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contained in Appendix to these General Conditions, with such amendments as are agreed between them.

The terms of the remuneration of either the sole member or each of the three members, including the remuneration of any expert whom the DAB consults, shall be mutually agreed upon by the Parties when agreeing the terms of appointment. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration.

If any time the Parties so agree, they may jointly refer a matter to the DAB for it to give its opinion. Neither Party shall consult the DAB on any matter without the agreement of the other Party.

If at any time the Parties so agree, they may appoint a suitably qualified person or persons to replace (or to be available to replace) any one or more members of the DAB. Unless the Parties agree otherwise, the appointment will come into

effect if a member declines to act or is unable to act as a result of death, disability, resignation or termination of appointment.

If any of those circumstances occurs and no such replacement available, a replacement shall be appointed in the same manner as the replaced person was required to have been nominated or agreed upon, as discribed in this Sub-Clause.

The appointment of any member may be determined by mutual agreement of both Parties, but not by the Employer or the Contractor acting alone. Unless otherwise agreed by both Parties, the appointment of the DBA (including each member) shall expire when the discharge referred to in Sub-Clause 14.12 [Discharge] shall have become effective.

### **20.3 Failure to agree Dispute Adjudication Board.**

If any of the following conditions apply, namely:

- a. The parties fail to agree upon the appointment of the sole member of the DAB by the date stated in the first paragraphe of Sub-Clause 20.2.
- b. either Parties fails to nominate a member (for approval by the other Party) of a DAB of three persons by such date.
- c. the Parties fail to agree upon the appointment of the third member (to act as chairman) of the DAB by that date, or
- d. the Parties fail to agree upon the appointment of a replacement person within 42 days after the date on which the sole member or one of three members declines to act or is unable to act as result of death, disability, resignation or termination of appointment.

then the appointing entity or official named in Appendix to Tender shall, upon the request of either or both of the Parties and after due consultation with both Parties, appoint this member of DAB. The appointment shall be final and conclusive. Each Party shall be responsible for paying one-half of the remuneration of the appointing entity or official.

## 20.4 Obtaining Dispute Adjudication Board's decision

If a dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contractor or the execution of the Works, including any dispute as to any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer, either Party may refer the dispute in writing to the DAB for its decision, with copies to the other Party and the Engineer. Such reference shall state that it is given under this Sub-Clause.

For a DAB of three persons, the DAB shall be deemed to have received such reference on the date when it is received by the chairman of the DAB.

Both Parties shall promptly make available to the DAB all such additional information, further access to the Site, and appropriate facilities, as the DAB may require for the purpose of making a decision on such dispute. The DAB shall be deemed to be not acting as arbitrator(s).

Within 84 days after receiving such reference, or within such other period as may be proposed by the DAB and approved by both Parties, the DAB shall give its decision which shall be reasoned and shall state that it is given under this Sub-Clause. The decision shall be binding on both Parties, who shall promptly give effect to it unless and until it shall be revised in an amicable settlement or an arbitral award as described below. Unless the Contract has already been abandoned, repudiated or terminated, the Contractor shall continue to proceed with the Works in accordance with the Contract.

If either Party is dissatisfied with the DAB's decision, then either party may, within 28 days after receiving the decision, give notice to the other Party of its dissatisfaction. Except as stated in Sub-Clause 20.7 [*Failure to comply with Dispute Adjudication Board's decision*] and Sub-Clause 20.8 [*Expiry of Dispute Adjudication Board's appointment*], neither Party shall be entitled to

commence arbitration of a dispute unless a notice of dissatisfaction has been given in accordance with this Sub-Clause.

If the DAB has given its decision as to a matter in dispute to both Parties, and no notice of dissatisfaction have been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon both Parties.

## 20.5 Amicable Settlement

Where notice of dissatisfaction has been given under Sub-Clause 20.4 above, both Parties shall attempt to settle the dispute amicably before commencement of arbitration. However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the fifty-sixth days after the day on which notice of dissatisfaction was given, even if no attempt at amicable settlement has been made.

## 20.6 Arbitration

Unless settled amicably, any dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration. Unless otherwise by both Parties:

- a. the dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce,
- b. the dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules, and
- c. the arbitration shall be conducted in the language for communication defined in Sub-Clause 1.4 [*Law and language*].

The arbitrator(s) shall have full power to open up, review or revise any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Engineer and any decision of DAB, relevant to the dispute. Nothing shall disqualify the

Engineer from being called as a witness and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the dispute.

Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAB to obtain its decision, or to the reasons for dissatisfaction given in its notice of dissatisfaction. Any decision of the DAB shall be admissible in evidence in the arbitration.

Arbitration may be commence prior to or after completion of the Works. The obligations of the Parties, The Engineer and the DAB shall not be altered by reason of any arbitration being conducted during the progress of the Works.

### **20.7 Failure to comply with Dispute Adjudication Board's decision**

In the event that:

- a. neither party has given notice of dissatisfaction within the period stated in Sub-Clause 20.4 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*],
- b. DAB's related decision (if any) has become final and binding, and
- c. a Party fail to comply with this decision

then the other Party may, without prejudice to any other rights it may have, refer the failure itself to arbitration under Sub-Clause 20.6 [*Arbitration*]. Sub-Clause 20.4 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*] and Sub-Clause 20.5 [*Amicable settlement*] shall not apply to this reference.

### **20.8 Expiry of Dispute Adjudication Board's appointment**

If a dispute arises between the Parties in connectin with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAB in place, whether by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise:

- a. Sub-Clause 20.4 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*] and Sub-Clause 20.5 [*Amicable Settlement*] shall not apply, and

- b. the dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.6 [*arbitration*].

## APPENDIX

### General Conditions of Dispute Adjudication Agreement

#### 1. Définitions:

Each "Dispute Adjudication Agreement" is a tripartite agreement by and between:

- a. the "Employer";
- b. the "Contractor"; and
- c. the "Member" who is defined in Dispute Adjudication Agreement as being:
  - (i) the sole member of the DAB (or Adjudicator) and, where it is the case, all references to the "Other Members" do not apply, or
  - (ii) one of three persons who are jointly called the "DAB" (or dispute adjudication board) and where this is case, the other two persons are called the "Other members".

The Employer and the Contractor have entered (or intend to enter) into a contract, which is called the "Contract" and is defined in the Dispute Adjudication Agreement, which incorporates this Appendix. In Dispute Adjudication Agreement, words and expressions which are not otherwise defined shall have the meaning assigned to them in the Contract.

#### 2. The general provisions

Unless otherwise stated in Dispute Adjudication Agreement, it shall take effect on the latest of the following dates:

- a. the Commencement Date defined in the Contract;
- b. when the Employer, the Contractor and the Member have each signed the Dispute Adjudication Agreement, or

- c. when the Employer, the Contractor and each of the Member (if any) have respectively each signed a dispute adjudication agreement.

When the Dispute Adjudication Agreement has taken effect. The Employer and the Contractor shall each give notice to the Member accordingly. If the Member does not receive either notice within six months after entering into the Dispute Adjudication Agreement, it shall be void and ineffective.

This employment of the Member is a personal appointment. At any time, the Member may give not less than 70 days' notice of resignation to the Employer and to the Contractor, and the Dispute Adjudication Agreement shall terminate upon the expiry of the period.

No assignment or subcontracting of Dispute Adjudication Agreement is permitted without the prior written agreement of all the parties to it and of the Other Member (if any).

### **3. Warranties**

The Member warrants and agrees that he/she is and shall be impartial and independent of the Employer, the Contractor and the Engineer. The Member shall promptly disclose, to each of them and to the Other Members (if any), any fact or circumstance which might appear inconsistent with his/her warranty and agreement of impartiality and independence.

When appointing the Member, the Employer and the Contractor relied upon the Member's representations that he/she is:

- a. experience in the work which the Contractor was to carry out under the Contract,
- b. experienced in interpretation of contract documentation, and
- c. fluent in language for communications defined in the Contract.

#### 4. General obligations of the Member

The Member shall:

- a. have no interest financial or otherwise in the Employer, the Contractor or the Engineer, nor any financial interest in the Contract except for payment under Dispute Adjudication Agreement;
- b. not previously have been employed as a consultant or otherwise by the Employer, the Contractor or the Engineer, except in such circumstances as were disclosed in writing to the Employer and the Contractor before they sign the Dispute Adjudication Agreement;
- c. have disclosed in writing the Employer, the Contractor and the Other Members (if any), before entering into the Dispute Adjudication Agreement and to his/her best knowledge and recollection, any professional or personal relationships with any director, effitor or employee of the Employer, the Contractor or the Engineer and any previous involvement in the overall project of which the Contract forms part;
- d. not, for the duration of the Dispute Adjudication Agreement, be employed as a consultant or otherwise by the Employer, the Contractor or the Engineer, except as may be agreed in writing by the Employer, the Contractor and the Other Members (if any);
- e. comply with the annexed procedural rules and with the Sub-Clause 20.4 of the Condition of the Contract;
- f. not give advice to the Employer, the Contractor, the Employer's Personnel or the Contractor's Personnel concerning the conduct of the Contract, other than in accordance with the annexed procedural rules;
- g. not while a member enter into discussion or make any agreement with the Employer, the Contractor or the Engineer regarding employment by any of them, whether as a consultant or otherwise, after ceasing to act under the Dispute Adjudication Agreement;
- h. ensure his/her avaiilability for all site visits and hearing as a necessary;



- i. become conversant with the Contract and with the progress of the Works (and of any other part of the project of which the Contractor forms part) by studying all documents received which shall be maintained in a current working file;
- j. treat details of the Contract and all the DAB's activities and hearing as private and confidential and not publish or disclose them without the prior written consent of the Employer, the Contractor and the Other Members (if any); and
- k. be available to give advice or opinions, on any matter relevant to the Contract when requested by both the Employer and the Contractor, subject to the Agreement of the Other Members (if any),

## **5. General obligations of the Employer and the Contractor**

The Employer, the Contractor, the Employer's Personnel and the Contractor's Personnel shall not request advice from or consultation with the Member regarding the Contract, otherwise than in the normal course of the DAB's activities under the Contract and the Dispute Adjudication Agreement, and except to extent that prior agreement is given by the Employer, the Contractor and the Other Members (if any). The Employer and the Contractor shall be responsible for compliance with this provision, by the Employer's Personnel and the Contractor's personnel respectively.

The Employer and the Contractor undertake to each other and the the Member that the Member shall not, except as otherwise agreed in writing by the Employer, the Contractor, the Member and the Other Members (if any):

- a. be appointed as an arbitrator in any arbitration under the Contract;
- b. be called as a witness to give evidence concerning any dispute before arbitrator(s) appointed for any arbitration under the Contract; or
- c. be liable for any claims for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of the Member's functions, unless the act or omission is shown to have been in bad faith.

The Employer and the Contractor hereby jointly and severally indemnify and hold the Member harmless against and from claims from which he/she is relieved from liability under preceding paragraph.

Whenever the Employer or the Contractor refers a dispute to the DAB under the Sub-Clause 20.4 of the Conditions of the Contract, which will require the Member to make a site visit and attend a hearing, the Employer or the Contractor shall provide appropriate security for a sum equivalent to the reasonable expenses to be incurred by the Member. No account shall be taken of any other payments due or paid to the Member.

## 6. Payment

The Member shall be paid as follows, in the currency named in the Dispute Adjudication Agreement:

- a. a retainer fee per calendar month, which shall be considered as payment in full for:
  - (i) being available on 28 days' notice for all site visits and hearings;
  - (ii) becoming and remaining conversant with all project development and maintaining relevant files;
  - (iii) all office and overhead expenses including secretarial services, photocopying and office supplies incurred in connection with his duties; and
  - (iv) all service performed hereunder except those referred to in subparagraphs (b) and (c) of this clause

The retainer fee shall be paid with effect from the last day of the calendar month in which the Dispute Adjudication Agreement becomes effective; until the last day of the calendar month in which the Taking-Over Certificate is issued for the whole of the Works.

With effect from the first day of the calendar month following the month in which Taking-Over Certificate is issued for the whole of the

Works, the retainer fee shall be reduced by 50%. This reduced fee shall be paid until the first day of the calendar month in which the Member resigns of the Dispute Adjudication Agreement is otherwise terminated.

- b. A daily fee which shall be considered as payment in full for:
  - (i) each day or part of day up to a maximum of two days' travel time in each direction for the journey between the Member's home and the site, or another location of a meeting with the Other Members (if any);
  - (ii) each working day on site visits, hearings or preparing decisions; and
  - (iii) each day spent reading submission in preparation for a hearing.
- c. All reasonable expenses incurred in connection with the Member's duties including the cost of telephone call, courier charges, faxes and telexes, travel expenses, hotel and subsistence costs: a receipt shall be required for each item in excess of five percent of the daily fee referred to in sub-paragraph (b) of this Clause.
- d. Any taxes properly levied in the Country on payment made to the Member (unless a national or permanent resident of the Country) under this Clause 6.

The retainer and daily fees shall be as specified in the Dispute Adjudication Agreement. Unless it specified otherwise, these fees shall remain fixed for the first 24 calendar months, and shall thereafter adjusted by agreement between the Employer, the Contractor and the Member, at each anniversary of the date on which the Dispute Adjudication Agreement became effective.

The Member shall submit invoices for payment of the monthly retainer and air fares quarterly in advance. Invoices for other expenses and for daily fees shall be submitted following the conclusion of a site visit or hearing. All invoices shall be accompanied by a brief description of activities performed during the relevant period and shall be addressed to the Contractor.

The Contractor shall pay each of the Member's invoices in full within 56 calendar days after receiving each invoice and shall apply to the Employer (in the Statements under the Contract) for reimbursement of one-half of the amounts of these invoices. The Employer shall then pay the Contractor in accordance the Contract.

If the Contractor fails to pay to the Member the amount to which he/she is entitled under the Dispute Adjudication Agreement, the Employer shall pay the amount due to the Member and any other amount which may be required to maintain the operation of the DAB; and without prejudice to the Employer's rights or remedies. In addition to all other rights arising from this default, the Employer shall be entitled to reimbursement of all sums paid in excess of one-half of these payments, plus all costs recovering these sums and financing charges calculated at the rate specified in the Sub-Clause 14.8 of the Condition of Contract.

If the Member does not receive payment of the amount due within 70 days after submitting the valide invoice, the Member may (i) suspend his/her service (without notice) until the payment is received, and/or (ii) resign his/her appointment by giving notice under the Clause 7.

## **7. Termination**

At any time: (i) the Employer and the Contractor may jointly terminate the Dispute Adjudication Agreement by giving 42 days' notice to the Member; or (ii) the Member may resign as provided for in Clause 2.

If the Member fails to comply with the Dispute Adjudication Agreement, the Employer and the Contractor may, without prejudice to their other rights terminate it by notice to the Member. The notice shall take effect when received by the Member.

If the Employer and the Contractor fail to comply with the Dispute Adjudication Agreement, the Member may, without prejudice to his/her rights, terminate it by notice to the Employer and the Contractor. The notice shall take effect when received by them both.

Any such notice, resignation and termination shall be final and binding on the Employer, the Contractor and the Member. However, a notice by the Employer or the Contractor, but not by both, shall be of no effect.

## **8. Default of the Member**

If the Member fails to comply with any obligation under Clause 4, he/she shall not be entitled to any fees or expenses hereunder and shall, without prejudice to their other's rights, reimburse each of the Employer and the Contractor for any fees and expenses received by the Member and the Other Members (if any), for proceedings or decisions (if any) of the DAB which are rendered void or ineffective.

## **9. Dispute**

Any dispute or claim arising out of or inconnection with this Dispute Adjudication Agreement, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be final settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one arbitrator appointed in accordance with these Rules of Arbitration.

### **Annex**

### **PROCEDURAL RULES**

- 1.** Unless otherwise agreed by the Employer and the Contractor, the DAB shall visit the site and intervals of not more than 140 days, including times for critical construction events, at the request of either the Employer or the Contractor. Unless otherwise agreed by the Employer, the Contractor and the

DAB, the period between consecutive visits shall not be less than 70 days, except as required to convene a hearing as described below.

2. The timing of and agenda for each site visit shall be as agreed jointly by the DAB, the Employer and the Contractor, or in absence of agreement, shall be decided by the DAB. The purpose of site visits is to enable the DAB to become and remain acquainted with the progress of the Works and of any actual or potential problems or claims.
3. Site visits shall be attended by the Employer, the Contractor and the Engineer and shall be co-ordinated by the Employer in co-operation with the Contractor. The Employer shall ensure the provision of appropriate conference facilities and secretarial and copying services. At the conclusion of each site visit and before leaving the site, the DAB shall prepare a report on its activities during the visit and shall send copies to the Employer and the Contractor.
4. The Employer and the Contractor shall furnish to the DAB one copy of all documents which the DAB may request, including Contract documents, progress reports, variation instructions, certificates and other documents pertinent to the performance of the Contract. All communications between the DAB and the Employer or the Contractor shall be copied to the other Party. If the DAB comprises three persons, the Employer and the Contractor shall send copies of these requested documents and these communications to each of these persons.
5. If any dispute is referred to the DAB in accordance with Sub-Clause 20.4 of the Conditions of Contract, the DAB shall proceed in accordance with Sub-Clause 20.4 and these Rules. Subject to the time allowed to give notice of a decision and other relevant factors, the DAB shall:

- a. Act fairly and impartially as between the Employer and the Contractor, giving each of them a reasonable opportunity of putting his case and responding to the other's case, and
  - b. Adopt procedures suitable to the dispute, avoiding unnecessary delay or expense.
6. The DAB may conduct a hearing on the dispute, in which event it will decide on the date and place for the hearing and may request that written documentation and arguments from the Employer and the Contractor be presented to it prior to or at the hearing.
7. Except as otherwise agreed in writing by the Employer and the Contractor, the DAB shall have power to adopt an inquisitorial procedure, to refuse admission to hearing or audience at hearings to any persons other than representative of the Employer, the Contractor and the Engineer, and to proceed in absence of any party who the DAB is satisfied received notice of the hearing; but shall have discretion to decide whether and to what extent this power may be exercised.
8. The Employer and the Contractor empower the DAB, among other things, to:
- a. establish the procedure to be applied in deciding a dispute
  - b. decide upon the DAB's own jurisdiction, and as to the scope of any dispute referred to it.
  - c. conduct any hearing as it thinks fit, not being bound by any rules or procedures other than those contained in the Contract and these Rules.
  - d. take the initiative in ascertaining the facts and the matters required for a decision,
  - e. make use of its own specialist knowledge, if any,
  - f. decide upon the payment of financing charges in accordance with the Contract.
  - g. decide upon any provisional relief such as interim or conservatory measures, and;





## ANNEXE 3 : LES STIPULATIONS DU LIVRE OR

### GENERAL CONDITIONS OF CONTRACT

#### 1. General provision

##### 1.1 Definition

**1.1.31** « **Dispute** » means any situation where (a) one Party makes a claims against the other Party ; (b) the other Party rejects the claim in whole or in part ; and (c) the first Party does not acquiesce, provided however that a failure by the other Party to oppose or respond to the claim, in whole or in part, may constitute a rejection if, in circumstances, the DAB or the arbitrator(s), as the case may be, deem it reasonable for it to do so.

#### 20. Claims, Disputes and arbitration

##### 20.1 Contractor's claims

If the contractor considers himself to be entitled to any extension of the Time for Completion of Design-Build and/or any additional payment, under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, he must comply with the following procedures:

a. Notice

The Contractor shall give Notice to the Employer's Representative, describing the event or circumstance giving rise to the claim as soon as practicable, and not later than 28 days after the Contractor become aware, or should have become aware, of the event or circumstance. The Notice shall state that it is given under this Sub-Clause.

If the Contractor fails to give Notice of a claim within such period of 28 days, the Time for Completion of Design-Build shall not be extended, the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim. However, if the Contractor considers there are

circumstances which justify the late submission, he may submit the details to the DAB for a ruling. If the DAB considers that, in all the circumstances, it is fair and reasonable that the late submission be accepted, the DAB shall have the authority to overrule the relevant 28-day limit and, if it so decides, it shall advise the Parties accordingly.

If the Contractor has submitted his Notice of claim within 28 day limit or the DAB has ruled that the late Notice was acceptable, then the Contractor shall proceed in accordance with the provisions of this Sub-Clause.

b. Contemporary records

Following the giving of Notice, the Contractor shall keep such contemporary records as may be necessary to substantiate any claim. Contemporary records shall be kept on Site unless agreed otherwise which the Employer's Representative. Without admitting the Employer's liability, the Employer's Representative may, after receiving any Notice under this Sub-Clause, monitor the record-keeping and/or instruct the Contractor to keep additional contemporary records. The Contractor shall permit the Employer's Representative to inspect all these records, and shall (if instructed) submit copies to the Employer's Representative

c. Details and particulars

Within 42 days after the Contractor became aware (or should become aware) of the event or circumstance giving rise to the claim, or within such other period as may be allowed by the DAB under paragraphe (a) above, or proposed by the Contractor and approved by the Employer's Representative, the Contractor shall send to the Employer's Representative a fully detailed claim which includes full supporting particulars of the contractual or the other basis of claim and of the extension of time and/or additional payment claimed. The Contractor shall also provide the Employer's Representative with any additional particulars which the Employer's Representative may reasonably require.

If the Contractor fails to provide the contractual or other basis of the claim within 42 days or other time allowed or approved, the Notice given under paragraphe (a) above shall be deemed to have lapsed and shall no longer be considered as a valid Notice. If the Contractor considers there are circumstances which justify a late submission, he may submit the details to the DAB for a ruling. If the DAB considers that, in all the circumstances, it is fair and reasonable that the late submission be accepted, the DAB shall have the authority to overrule the given 42-day limit and, if it so decides, it shall advise the Parties accordingly.

If the event or circumstances giving rise to the claim has a continuing effect:

- (i) The fully detailed claim shall be considered as interim;
- (ii) The Contractor shall send further interim claims at 28-day intervals, giving the accumulated delay and/or amount claimed, and such additional particulars as the Employer's Representative may reasonably require; and
- (iii) The Contractor shall send a final claim within 28 days after the end of the effect resulting from the event or circumstance, or within such other period as may be proposed by the Contractor and approved by the Employer's Representative.

d. Employer's Representative's response

Within 42 days after receiving a fully detailed claim or any further particulars requested by the Employer's Representative, or within such other period as may be agreed by the Employer's Representative and the Contractor, the Employer's Representative shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [*Determinations*] to agree or determine (i) the extension (if any) of the Time for Completion of Design-Build (before or after its expiry) in accordance with Sub-Clause 9.3 [*Extension of the Time for Completion Design-Build*], and/or (ii) the additional payment (if any) to which the Contractor is entitled under the Contract with detailed comments. He may also request any necessary additional

particulars, but shall nevertheless give his response in the contractual or other aspects of the claim within 42 days after receiving the fully detailed claim from the Contractor.

If the Employer's Representative does not respond in accordance with the foregoing procedures and timetable, either Party may consider that the claim has been rejected by the Employer's Representative, and either Party may refer the matter to the DAB in accordance with Sub-Clause 20.6 [*obtaining Dispute Adjudication Board's decision*].

Each payment certificate shall include such amounts for any claim as have been reasonably substantiated as due under the relevant provision of the Contract. Unless and until the particulars supplied are sufficient to substantiate the whole of the claim, the Contractor shall only be entitled to payment for such part of the claim as he has been able to substantiate.

If either Party is dissatisfied with the determination of the Employer's Representative, either Party may, within 28 days after receiving the determination, issue to the Employer's Representative and the other Party, a Notice of dissatisfaction, and thereafter proceed in accordance with Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*]. If no Notice of dissatisfaction is issued by either Party within the said 28 days, the determination of the Engineer's Representative shall be deemed to have been accepted by both Parties.

The requirements of this Sub-Clause are in addition to those of any Sub-Clause which may apply to a claim, if the Contractor fails to comply with this or another Sub-Clause in relation to any claim, any extension of time and/or additional payment shall take account of the extent (if any) to which the failure has prevented or prejudiced proper investigation of the claim, unless the claim is excluded under the paragraph (a) of this Sub-Clause.

## 20.2 Employer's claim

If the Employer considers himself to be entitled to any payment under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract, the Employer or the Employer's Representative shall give Notice and particulars to the Contractor.

The Notice shall be given as soon as practicable after the Employer becomes aware, or should have become aware, of the event or circumstances giving rise to the claim.

The particulars shall specify the Clause or other basis of the claim, and shall include substantiation of the amount to which the Employer considers himself to be entitled in connection with the Contract. The Employer's Representative shall then proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [*Determination*] to agree or determine the amount (if any) which the Employer is entitled to be paid by the Contractor.

If either Party is dissatisfied with the determination of the Employer's Representative, either Party may, within 28 days after receiving the determination, issue to the Employer's Representative and the other Party, a Notice of dissatisfaction, and thereafter proceed in accordance with Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*]. If no Notice of dissatisfaction is issued by either Party within the said 28 days, the determination of the Engineer's Representative [peut être une erreur, plutôt: Employer's Representative] shall be deemed to have been accepted by both Parties.

The amount determined by the DAB may be included as a deduction in the Contract in the Contract Price and Payment certificates. The Employer shall only be entitled to set off against or make any deduction from an amount certified in a Payment Certificate, or to otherwise claim against the Contractor, in accordance with this Sub-Clause.

### **20.3 Appointment of the Dispute Adjudication Board**

Dispute arising during the Design-Build Period shall be adjudicated by a DAB in accordance with Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*]. The Parties shall jointly appoint a DAB by the date stated in the Contract Data.

The DAB shall comprise, as stated in the Contract Data, either one or three suitably qualified persons (“the members”). If the number is not so stated and the Parties do not agree otherwise, the DAB shall comprise three persons.

If the DAB is to comprise three persons, each Party shall nominate one member for the approval of the other Party. The Parties shall consult both these members and shall agree upon the third member, who shall be appointed to act as chairman.

However, if a list of potential members is included in the Contract, the members shall be selected from those on the list, subject to their being able and willing to accept appointment to the DAB.

The agreement between the Parties and either the sole member (“adjudicator”) or each of the three members shall incorporate by reference the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement in these General Conditions, with such amendments as are agreed between them.

The terms of the remuneration of either the sole member or each of the three members shall be mutually agreed upon by the Parties when agreeing the terms of appointment. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration.

If any time the Parties so agree, they may appoint a suitably qualified person or persons to replace any one or more members of the DAB. Unless the Parties

agree otherwise, the appointment will come into effect if a member declines to act or is unable to act as a result of death, disability, resignation or termination of appointment. The replacement shall be appointed in the same manner as the replaced person was required to have been nominated or agreed upon, as described in this Sub-Clause. However the appointment of any member may only be terminated by mutual agreement of both Parties, and not by the Employer or the Contractor acting alone.

Unless otherwise agreed by both Parties, the appointment of the DAB (including each member) shall expire upon the issue of the Commissioning Certificate under Sub-Clause 9.12 [*Completion of Design-Build*] or 28 days after the DAB has given its decision to a Dispute under Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*], whichever is the later.

#### **20.4 Failure to Agree Dispute Adjudication Board**

If any of the following conditions apply, namely:

- a. the Parties fail to agree upon the appointment of the sole member of the DAB by the date stated in the first paragraph of Sub-Clause 20.3 [*Appointment of the Dispute Adjudication Board*];
- b. either Party fails to nominate a member (for approval by the other Party), or fails to approve a member nominated by the other Party, of a DAB of three persons by such date;
- c. the Parties fail to agree upon the appointment of the third member (to act as chairman) of the DAB by such date, or
- d. the Parties fail to agree upon the appointment of a replacement person within 42 days after the date on which the sole member or one of the three members declines to act or is unable to act as result of death, disability, resignation or termination of appointment.

Then the appointing entity or official named in the Contract Data shall, upon the request of either or both of the Parties and after due consultation with both Parties, appoint this member of the DAB. This appointment shall be final and

conclusive. Each Party shall be responsible for paying one-half of the remuneration of the appointing entity or official.

## **20.5 Avoidance of Disputes**

If at any time the Parties so agree, they may jointly refer a matter to the DAB in writing with a request to provide assistance and/or informally discuss and attempt to resolve any disagreement that may have arisen between the Parties during the performance of the Contract. Such informal assistance may take place during any meeting, Site visit or otherwise. However, unless the Parties agree otherwise, both Parties must be present at such discussions. The Parties are not bound to act upon any advice given during such informal meetings, and the DAB shall not be bound in any future Dispute resolution process and decision by any views given during the informal assistance process, whether provided orally or in writing.

If a dispute of any kind whatsoever arises between the Parties, whether or not any informal discussions have been held under this Sub-Clause, either Party may refer the Dispute in writing to the DAB according to the provisions of Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*].

## **20.6 Obtaining Dispute Adjudication Board's decision**

If a Dispute (of any kind whatsoever) arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works during the Design-Build Period, including any Dispute as to any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Employer's Representative, either Party may, within 28 days of issuing a Notice of dissatisfaction under Sub-Clause 20.1(d) [*Contractor's Claim*] or Sub-Clause 20.2 [*Employer's Claim*], refer the Dispute in writing to the DAB for its decision, with the copies to the other Party and the Employer's Representative. Such reference shall state that it is given under this Sub-Clause. The other Party shall then have 21 days to send a response to the DAB with copies to the



referring Party and the Employer's Representative. If the dissatisfaction Party has not formally referred the matter to the DAB within the said 28 day period, the Notice of dissatisfaction shall be deemed to have lapsed and no longer be considered to be valid.

For a DAB of three persons, the DAB shall be deemed to have received such submissions on the date when they are received by the chairman of the DAB.

Both Parties shall promptly make available to the DAB all information, access to the Site, and appropriate facilities, as the DAB may require for the purpose of making a decision in such Dispute. The DAB shall not act as arbitrator(s).

Within 84 days after receiving the other Party's response or, if no such response is received, within 105 days after receiving the reference, or within such other period as may be proposed by the DAB and approved by both Parties, the DAB shall give its decision in writin to both Parties and the Employer's Representative, which shall be reasoned and shall state that it is given under this Sub-Clause. The decision shall be binding on both Parties and the Employer's Representative, who shall romptly comply with it notwithstanding that a Party gives a Notice of dissatisfaction with such decision as described below. Unless the Contract has already been abandoned, repudiated or terminated, the Contractor shall continue to proceed with the Works in accordance with the Contract.

If either Party is dissatisfied with the DAB's decision, then either Party may, within 28 days after receiving the decision, give Notice to the other Party of its dissatisfaction. If the DAB fails to give its decision within the period prescribed in this Sub-Clause, then either Party may, within 28 days after this period has expired, give Notice to the other Party of its dissatisfaction, In either case, the dissatisfied Party shall a copy of the Notice to the chairman of the DAB.

In either event, this Notice of dissatisfaction shall state that it is given under this Sub-Clause, and shall set out the matter in Dispute and the reason(s) for dissatisfaction. Except as stated in Sub-Clause 20.9 [*Failure to comply with the Dispute Adjudication Board's decision*], neither Party shall be entitled to commence arbitration of a Dispute unless a Notice of dissatisfaction with respect to that Dispute has been given in accordance with this Sub-Clause.

If the decision of the DAB requires a payment by one Party to the other Party, the DAB may require the payee to provide an appropriate security in respect of such payment.

If the DAB has given its decision as to a matter in Dispute to both Parties, and no Notice of dissatisfaction has been given by either Party within 28 days after it received the DAB's decision, then the decision shall become final and binding upon both Parties.

## **20.7 Amicable settlement**

Where Notice of dissatisfaction has been given under Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*], both Parties shall attempt to settle the Dispute amicably before the commencement of arbitration. However, unless both Parties agree otherwise, arbitration may be commenced on or after the twenty-eight day after the day on which Notice of dissatisfaction was given, even if no attempt at amicable settlement has been made.

## **20.8 Arbitration**

Unless settled amicably, and subject to Sub-Clause 20.9 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*], any Dispute in respect of which the DAB's decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration. Unless otherwise agreed by both Parties:

- a. the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce;
- b. the Dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules; and
- c. the arbitration shall be conducted in the language for communications defined in Sub-Clause 1.4 [*Law and language*] unless otherwise stated in the Contract Data.

The arbitrator(s) shall have full power to open up, review and revise any certificate, determination, instruction, opinion or valuation of the Employer's Representative, and any decision of the DAB, relevant to the Dispute. Nothing shall disqualify the Employer's Representative from being called as a witness and giving evidence before the arbitrator(s) on any matter whatsoever relevant to the Dispute.

Neither Party shall be limited in the proceedings before the arbitrator(s) to the evidence or arguments previously put before the DAB to obtain its decision, or to the reasons for dissatisfaction given in its Notice of dissatisfaction. Any decision of the DAB shall be admissible in evidence in the arbitration.

Arbitration may be commenced prior to or after completion of the Works. The obligations of the Parties, the Employer's Representative and the DAB shall not be altered by reason of any arbitration being conducted during the progress of the Works.

## **20.9 Failure to comply with Dispute Adjudication Board's decision**

In the event that a Party fails to comply with any decision of the DAB, whether binding or final and binding, then the other Party may, without prejudice to any other rights it may have, refer the failure itself to arbitration under Sub-Clause 20.8 [*Arbitration*] for summary or other expedited relief, as may be appropriate. Sub-clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's*

*decision*] and Sub-Clause 20.7 [*Amicable Settlement*] shall not apply to this reference.

## **20.10 Dispute arising during the Operation Service Period**

Dispute arising during the Operation Service Period which cannot be resolved between the Parties shall be settled by a one-person DAB (“Operation Service DAB”). Such person shall be jointly agreed and appointed by the Parties at the time of issue of the Commissioning Certificate.

If the Parties cannot agree on the person who shall be the Operation Service DAB, then he person shall be appointed according to the provisions of Sub-Clause 20.4 [*Failure to Agree Dispute Adjudication Board*].

Such person shall be appointed for a term of five years. At the end of each five-year period, a new Operation Service DAB shall be agreed and appointed. If both Parties and the previously appointed person agree, the same Operation Service DAB may be re-appointed for a second (or third or fourth, as the case may be) five-year term.

The agreement between the Parties and the Operation Service DAB shall incorporate by reference the General Conditions of Dispute Adjudication Agreement contained in these General Conditions, with such amendments as are agreed between them.

The terms of remuneration of the Operation Service DAB shall be mutually agreed upon by the Parties when agreeing the terms of appointment. Each Party shall be responsible for paying one-half of this remuneration.

The procedure for obtaining a decision from the Operation Service DAB shall be in accordance with the provisions of Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's*], and the DAB shall give its decision no later than 84 days after receiving the other Party's response or, if no such response is

received, within 105 days after receiving the reference and the supporting documentation from the Party referring the Dispute.

The appointment of the Operation Service DAB shall expire five years after the date of its appointment unless such appointment is extended for a further five years as aforementioned.

If either Party is dissatisfied with the decision of the Operation Service DAB, the provisions of Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*], 20.7 [*Amicable settlement*], 20.8 [*Arbitration*] and 20.9 [*Failure to comply with Dispute Adjudication Board's decision*] shall apply.

#### **20. 11 Expiry of Dispute Adjudication Board's appointment**

If a Dispute arises between the Parties in connection with, or arising out of, the Contract or the execution of the Works and there is no DAB in place, where by reason of the expiry of the DAB's appointment or otherwise:

- a. Sub-Clause 20.6 [*Obtaining Dispute Adjudication Board's decision*] and Sub-Clause 20.7 [*Admicable settlement*], or Sub-Clause 20.10 [*Dispute arinsing during the Operation Service Period*], as the case may be, shall not apply; and
- b. the Dispute may be referred directly to arbitration under Sub-Clause 20.8 [*Arbitration*].



## Index

---

### A

- Achèvement des travaux, 43, 55, 57,  
59, 64, 66, 67, 68, 70, 73, 81, 84, 85,  
91, 92, 96, 106, 108, 190, 273, 292
- Acte
- contractuel, 104, 152, 153
  - juridictionnel, 104, 107, 112, 234,  
241, 244, 245, 303
- Action en responsabilité contractuelle,  
65, 318
- Alternative Dispute Resolution, 7, 18
- Appel contre la sentence arbitrale, 194,  
195, 197
- Application des cahiers de la FIDIC,  
49, 180
- Arbitrage
- en droit, 5, 174, 200, 201, 202,  
203, 204, 206, 209, 210, 212, 387
  - étranger, 252
  - en amiable composition, 167, 168,  
169, 202, 204, 206, 210
  - ex aequo et bono, 163, 164, 168,  
175, 210
- Autorité de la chose jugée, 112, 194,  
195, 196, 303, 325

### C

- Caractère
- commercial, 250, 251, 252
  - international, 211, 236, 248, 250,  
251
- Compétence
- pour trancher un litige, 52
  - quant au fond, 270, 274, 276
- Conditions
- générales, 48, 180, 185
  - particulières, 48, 72
- Contrat
- civil, 252
  - d'entreprise, 55, 258, 292, 303
  - de construction, 31, 44, 52, 54, 64,  
66, 70, 79, 83, 84, 88, 123, 136,  
143, 144, 158, 166, 182, 185, 231,  
250, 258, 261, 267, 318, 319
  - de génie civil, 27, 109
  - de louage d'ouvrage, 52, 53, 73
  - de performance énergétique, 69
- Contrats-types internationaux de  
construction, 46

### D

#### DAB

- ad hoc, 49, 66, 181

- permanent, 49, 66, 180

### Décision

- contractuelle, 112

- juridictionnelle, 153

Définitive et obligatoire, 100, 102,

103, 104, 105, 112, 113, 114, 115,

116, 148, 171, 173, 193, 223, 224,

225, 226, 229, 230, 243, 271, 284

### Délai

- d'achèvement, 32, 81, 91, 93, 96

- de garantie, 58, 63

- de recours à l'arbitrage, 213, 217,  
219, 220

- légal, 59, 84, 293

- pour initier le procès, 56

Dispute Adjudication Board, 5, 6, 7,

20, 27, 29, 42, 101, 116, 134, 135,

137, 143, 157, 159, 177, 185, 226,

249, 318, 320, 321, 333, 334, 388

## E

Effets de la convention d'arbitrage au  
tiers, 259

Éléments constitutifs de la  
jurisprudence, 237, 238

Espérance légitime, 242

## F

Faute dolosive, 68, 88

Fédération Internationale des

Ingénieurs-Conseils, 36, 39, 312

Fin de non-recevoir, 71, 72

Fonction judiciaire, 132, 133, 134

Forme de la sentence arbitrale, 228,  
230

## G

Garantie

- contractuelle, 55, 58, 59, 84

- décennale, 58, 59, 60, 65, 318

- des constructeurs, 56

- légale, 58, 59, 63, 64, 84, 85

## I

Invalidité de la clause d'arbitrage, 281,  
282, 284, 286, 290

## J

Judiciarisation, 207

Justice institutionnelle, 20, 22, 23

Justiciables, 21, 25, 51, 52, 160, 175,  
176, 205, 210, 212, 232, 234, 235,  
237, 238, 242, 244, 255, 256, 265,  
279, 300

## L

Limiter la responsabilité, 59

Litige entre l'ingénieur et  
l'entrepreneur, 52, 53, 54

Livre

- Argent/Silver Book, 43

- Blanc/White Book, 42

- Jaune/Yellow Book, 42

- Or/Gold Book, 43

- Rose/Rose Book, 46

- Rouge/Red Book, 41



- Vert/Green Book, 43

## M

Marchés globaux, 69

Mode alternatif de règlement des litiges, 18, 21, 62, 65, 71, 72, 132, 222, 282, 293, 302, 316, 317

## N

Nature

- arbitrale, 5, 151, 152, 153, 154, 156, 158, 160, 161, 163, 166, 167, 170, 171, 173, 174, 176, 192, 193, 210, 229, 294, 387
- contractuelle, 112, 152, 153, 160

Notification du mécontentement, 188, 217, 221, 224, 225, 226, 229, 271

## O

Obligation de l'entrepreneur, 84

## P

Phénomène de la jurisprudence arbitrale, 237, 245

Pourvoi en cassation, 286, 287, 288, 290

Pouvoir

- de règlement des litiges, 48, 78, 86, 87, 89, 99, 101, 118, 133, 139, 164
- discrétionnaire, 89, 90, 99, 112, 127, 131, 133, 147, 164, 165, 205, 228, 278, 289, 294

- juridictionnel, 106, 107, 158, 160, 267

Procédure

- contractuelle, 5, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 213, 292, 387
- pré-arbitrale, 70, 71, 72, 85, 100, 120, 124, 266, 272, 281, 319
- participative, 20

## Q

Question

- de droit, 158, 159, 227
- de fait, 100, 124, 158, 159, 227
- technique, 83, 159

## R

Réception définitive, 58, 59

Recommandation, 123, 145, 146

Remplacement de l'ingénieur, 121, 122, 123

Renonciation au recours en annulation de la sentence arbitrale, 247, 248, 253

Responsabilité

- contractuelle, 5, 318, 387
- de l'architecte, 61
- de l'entrepreneur, 5, 56, 59, 60, 64, 68, 70, 73, 88, 292, 387
- décennale, 58, 60, 61, 63, 318
- des constructeurs, 55
- légale, 5, 58, 60, 61, 63, 65, 68, 88, 292, 387

- pour remédier aux désordres, 62,  
293  
Révision au fond de la sentence, 72,  
266, 268

**S**  
solution équitable, 91, 98, 100, 201,  
289

## Les procédures de règlement des litiges en matière de construction appliquant les contrats-types FIDIC

**Résumé :** La présente thèse est consacrée aux procédures de règlement des litiges en matière de construction internationale appliquant les contrats-types FIDIC en vertu desquels les litiges entre les parties à ces contrats peuvent être réglés par l'ingénieur, le comité de règlement des litiges (CRL), la procédure amiable et l'arbitrage.

Sous l'angle du droit, toutes ces procédures sont favorisées. Cependant, il existe une limite. Le droit français distingue, dans la période de garantie des désordres, deux types de responsabilités - légale et contractuelle - de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage de sorte que les procédures contractuelles ne s'appliquent pas aux litiges relatifs aux désordres relevant de la responsabilité légale. Cette limite n'existe pas en droit anglais et vietnamien selon lesquels tous litiges relatifs à la responsabilité de l'entrepreneur envers le maître de l'ouvrage pour des dommages de l'ouvrage relèvent de la responsabilité contractuelle et sont donc soumis à la procédure contractuelle.

Quant à l'application de chaque procédure, la question la plus notable tient à la mise à exécution des décisions résultant de chaque procédure. Sur ce point, la reconnaissance de la valeur arbitrale dans la décision du DAB doit être considérée. En outre, pour que ces procédures soient efficaces dans la pratique, nous proposons à la FIDIC la modification de certaines stipulations autour de cette procédure et également de la procédure amiable de règlement des litiges.

Quant à l'arbitrage, dans le contexte actuel, il n'est plus de mise de penser que l'arbitrage en droit et celui en équité ne sont qu'une alternative. On peut les combiner en vue de l'arbitrage en équité précédent et celui en droit subséquent. Dans le cas d'absence de convention des parties sur le droit applicable aux litiges, la primauté de l'arbitrage en équité au lieu de celui en droit mérite d'être considérée. Hormis ce problème, nous recherchons aussi un nouveau fondement pour reconnaître la jurisprudence arbitrale internationale selon lequel on reconnaît le droit des parties ainsi que des arbitres de se référer à la solution d'une sentence précédente dans le cas similaire lorsque les conditions pour appliquer une jurisprudence sont réunies. De surcroît, il convient de porter l'attention sur la détermination de la compétence du tribunal arbitral à l'égard du tiers-non signataire du contrat. Enfin, l'annulation de la sentence entraîne ipso facto la nullité de la clause d'arbitrage comme en droit vietnamien où cette disposition inadéquate nécessite d'être modifiée.

*Descripteurs : Le comité de règlement des litiges, FIDIC ; Livre Rouge ; responsabilité légale ; responsabilité de l'entrepreneur ; nature arbitrale ; jurisprudence arbitrale ; arbitrage en équité ; partie non signataire ; compétent au fond ; effet d'annulation.*

## SUMMARY

The subject of this thesis deals with international construction dispute settlement procedures stipulated in the FIDIC standard forms of contracts under which disputes between the parties to these contracts may be settled by the Engineer, the Dispute Adjudication Board (DAB), the amicable mechanism and arbitration.

From the standpoint of law, these procedures are favored. However, there is a limit under French law. This limit lies in the fact that French law distinguishes, after handing over of the works, between two kinds of - legal and contractual - responsibilities of the contractor towards the employer. In this way, the contractual procedures do not apply to disputes relating to correct defective works which are relevant to legal liability of the contractor, which does not exist in English and Vietnamese laws where the contractor is only responsible towards the employer for damage to the work under the contract and so disputes between them has to be settled by the contractual procedure.

In application of the contractual procedures, attention should be paid to the implementation of the decision from these procedures. On this point, the arbitral nature of DAB's decision must be considered so that it can be rapidly enforced. In addition, in order to make these procedures effective in practice, we also propose that the FIDIC should modify certain points of the "*claim, Dispute and Arbitration*" clause.

As far as arbitration is concerned, in the actual context, it is no longer correct to think that *ex aequo and bono* arbitration and arbitration in law are only an alternative but we can combine them for the purpose of previous fairness arbitration and subsequently the arbitration in law. In the absence of the parties' agreement on the rules of law to be applied by the arbitral tribunal, the tribunal shall assume the powers of an amiable compositor. Apart from this problem, we also seek a new basis for recognizing the precedent value of the international arbitral award according to which the right of the parties as well as arbitrators to refer to the solution of a previous award in the similar case is recognized when the conditions to apply a precedent are met. In addition, attention should be paid to the determination of the jurisdiction of the arbitral tribunal towards the third-party non signatory to the arbitration clause. Finally, the setting aside of the award lead ipso facto to nullity of the arbitration clause as in Vietnamese law is an inadequate provision of the law that requires modification.

*Keywords: Dispute Adjudication Board (DAB); FIDIC ; legal responsibility; obligation of contractor; arbitral nature; arbitral precedent; fairness arbitration; third-party non signatory; effect of the setting aside of the award.*

