

LES DECISIONS PRE-ARBITRALES AFFERENTES AUX LITIGES EN MATIERE DE CONSTRUCTION: LES DECISIONS PRISES PAR L'INGENIEUR

**PRE-ARBITRAL DECISIONS OF CONSTRUCTION DISPUTES:
THE DECISIONS MADE BY THE ENGINEER**

Christopher R. SEPPALA*

I. INTRODUCTION

Le présent article a pour objet la procédure pré-arbitrale de règlement des différends par l'Ingénieur, qui est prévue à l'Article 67 du contrat de génie civil international de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), quatrième édition, 1987 (voir en annexe le texte de l'Article 67 en français et en anglais), qui est probablement le modèle de contrat le plus largement utilisé dans le domaine de la construction internationale (le «Contrat FIDIC»).

I. INTRODUCTION

This article discusses the pre-arbitral procedure for the settlement of disputes by the Engineer which is provided for by Clause 67 of the FIDIC international civil engineering contract, fourth edition, 1987 (see the annex hereto for the text of Clause 67 in French and English), which is probably the most widely used standard form of contract in the field of international construction (the «FIDIC Contract»).

* Associé, White & Case, Paris

This topic will be addressed in three parts:

1. What is this pre-arbitral procedure? Who are the participants and how does it work?

2. What are the principal reasons for, and the advantages and disadvantages of, this procedure for the settlement of construction disputes?

3. What conclusions, if any, can one draw about this procedure? Does it contribute to the prompt and efficient settlement of disputes before arbitration? Does it make arbitration more efficient if and when it occurs?

II. THE PRE-ARBITRAL PROCEDURE IN THE FIDIC CONTRACT

What is the pre-arbitral procedure in the FIDIC Contract?

To answer this question it is necessary first to say something about the special role of the Engineer under the FIDIC Contract. In addition to the two parties to the FIDIC Contract - that is, the Employer for whom the works are to be executed and the Contractor who is to execute them - a third person, the Engineer, whose contract is solely with the Employer, is given special powers under the FIDIC Contract.

Not only does the Engineer design the works to be constructed and supervise their execution on behalf of the Employer, as is true of the *maître d'oeuvre* in France, but he is also assigned by the FIDIC Contract an independent, administrative and quasi-judicial role. Though not himself a party to such contract, the Engineer is empowered thereby, among other things to:

- vary or change the works (Clause 51)

- stop or suspend them (Clause 40)

Les trois questions suivantes seront examinées successivement :

1. Qu'est-ce que la procédure pré-arbitrale ? Quels en sont les participants et comment fonctionne-t-elle ?

2. Quelles sont les principales raisons du recours à une telle procédure de règlement des différends en matière de construction ? Quels en sont les principaux avantages et inconvénients ?

3. Quelles conclusions peut-on éventuellement tirer de cette procédure ? Contribue-t-elle au règlement rapide et efficace des différends avant l'arbitrage ? Permet-elle que l'arbitrage soit plus efficace dans l'hypothèse où celui-ci a lieu ?

II. LA PROCÉDURE PRÉ-ARBITRALE DANS LE CONTRAT FIDIC

Tout d'abord, en quoi consiste la procédure pré-arbitrale dans le Contrat FIDIC ?

Pour répondre à cette question, il convient au préalable de décrire le rôle spécial de l'Ingénieur en vertu du Contrat FIDIC. En plus des deux parties au Contrat FIDIC - c'est-à-dire, le Maître de l'Ouvrage pour qui les travaux doivent être réalisés et l'Entrepreneur qui doit les exécuter - une troisième partie, l'Ingénieur, qui n'a de lien contractuel qu'avec le Maître de l'Ouvrage, se voit attribuer des pouvoirs spéciaux.

Non seulement l'Ingénieur conçoit les travaux à réaliser et supervise leur exécution au nom du Maître de l'Ouvrage, ainsi que le fait le maître d'oeuvre en France, mais en plus, il se voit attribuer par le Contrat FIDIC un rôle indépendant, administratif et quasi-judiciaire. Bien qu'il ne soit pas lui-même partie au Contrat FIDIC, l'Ingénieur se voit reconnaître certains pouvoirs par ce contrat, dont notamment :

- le pouvoir de modifier les travaux (Article 51) ;

- le pouvoir d'arrêter les travaux ou de les suspendre (Article 40) ;

- le pouvoir de déterminer quand les travaux sont achevés (Article 48) ; et

- le pouvoir de déterminer les montants que l'Entrepreneur doit recevoir, le Maître de l'Ouvrage étant tenu de payer l'Entrepreneur sur la base des certificats de l'Ingénieur (Article 60).

D'autre part, il convient de noter que l'Article 67 prévoit que, *bien que l'Ingénieur soit recruté et payé par le Maître de l'Ouvrage et lié par contrat à celui-ci, il a le pouvoir de trancher les litiges survenant entre le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur*. La décision de l'Ingénieur s'impose aux parties jusqu'à ce qu'elle soit éventuellement infirmée par une décision arbitrale (voir l'Article 67).

Lorsqu'il remplit cette fonction quasi-judiciaire, l'Ingénieur doit *agir de façon impartiale* à l'égard du Maître de l'Ouvrage et de l'Entrepreneur. Il est tenu de maintenir l'équilibre et d'agir de façon équitable entre les parties. C'est en raison de cette exigence de neutralité que le rôle de l'Ingénieur est traditionnellement confié à un ingénieur-conseil ou à un bureau d'ingénieurs-conseils indépendants.

Pour en revenir au contenu de la procédure pré-arbitrale de règlement des différends prévue à l'Article 67 de l'actuelle quatrième édition du Contrat FIDIC, on peut noter que cette procédure est constituée des *six* étapes suivantes :

En premier lieu, pour que cette procédure puisse s'appliquer, il faut qu'un différend existe entre le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur - pas simplement une réclamation en vertu du contrat, mais une réclamation que l'Ingénieur a rejetée et que l'Entrepreneur souhaite poursuivre. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'Entrepreneur prétend que le Maître de l'Ouvrage a tardé à mettre le site à sa disposition et réclame le remboursement de ses coûts supplémentaires ainsi qu'une prolongation du délai d'exécution des travaux. Si l'Ingénieur rejette la réclamation au motif que l'Entrepreneur a demandé la mise à disposition du site plus tôt que ce qui est prévu dans le contrat, et que l'Entrepreneur conteste le rejet de sa réclamation, le différend est alors susceptible d'être réglé conformément aux dispositions de l'Article 67.

- determine when they are complete (Clause 48)

- determine the amounts that the Contractor is to be paid, the Employer being committed to pay on the basis of the Engineer's certificates (Clause 60).

Of special interest, *the Engineer - though hired and paid by, and under contract with, the Employer - is empowered to decide disputes between the Employer and the Contractor on an interim basis*. This he does under Clause 67 of the FIDIC Contract. The Engineer's decisions will be binding on the parties until overturned by an arbitral award, if any (see Clause 67).

When performing this quasi-judicial function, the Engineer is required to *act impartially* between the Employer and the Contractor. He is required to «hold the balance» and act fairly between the parties. Consistent with this neutral position, the role of Engineer has traditionally been filled by an independent consulting engineer or firm of such engineers.

What is the procedure in Clause 67? Very briefly, there are *six* steps in this procedure under the current FIDIC fourth edition, as follows:

First, for this procedure to apply, there must exist a «dispute» between the Contractor and the Employer - not just a claim by the Contractor, but a claim that has been rejected by the Engineer and which the Contractor pursues. A typical example would be a case where the Contractor claims that the Employer had delayed in giving possession of the site and requests the reimbursement of its additional costs and an extension of time. If the Engineer had rejected the claim, saying that the Contractor had sought possession of the site earlier than he was entitled to under the contract, and if the Contractor had refused to acquiesce in such rejection, there would then be a dispute that could be referred under Clause 67.

Second, once there is a dispute, one party - usually it will be the Contractor - refers such dispute in writing to the Engineer for his decision under Clause 67.

Third, the Engineer has 84 days in which to decide the dispute. While the Engineer is bound to act fairly and impartially, he does not decide as arbitrator. He is not bound, for example, to hear or receive submissions from both parties before reaching his decision. Assuming that the Engineer gives his decision within the above period, both parties are required to give effect to it forthwith whether either thinks it right or wrong subject to the right of each to refer the matter to arbitration. Thus, in my example, if the Contractor's possession of site claim is again denied, the Contractor has to accept such denial for the time being at least. He is not entitled, for example, to stop or slow down work.

Fourth, if either party is dissatisfied with the Engineer's decision (or the Engineer fails to give a decision within 84 days) then either may during a subsequent period of 70 days give notice to the other party of his intention to commence arbitration with respect to the dispute. The effect of the giving of such notice, in the example cited above, would be to entitle the Contractor to have his possession of site claim arbitrated at a later time. If no notice has been given by either party within 70 days of the Engineer's decision, the decision rejecting the claim in my example is said to be final and binding on both parties, implying that it is no longer open to challenge whether by arbitration or before the courts.

Thus it is clear under the current (fourth) edition of the FIDIC Contract that a party does not need to begin arbitration (i.e. by submitting a Request for Arbitration to the ICC) within a given number of days of receiving the Engineer's decision to preserve its right to arbitration. This was unclear under the prior editions.

En second lieu, une fois qu'il existe un litige, une partie (en général, l'Entrepreneur) le soumet à la décision de l'Ingénieur en vertu de l'Article 67.

En troisième lieu, l'Ingénieur dispose de 84 jours pour rendre sa décision à propos du différend en question. Bien que l'Ingénieur soit tenu d'agir de façon juste et impartiale, il ne tranche pas le différend comme le ferait un arbitre. C'est ainsi que, par exemple, il n'est pas tenu d'entendre les parties ni de recevoir communication des documents que les parties pourraient lui soumettre avant de prendre sa décision.

Si l'Ingénieur rend sa décision dans le délai ci-dessus mentionné, les deux parties doivent exécuter la décision en question, qu'elles l'approuvent ou non, sous réserve du droit de chacune d'elles de soumettre le litige à l'arbitrage. Ainsi, dans l'exemple précité, si la réclamation de l'Entrepreneur à propos de la mise à disposition du site est rejetée par l'Ingénieur, l'Entrepreneur doit se conformer à cette décision de rejet. Il n'est pas en droit, par exemple, d'interrompre ou de ralentir son travail.

En quatrième lieu, si l'une des parties n'est pas satisfaite de la décision de l'Ingénieur (ou si l'Ingénieur ne rend pas de décision dans le délai de 84 jours), la partie en question pourra, durant une période supplémentaire de 70 jours, notifier l'autre partie de son intention de soumettre le différend à l'arbitrage. Le fait d'effectuer une telle notification aura pour effet, dans l'exemple précité, de permettre à l'Entrepreneur de soumettre, par la suite, à l'arbitrage sa réclamation à propos de la mise du site à sa disposition. Si aucune notification n'est faite par l'une des parties au cours des 70 jours qui suivent la décision de l'Ingénieur, la décision de rejet de la réclamation sera considérée comme étant définitive et s'imposera aux deux parties ; la décision en question ne pourra donc plus être contestée que ce soit par voie d'arbitrage ou au moyen d'un recours devant les tribunaux.

Il est donc clair que selon le texte actuellement en vigueur de la quatrième édition du Contrat FIDIC, les parties n'ont pas besoin d'avoir recours à l'arbitrage (c'est-à-dire de soumettre une demande d'arbitrage à la Chambre de Commerce Internationale) dans un délai déterminé à la suite de la réception de la décision de l'Ingénieur pour

préserver leurs droits d'avoir recours à l'arbitrage. Ceci n'était pas clair dans les éditions précédentes du Contrat FIDIC.

En cinquième lieu, lorsque la notification d'intention de soumettre un différend à l'arbitrage est donnée ainsi que l'exige l'Article 67, l'arbitrage ne peut commencer qu'à l'expiration d'un délai de 56 jours destiné à permettre aux parties de régler leur différend à l'amiable. Il semble même que l'on puisse soutenir que les parties ont, pendant cette période de 56 jours, le *devoir* de tenter de régler à l'amiable le différend qui les oppose (l'Article 67 n'est pas clair à ce sujet).

En sixième et dernier lieu, à l'expiration de ce délai de 56 jours, le différend peut être soumis à l'arbitrage selon le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale ou tout autre règlement d'arbitrage convenu entre les parties. Dans tout arbitrage, les arbitres ont le pouvoir d'examiner et de modifier toute décision ou mesure prise par l'Ingénieur à propos du différend. Les preuves ou arguments fournis par les parties à l'Ingénieur afin d'obtenir sa décision selon les termes de l'Article 67 du Contrat FIDIC ne limitent en aucune façon les moyens que ces parties peuvent mettre en oeuvre dans le cadre de l'arbitrage.

Il existe deux aspects de cette procédure sur lesquels il convient d'insister.

Le premier aspect est que cette procédure contient des dispositions prévoyant la déchéance du droit de poursuivre un litige. En effet, si aucune notification relative à la mise en cause d'une décision de l'Ingénieur n'est donnée dans les 70 jours qui suivent la réception de la décision en question, cette décision devient définitive et irrévocable. Il n'existe, en principe, plus aucun recours possible contre la décision de l'Ingénieur, que ce soit au moyen de l'arbitrage ou autrement. Dans l'exemple précité, le demandeur perdrait complètement le droit d'introduire un recours contre la décision de l'Ingénieur.

Le côté positif est, bien sûr, que cela permet de réduire le nombre des différends qui sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage.

Fifth, where the requisite notice was given, arbitration may not be commenced for 56 days in order to allow the parties time to settle the dispute amicably. Arguably, there may even be a *duty* during this period to attempt amicable settlement (the Clause is unclear on this point).

Sixth, after such 56 day period, the dispute may be referred to arbitration under the ICC Rules or any other arbitration rules agreed to by the parties. In any such arbitration, the arbitrators have power to open up, review and revise any decision or action of the Engineer related to the dispute. Neither party is limited in the arbitration to the evidence or argument put before the Engineer for the purpose of obtaining his decision under Clause 67.

There are two aspects of this procedure that need to be emphasized:

The first is its *forfeitary* aspect. If no notice to challenge a decision of the Engineer is given within 70 days of receipt of the decision, the decision is final and binding. There is, in principle, no legal recourse against the decision, whether by arbitration or otherwise. In the example given above, the claimant's rights would be cut off completely.

The positive side of this *forfeitary* procedure is, of course, that it cuts down or reduces the disputes that need to go to arbitration.

The second aspect that needs to be emphasized is that no dispute under the contract will be admissible to arbitration unless it has travelled the gauntlet, so to speak, of Clause 67. When a dispute is referred to the Engineer under the Clause (say, the possession of site dispute mentioned above) the Engineer gives a decision on *that dispute* and, thereafter, if a party is dissatisfied with that decision, it gives a notice of intention to commence arbitration as to *that same dispute*. Whatever other disputes there may be between the parties, none may be arbitrated unless it has gone through Clause 67. If the arbitrators embark on another dispute, without the parties' consent, they will be exceeding their jurisdiction.

This point needs to be emphasized because, on a large project, there may be fifty or even hundreds of disputes. In this case, each of the fifty or one hundred or more disputes must, unless grouped into one or more large disputes (for example, grouping the possession of site claim mentioned into an overall claim for delays caused by the Employer), have satisfied each of the conditions in the Clause to be admissible to arbitration. The fact, for example, that the parties are already in arbitration with respect to certain disputes will not entitle a party to bring into the arbitration other disputes under the same contract which have not passed through Clause 67. Once an arbitration is underway and the Terms of Reference, in the case of an ICC arbitration, have been signed it is not unusual for the claimant (usually, as indicated above, a contractor) to discover other claims it wishes to assert in the arbitration. Nevertheless, it cannot do so unless these claims have, as disputes, passed through Clause 67, except with the other party's and, after the Terms of Reference have been signed, the arbitrator(s)' consent.

Le deuxième aspect sur lequel il convient d'insister est qu'aucun différend ne peut être soumis à l'arbitrage si les étapes préalables à l'arbitrage prévues à l'Article 67 ne sont pas respectées à propos du différend en question. Quand un différend est soumis à l'Ingénieur en vertu de l'Article 67 (par exemple, le différend ci-dessus mentionné à propos de la mise à disposition du site), l'Ingénieur rend une décision sur le *différend en question* et, à la suite de cette décision, si une partie n'est pas satisfaite, elle donne notification de son intention d'avoir recours à l'arbitrage *à propos du même différend*. Quels que soient les autres différends qui peuvent exister entre les parties, aucun d'eux ne peut être soumis à l'arbitrage si la procédure prévue à l'Article 67 n'a pas été respectée pour chacun d'eux. Si les arbitres examinaient un autre différend sans avoir l'accord des parties, ils agiraient en dehors de leur compétence.

Il convient de bien noter ce point parce que, dans le cadre d'un projet de grande envergure, il peut y avoir de très nombreux différends. Dans une telle hypothèse, chacun des différends en cause, à moins qu'ils ne soient regroupés en un ou plusieurs différends importants (par exemple, le regroupement des différends relatifs à la mise à disposition du site au sein d'un différend global portant sur les retards dus au Maître de l'Ouvrage), devra avoir rempli chacune des conditions prévues à l'Article 67 afin de pouvoir être soumis à l'arbitrage. Le fait, par exemple, que les parties aient déjà introduit un arbitrage en ce qui concerne certains différends ne permet pas à l'une des parties en cause de soumettre à l'arbitrage en cours d'autres différends au titre du même contrat s'ils ne remplissent pas les conditions de l'Article 67. Une fois qu'un arbitrage est en cours et que l'Acte de Mission (dans le cas d'un arbitrage devant la Chambre de Commerce Internationale), a été signé, il n'est pas inhabituel que le demandeur (en général, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, l'Entrepreneur) découvre d'autres réclamations qu'il souhaite soumettre à l'arbitrage. Cependant, ces réclamations ne pourront être soumises à l'arbitrage que si elles constituent des différends et remplissent les conditions de l'Article 67, sauf dans l'hypothèse où l'autre partie et, une fois que l'Acte de Mission a été signé, l'arbitre ou les arbitres y consentent.

III. LES ARGUMENTS FAVORABLES OU DÉFAVORABLES AU RÔLE DE L'INGENIEUR

Quels sont les principaux arguments qui sont avancés en faveur ou contre cette procédure quasi-judiciaire ?

A. Les raisons favorables au rôle quasi-judiciaire de l'Ingénieur

En premier lieu, le rôle de l'Ingénieur aux termes du Contrat FIDIC relève de l'histoire et des traditions. En Angleterre, d'où le système provient, son développement est attribué à différents facteurs :

- pour une première part, à la traditionnelle réputation d'intégrité de l'ingénieur-conseil professionnel, à qui l'on estimait que l'on pouvait faire confiance pour ces questions ;

- pour une seconde part, au besoin de disposer, dans le cadre des projets de construction, d'une procédure de règlement des différends rapide et provisoire afin que les travaux ne soient pas interrompus, puisque les conséquences financières néfastes d'une interruption des travaux sont souvent largement supérieures au montant réel du litige ; et

- pour une dernière part, au fait qu'il était, de façon évidente, commode pour le Maître de l'Ouvrage de confier la mission de résoudre les différends au technicien qui avait conçu les travaux, en avait contrôlé l'exécution et, en conséquence, était déjà présent sur le site ; comme le Maître de l'Ouvrage avait à la fois commandé les travaux et, en général, rédigé les documents contractuels (y compris les cahiers des charges), il était en mesure d'assurer la protection de ses intérêts.

Bien que le système ait été critiqué en Angleterre et aux Etats-Unis, il a cependant continué à être utilisé couramment dans les deux pays pendant plus d'un siècle.

En second lieu, cette procédure donne la possibilité à l'Ingénieur de reconsidérer, avec du recul, une position qu'il peut avoir prise à la hâte ou avant que tous les faits aient été connus, et donc peut-être de façon erronée. Elle

III. ARGUMENTS OR REASONS FOR AND AGAINST THE ENGINEER'S ROLE

What are the principal reasons or arguments advanced *for* and *against* this quasi-judicial procedure?

A. The reasons for the Engineer's quasi-judicial role

First, the Engineer's role under the FIDIC Contract owes much to history and tradition. In England, from where this system derives, its development is attributed to various factors:

- the traditional stature and reputation for integrity of the professional Engineer, resulting in a belief that he could be trusted in such matters;

- the need on construction projects for some procedure to settle disputes quickly and provisionally so that the works would not be stopped, inasmuch as the adverse financial consequences of a work stoppage could often far exceed the value of the matter in dispute; and

- the obvious convenience for the Employer to engage the technician who designed the works, was supervising their execution and who, consequently, was already on the site, to settle disputes; as the Employer was the party who had ordered the works and who typically had drawn up the contract documents, he was in a position to see his interests accommodated.

While the system has its critics in England and the United States, it has nevertheless continued in general use in both countries for over a century.

Second, this procedure allows the Engineer the opportunity to reconsider, with detachment, an earlier position that he may have taken hastily or before all facts were known and, thus, erroneously.

sly. It allows him to make a fresh assessment. Moreover, if the Engineer gives reasons in his decision, his reasons may promote settlement of the dispute or, at least, assist any arbitrators called upon subsequently to review it.

Third, as we have seen, the time bar in Clause 67 operates as a filter, cutting down and reducing the number of disputes that need to be submitted to arbitration - an obviously desirable objective.

Fourth, in the case of FIDIC Contracts, the Employers are often in developing countries, relatively unsophisticated in construction matters and need, consequently, the assistance of a consulting engineer or firm of consulting engineers to assess claims and decide disputes with the Contractor, at least in the first instance.

Fifth, even though the procedure is an imperfect system of justice - it is not, as we have seen, an arbitration - any abuses can be corrected later, at the stage of arbitration. At all events, the alternative of having the Employer decide disputes directly would normally be worse. Therefore, with all its shortcomings, it is still almost always better than no system at all.

B. The criticisms of the Engineer's quasi-judicial role

Since the FIDIC Contract came into wide use internationally in the early 1970's, the Engineer's role has been hotly contested, especially (but not only) by lawyers unfamiliar with, and hence understandably suspicious of, this Anglo-American tradition. The principal criticisms have been:

First, a person who has been hired and retained by one party, the Employer, cannot be expected to be impartial (these critics assume, tacitly, that the pre-arbitral decision-maker must be completely independent like a judge or arbitrator).

lui permet de procéder à une nouvelle évaluation des faits. De plus, si l'Ingénieur motive sa décision, ses explications peuvent favoriser le règlement à l'amiable du différend ou, tout au moins, faciliter la tâche des arbitres qui pourraient être appelés par la suite à examiner le différend en question.

En troisième lieu, ainsi que nous l'avons vu plus haut, le délai de forclusion prévu à l'Article 67 fait barrage et réduit le nombre des différends susceptibles d'être soumis à l'arbitrage, ce qui est tout-à-fait positif.

En quatrième lieu, dans le cas des Contrats FIDIC, les Maîtres d'Ouvrage sont souvent situés dans des pays en voie de développement ; ils peuvent manquer d'expérience dans le domaine de la construction et, en conséquence, avoir besoin de l'aide d'un ingénieur-conseil ou d'un bureau d'ingénieurs-conseils pour évaluer les réclamations et trancher les différends les opposant à l'Entrepreneur, au moins en première instance.

En cinquième lieu, même si la procédure ci-dessus mentionnée est un système de justice imparfait - il ne s'agit pas, comme nous l'avons vu, d'un arbitrage - tout abus peut être corrigé plus tard, au stade de la procédure arbitrale. De toutes façons, l'alternative qui consisterait à ce que le Maître de l'Ouvrage tranche directement les différends serait vraisemblablement pire. En conséquence, malgré toutes ses imperfections, cette procédure est presque toujours préférable à l'absence totale de système de règlement.

B. Les critiques du rôle quasi-judiciaire de l'Ingénieur

Depuis le début des années 70, l'usage du Contrat FIDIC s'est répandu au plan international et le rôle de l'Ingénieur a été violemment contesté, spécialement par les juristes qui n'ont pas une bonne connaissance de cette tradition anglo-saxonne et qui donc, comme cela est compréhensible, s'en méfient. Les principales critiques ont été les suivantes.

En premier lieu, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une personne qui a été recrutée et dont les services ont été retenus par une partie, le Maître de l'Ouvrage, soit impartiale (ces critiques supposent, de façon tacite, que la

personne qui rend une décision pré-arbitrale devrait nécessairement être complètement indépendante comme le serait un juge ou un arbitre).

En second lieu, cette procédure est considérée comme constituant une perte de temps en raison des dispositions prévoyant le recours ultérieur à l'arbitrage. M. Duncan Wallace, le spécialiste anglais qui fait autorité en la matière, dit que cette procédure est souvent «une formalité irritante et qui fait perdre du temps» (1) dans la mesure où l'Ingénieur ne revient pas en général sur la décision qu'il a prise au préalable.

En troisième lieu, le système fait l'objet de critiques au motif que l'Ingénieur n'est pas obligé de respecter de procédures spéciales. Ainsi, par exemple, l'Ingénieur n'est pas tenu de procéder à l'audition des deux parties ou de respecter le principe du contradictoire lorsqu'il rend une décision au titre de l'Article 67. Cela est dû au fait que l'Ingénieur, ainsi que cela a déjà été indiqué, n'est pas un arbitre.

En quatrième lieu, il est souvent reproché au délai de forclusion prévu à l'Article 67, dont l'effet est de constituer une sorte de barrage contre le recours à l'arbitrage, d'être contraire à la flexibilité et au caractère informel que certains considèrent comme devant être caractéristiques de l'arbitrage.

En cinquième lieu, de plus en plus souvent, on constate qu'en pratique, aucun ingénieur-conseil ou bureau d'ingénieurs-conseils indépendants n'est choisi par le Maître de l'Ouvrage pour être Ingénieur. En effet, l'Ingénieur est souvent simplement un employé d'un Ministère de l'Etat qui est le Maître de l'Ouvrage. Dans une telle situation, certains soutiennent que la soumission d'un différend à l'Ingénieur n'a aucun sens.

A la suite de ces critiques, d'autres procédures de règlement provisoire des différends en matière de construction ont été proposées mais celles-ci dépassent l'objet du présent article.

Second, this procedure is said to be a waste of time in view of the provision for subsequent arbitration. Mr. Duncan Wallace, the well known English authority, says it is often «an irritating and time-wasting formality» as the Engineer usually will not depart from an earlier decision he may have taken.

Third, the system is criticized because the Engineer is not obliged to observe any special procedures, such as hearing both parties, when giving a decision under Clause 67, which is true, as previously mentioned, because the Engineer is not an arbitrator.

Fourth, the time limits and their effect as a time bar to arbitration are said to be contrary to the flexibility and informality usually associated with arbitration proceedings.

Fifth, increasingly, in practice, no independent firm of consulting engineers is appointed as Engineer by the Employer. Instead, the Engineer is often merely an employee of the Government Ministry which is the Employer. In these circumstances, the reference of a dispute back to the Engineer is meaningless (it is claimed).

As a result of these criticisms, a number of alternative procedures for settling construction disputes, on an interim basis, have been proposed, the discussion of which is beyond the scope of this paper.

IV. EVALUATION OF THE ENGINEER'S ROLE IN SETTLING DISPUTES

Is the procedure effective? Lawyers often view it as a waste of time. In their view, the sooner the dispute gets to arbitration and the parties have their heads knocked together the quicker it is likely to be resolved. On the other hand, consulting engineers (who, of course, see the successful decisions as well as the failures) tend to favor the clause. In the absence of statistics or criteria that would permit an objective assessment, it is difficult, if not impossible, to arrive at a definitive conclusion either way.

The system reflects one construction contract philosophy, namely, the one prevailing in the Anglo-American countries. It is not inherently better or worse than, for example, the system of the *maître d'oeuvre* in use in France and the other Continental European countries.

However, two aspects merit comment:

- (A) Certain practical difficulties with the procedure itself, and
- (B) The impact of the procedure - positive and negative - upon any subsequent arbitration.

A. Some practical difficulties with the procedure

1. *Inherent limits on the Engineer's decision procedure*

There is no express limit in Clause 67 on the range of disputes that need to be submitted to the Engineer. In principle, all disputes under or in connection with the contract must be submitted to him. However, it may be inappropriate for the Engineer to decide at least two types of disputes:

- (i) *Disputes that call directly into question the En-*

IV. ÉVALUATION DU RÔLE DE L'INGÉNIEUR DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Cette procédure est-elle efficace ? Les juristes la considèrent souvent comme une perte de temps. Selon eux, plus un différend est soumis rapidement à l'arbitrage, plus les parties se confrontent rapidement l'une à l'autre et plus le différend en question sera susceptible d'être réglé rapidement. Toutefois, les ingénieurs-conseils (qui, bien entendu, ont connaissance aussi bien des succès que des échecs en la matière) ont tendance à être favorables à la procédure de l'Article 67 du Contrat FIDIC. En l'absence de statistiques ou de critères qui permettraient une évaluation objective, il est difficile, voire impossible, d'arriver à une conclusion définitive à propos de l'efficacité de cette procédure.

Le système prévu à l'Article 67 est une manifestation de la philosophie de la gestion du contrat de construction qui prévaut dans les pays anglo-américains. Ce système n'est pas intrinsèquement meilleur ou pire que, par exemple, celui du maître d'oeuvre qui existe en France et dans les autres pays d'Europe continentale.

Cependant, deux points méritent d'être commentés :

- (A) l'existence de certaines difficultés d'ordre pratique à propos de la procédure elle-même, et
- (B) les conséquences (positives et négatives) de la procédure sur un arbitrage ultérieur.

A. Quelques difficultés d'ordre pratique à propos de la procédure

1. *Les limites inhérentes à la procédure de prise de décision de l'Ingénieur*

L'Article 67 ne contient aucune limite spécifique en ce qui concerne la nature des différends qui doivent être soumis à l'Ingénieur. En principe, tous les différends afférents au contrat ou s'y rapportant, doivent lui être soumis. Cependant, il peut être souhaitable que l'Ingénieur ne tranche pas au moins deux sortes de différends :

- (i) *Les différends mettant directement en cause la conduite*

de l'Ingénieur lui-même, c'est-à-dire, par exemple, un différend résultant d'une plainte formulée par l'Entrepreneur au sujet d'un retard dans la remise de plans par l'Ingénieur ou à propos du niveau de finition excessivement élevé exigé par l'Ingénieur. Est-il raisonnable d'attendre de l'Ingénieur qu'il tranche un tel différend de façon objective quand l'Ingénieur est lui-même confronté à un conflit d'intérêt et qu'il risque d'engager sa responsabilité s'il rend une décision qui lui serait défavorable ? Certains auteurs anglais sont d'avis que l'Ingénieur devrait trancher de tels différends alors qu'il existe des décisions judiciaires américaines qui s'y opposent. La jurisprudence est donc partagée sur cette question (2).

(ii) *Les différends concernant des questions purement juridiques*, c'est-à-dire, par exemple, une réclamation en raison du non-respect d'une stipulation d'un contrat, ou en raison d'une fausse déclaration. Il est clair que l'Ingénieur ne peut statuer sur ces questions sans conseils dans le domaine juridique. Devrait-il statuer sur ces questions sur la base de conseils dans le domaine juridique ? A nouveau, le Contrat FIDIC n'offre pas de réponse claire à cette question.

Toutefois, si l'on en venait à exclure certains litiges de la compétence de l'Ingénieur en matière de règlement des litiges, cela pourrait entraîner la survenance de débats en matière de procédure pour savoir si un tel différend devrait être soumis ou non à l'Ingénieur en vertu de l'Article 67 avant d'être soumis à l'arbitrage. En raison des délais et des coûts qu'impliqueraient de tels débats de procédure, il est sans doute préférable que l'Ingénieur conserve, en fin de compte, le pouvoir de trancher *tout* différend, comme cela est le cas actuellement. Ces questions mériteraient, pour le moins, d'être examinées avec plus d'attention.

Il existe une autre incertitude à propos de la durée du délai pendant lequel l'Entrepreneur est tenu, après l'achèvement des travaux, de soumettre tout litige éventuel à l'Ingénieur, cette obligation étant une condition suspensive du recours à l'arbitrage. Le Contrat FIDIC ne prévoit aucun délai spécifique à ce sujet. Cependant, lorsque les travaux ont été achevés et que le Certificat de Réception des Travaux a été délivré, l'Ingénieur n'a plus, en principe, d'obligations au titre du Contrat FIDIC et en général son propre

engineer's own conduct, i.e. a dispute about a claim by the Contractor on account of delay in the issuance of drawings by the Engineer or on account of excessively high standards of completion required by the Engineer. Is it reasonable to expect the Engineer to decide such a dispute objectively when the Engineer is himself faced with a conflict of interest and exposed to liability if he decides against himself in effect? There are certain English legal authorities which suggest he should decide such disputes, whereas there are American cases that suggest he should not. Thus, the answer provided so far by the courts and authorities is inconclusive.

(ii) *Disputes concerning purely legal questions*, e.g. a claim for breach of contract, repudiation or misrepresentation. Clearly, the Engineer is not competent to decide them without legal advice. Should he be deciding them upon the basis of legal advice? Again, the FIDIC Contract does not clearly answer this question.

On the other hand, if one were to carve out certain disputes from the Engineer's decision-making role, one would then create the potential for jurisdictional arguments over whether a particular dispute needed to be submitted to the Engineer under Clause 67 before arbitration or not. Because of the delays and costs involved in jurisdictional arguments it may, on balance, be preferable for the Engineer to retain the power to decide *all* disputes, as is the case now. At the least, these issues should be given more attention.

Another uncertainty is determining for how long after the completion of the works the Contractor is bound to refer disputes to the Engineer as a condition precedent to arbitration. The FIDIC Contract places no express time limit on the need to do so. On the other hand, after the works have been completed and the Taking-Over Certificate has been issued, the Engineer may have no other duties under the FIDIC Contract and his own contract with the Employer will usually have come to an end. In these circumstances, should

there be any continuing need to refer disputes to the Engineer as a condition to arbitration? This point needs to be clarified.

2. The procedure can also lead to anomalous results when transposed into another (e.g. the civil law) legal system

As mentioned above, if a party does not challenge the Engineer's decision properly within 70 days, the decision is said to become «final and binding» on the parties. In principle, neither party can, henceforward, refer the matter to arbitration or the courts. However, in the common law countries, where such contractual time bars to the commencement of arbitration are common, there are also well established rules to moderate their effect:

(i) For example, under U.S. law, so-called «final and binding» decisions can be overturned in cases of fraud, bad faith, gross mistake or failure by the Engineer to exercise honest judgement or on the ground that the decision was made arbitrarily or capriciously.

(ii) Under English law, a time limit to take some steps to commence arbitration may be extended by the courts if «undue hardship» would otherwise be caused. Similar provisions are contained, I believe, in the arbitration statutes of Australia, Hong Kong and other countries that derive their arbitration statutes from England. In several reported cases, such provisions have been used precisely to extend the time limit in Clause 67 of the FIDIC Contract.

However, perhaps because such contractual time bars to arbitration are rare, if not totally unknown, in civil law countries (e.g. France), there may be few, if any, rules to moderate their effects there. Consequently, in the case of a FIDIC Contract governed by the law of a civil law jurisdiction, the time bar in Clause 67 may be applied literally, and have far harsher consequences than in common

contrat avec le Maître de l'Ouvrage prend fin. Dans ces conditions, la nécessité de soumettre tout litige éventuel à l'Ingénieur subsiste-t-elle et devrait-elle continuer à constituer une condition suspensive du recours à l'arbitrage ? Ce point nécessite d'être éclairci.

2. La procédure peut également aboutir à des résultats anormaux lorsqu'elle est transposée dans un autre système de droit (par exemple en droit civil)

Ainsi que cela a été indiqué ci-dessus, si aucune des parties ne conteste la décision de l'Ingénieur dans un délai de 70 jours, cette décision devient «définitive et s'impose» aux parties. En principe, aucune partie ne peut, de ce fait, soumettre cette question à l'arbitrage ou aux tribunaux. Cependant dans les pays de «common law», où de telles contraintes contractuelles en ce qui concerne les délais au cours desquels un arbitrage doit être introduit sont courantes, il existe aussi des règles bien établies pour atténuer les effets de ces contraintes :

(i) par exemple, en droit américain, les décisions qualifiées de «définitives et s'imposant aux parties» peuvent être contestées en cas de fraude, mauvaise foi, erreur grossière ou manquement de l'Ingénieur à son obligation de trancher le litige de façon honnête ou au motif que la décision a été prise de manière arbitraire ou capricieuse (3) ;

(ii) en droit anglais, le délai au cours duquel une procédure d'arbitrage doit être introduite peut être prolongé par les tribunaux si un «préjudice injustifié» («undue hardship») devait résulter du délai initial. Il semble que des dispositions similaires existent dans le droit de l'arbitrage en Australie, à Hong-Kong et dans d'autres pays, dont le droit dérive du droit anglais (4). Dans plusieurs décisions publiées, de telles dispositions ont été utilisées pour prolonger le délai prévu par l'Article 67 du Contrat FIDIC (5).

Cependant, parce que de telles contraintes contractuelles à propos des délais au cours desquels un arbitrage doit être introduit sont rares, sinon totalement inconnues, dans les pays de droit civil (par exemple, en France), peu de règles, pour ne pas dire aucune, n'existent dans ces pays tendant à atténuer les effets de ces contraintes. Par conséquent, dans le cas d'un Contrat FIDIC soumis au droit d'un pays

de droit civil, le délai d'action prévu à l'Article 67 pourra trouver à s'appliquer sans aucun aménagement, et ce délai aura alors des conséquences bien plus draconiennes que si le Contrat FIDIC était soumis au droit d'un pays de «common law» dont il est originaire. Cette anomalie, qui résulte de la transposition d'une procédure de «common law» à un modèle de contrat international qui est susceptible d'être soumis à des systèmes de droit variés, mérite une plus grande attention.

En raison des critiques émises à propos de la procédure de règlement des litiges par l'Ingénieur, il a été proposé de remplacer l'Ingénieur notamment par un expert technique neutre ou un comité d'experts techniques neutres ou par un référé pré-arbitral (6). Mais pourquoi les Maîtres d'Ouvrage accepteraient-ils une telle proposition ? Jusqu'ici, le marché international de la construction a eu tendance à être un «marché de Maîtres d'Ouvrage». Les Maîtres d'Ouvrage ont généralement été en mesure d'imposer aux entrepreneurs des conditions plus lourdes (souvent même beaucoup plus lourdes) pour ces derniers que celles contenues dans le Contrat FIDIC. Le Contrat FIDIC constitue un modèle de contrat aussi favorable aux entrepreneurs que les contrats qu'ils ont été en mesure d'obtenir sur le plan international. Alors pourquoi la plupart des Maîtres d'Ouvrage accepteraient-ils de le remplacer par un système qui leur serait moins favorable et qui serait susceptible d'être plus coûteux ? Tant qu'un autre système n'apportera pas de réponse satisfaisante à cette question, celle-ci risque de rester un exercice théorique réservé aux juristes au moins aussi longtemps que le marché international de la construction restera un «marché de Maîtres d'Ouvrage».

B. Les conséquences de la procédure de prise de décision de l'Ingénieur sur l'arbitrage postérieur

La procédure tend à avoir à la fois un effet positif et un effet négatif sur l'arbitrage.

(i) L'aspect positif :

Le tribunal arbitral bénéficie d'une décision sur un litige prise par un technicien qui était sur le site au moment du litige, qui peut avoir été témoin de faits utiles et qui connaît le projet et les documents contractuels. De plus, une

law jurisdictions from which it derives. This anomaly, which results from transposing a common law procedure into an international form of contract that may be made subject to widely varying systems of law, merits greater attention.

As a result of dissatisfaction with the procedure for the settlement of disputes by the Engineer, there have been proposals to replace the Engineer as a dispute settler by, for example, a neutral technical expert or board of technical experts, or by a pre-arbitral referee. But why would Employers accept such a proposal? Until now, the international construction market has tended to be a «buyer's market». Employers have generally been successful in imposing more onerous conditions on contractors than are contained in the FIDIC Contract. Often they are much more onerous. The FIDIC Contract has represented as favorable a form of contract to contractors as they have been able to obtain internationally. Why then would most Employers accept another system that is less favorable to them and likely to cost more money? Unless any other system can satisfactorily address this question, it risks remaining a lawyer's theoretical exercise.

B. Impact of the Engineer's decision procedure on the subsequent arbitration

The procedure tends to have both a positive and a negative impact on the arbitration.

(i) Positive side

The arbitral tribunal receives the benefit of a decision on the dispute by a technician who was on the site at the time, may have witnessed relevant facts and is familiar with the project and the contract documents. Moreover, a two-tiered

procedure for the resolution of disputes (Engineer's decision and arbitral award) should minimize the risk of error or unfairness. In addition, this procedure, especially the time bar in the clause, cuts down and reduces the disputes that need to go to arbitration.

(ii) Negative side

On the other hand, the procedure also often has a serious negative impact on the arbitration.

The clause is so complex and difficult for the uninitiated to understand that, in almost every arbitration case under a FIDIC Contract of which the author is aware, it has been arguable that one party or the other, often both, have failed to comply in some respect with Clause 67. Typically the defendant will argue that the claimant has not satisfied the conditions precedent to arbitration in the Clause or, alternatively, that the claimant's claims have been the subject of final and binding decisions of the Engineer and should be dismissed. The claimant will usually advance similar arguments with respect to the defendant's counter-claims, if any.

These jurisdictional issues usually have then to be addressed by a partial award at the outset of the arbitration. Given the time necessary for written submissions and hearings, the rendering of a partial award on jurisdiction by the arbitral tribunal and its review by the ICC's International Court of Arbitration, even if the tribunal upholds its jurisdiction, it will ordinarily not be possible to reach the merits of the case until at least one or two years after proceedings have begun. The cost of settling these jurisdictional issues may also be substantial.

Therefore, the time and expense that need to be expended on jurisdictional disputes must be weighed against the benefits to be derived from the Clause.

procédure à deux niveaux pour la résolution des litiges (la décision de l'Ingénieur et la sentence arbitrale) devrait diminuer le risque d'erreur ou d'injustice. Enfin, cette procédure, et en particulier le délai de forclusion, réduit le nombre des litiges susceptibles d'être soumis à l'arbitrage.

(ii) L'aspect négatif :

D'un autre côté, la procédure a souvent un effet négatif important sur l'arbitrage.

L'Article 67 est si complexe et difficile à comprendre pour le non-initié que, dans presque chaque arbitrage ayant trait à un contrat FIDIC dont l'auteur du présent article a connaissance, il a été soutenu qu'une partie ou l'autre, souvent les deux, ne s'étaient pas pleinement conformées à l'Article 67. En général, le défendeur prétend que le demandeur n'a pas respecté les conditions suspensives à l'arbitrage prévues à l'Article 67, ou que les réclamations du demandeur ont fait l'objet de décisions de l'Ingénieur qui sont définitives et qui s'imposent aux parties et que ces réclamations doivent donc être rejetées. Le demandeur a, en général, recours à des arguments comparables à l'égard des éventuelles demandes reconventionnelles du défendeur.

Ces questions de compétence doivent alors, en général, faire l'objet d'une sentence partielle au début de la procédure d'arbitrage. Etant donné le temps nécessaire (i) à la présentation des plaidoiries écrites et des audiences, (ii) au tribunal arbitral pour rendre une sentence partielle sur la compétence et (iii) à la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale pour examiner la forme de cette sentence partielle, le tribunal arbitral, même s'il décide qu'il est compétent, ne pourra pas, en général, aborder le fond de l'arbitrage avant au moins une à deux années après que la procédure ait été introduite. Les coûts afférents au règlement de ces questions de compétence peuvent aussi ne pas être négligeables.

Il convient donc de comparer les inconvénients que représentent le temps et les dépenses considérables qu'il est souvent nécessaire de consacrer à de tels litiges en matière de compétence, avec les avantages que présente la procédure de l'Article 67.

Cet article est une version légèrement modifiée du texte d'une intervention faite par l'auteur au Congrès de l'ICCA (International Council for Commercial Arbitration) qui a eu lieu à Stockholm, en Suède, en mai 1990.

Notes

1. I. N. Duncan Wallace, *The International Civil Engineering Contract* (Sweet & Maxwell, Londres 1974) p. 169.
2. Voir Seppala, *La Procédure Pré-Arbitrale de Règlement des Litiges Selon les Conditions du Contrat-Type de Génie Civil de la FIDIC*, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N°6/1987, 579-606. Voir aussi, Seppala, *FIDIC (4th Edition 1987) The Principal Changes in the Procedure for the Settlement of Disputes (Clause 67)* (1989) 6 I.C.L.R. 177.
3. Seppala, *supra* note 2, *La Procédure Pré-Arbitrale de Règlement des Litiges Selon les Conditions du Contrat Type de Génie Civil de la FIDIC*, 601.
4. Voir, par exemple, *Correspondents' Reports - Hong Kong* (1989) 6 I.C.R.L. 463, 467-68.
5. Voir, par exemple, *International Tank and Pipe S.A.K. c. Kuwait Aviation Fueling* (1975) Q. B. 224, (1977) 5 B.L.R. 147.
6. Voir, *Règlement en Vigueur Depuis le 1er Janvier 1990 Afférent Au Référé Pré-Arbitral de la CCI*.

ANNEXE

Règlement des Différends

Décision de l'Ingénieur 67.1

Si un différend de quelque nature que ce soit survient entre le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur en relation avec ou par suite du Marché ou de l'exécution des Travaux, soit pendant l'exécution des Travaux ou après leur achèvement et soit avant ou après la résiliation ou toute autre cessation du Marché, y compris tout différend quant à un avis, un ordre, une instruction, une décision, un certificat ou une évaluation de l'Ingénieur, l'objet du différend doit, en premier lieu, être soumis par écrit à l'Ingénieur, avec copie à l'autre partie. Il sera indiqué que cette communication est faite conformément au présent Article 67. Au plus tard quatre-vingt-quatre jours après avoir reçu la communication en question l'Ingénieur notifiera le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur de sa décision. Il doit être mentionné que cette décision est prise conformément au présent Article 67.

A moins que le Marché n'ait déjà été résilié ou n'ait déjà cessé, l'Entrepreneur doit, dans tous les cas, poursuivre l'exécution des Travaux en toute diligence et l'Entrepreneur ainsi que le Maître de l'Ouvrage doivent mettre à exécution toute décision de l'Ingénieur à

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 Contract 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 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, arbitration of such dispute shall not be commenced unless an attempt has first been made by the parties to settle such dispute amicably. 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, whether or not any 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, determi-

moins que et jusqu'à ce que celle-ci soit révisée, selon les dispositions ci-après, par un règlement à l'amiable ou par une sentence arbitrale.

Si soit le Maître de l'Ouvrage soit l'Entrepreneur n'est pas satisfait d'une décision de l'Ingénieur, ou si celui-ci néglige de donner notification de sa décision le quatre-vingt-quatrième jour au plus tard après avoir reçu la communication sus-visée, le Maître de l'Ouvrage ou l'Entrepreneur peut alors, le soixante-dixième jour au plus tard après avoir reçu notification de cette décision, ou le soixante-dixième jour au plus tard après l'expiration de ladite période de 84 jours, selon le cas, notifier l'autre partie, avec copie à l'Ingénieur à titre d'information, de son intention de soumettre la question à l'arbitrage, comme il est prévu ci-après. Cette notification doit établir le droit de la partie qui émet la notification d'engager l'arbitrage, de la façon prévue ci-après, et, sous réserve de l'Article 67.4, aucun arbitrage ne peut être engagé à moins qu'une telle notification ne soit donnée.

Si l'Ingénieur a notifié sa décision quant à l'objet d'un différend au Maître de l'Ouvrage et à l'Entrepreneur et qu'aucune notification d'intention de soumettre ledit différend à l'arbitrage n'a été donnée ni par le Maître de l'Ouvrage ni par l'Entrepreneur le soixante-dixième jour au plus tard après que les parties aient reçu notification de la décision de l'Ingénieur, ladite décision devient définitive et irrévocable pour le Maître de l'Ouvrage et l'Entrepreneur.

Règlement à l'Amiable 67.2

Lorsqu'il a été donné notification d'intention de soumettre le différend à l'arbitrage conformément aux dispositions de l'Article 67.1, l'arbitrage dudit litige ne débutera pas tant que les parties n'aient pas tenté de régler leur différend à l'amiable. Il est entendu que, sauf accord contraire entre les parties, l'arbitrage peut commencer à partir du cinquante-sixième jour après la notification d'intention de soumettre le différend à l'arbitrage, qu'une tentative de règlement à l'amiable ait eu lieu ou non.

Arbitrage 67.3

Tout différend pour lequel:

- (a) la décision, éventuelle, de l'Ingénieur n'est pas devenue définitive et irrévocable conformément à l'Article 67.1, et
- (b) un règlement à l'amiable n'a pas été atteint pendant le délai prévu à l'Article 67.2

sera définitivement réglé, sauf stipulation contraire du Marché, selon le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement. Le ou lesdits arbitres auront pleins pouvoirs pour remettre en cause, revoir et réviser toute décision, tous avis, instruc-

tion, détermination, certificat ou évaluation de l'Ingénieur quant à ce différend.

Aucune des deux parties ne sera limitée dans cette instance devant le ou les arbitres aux seuls preuves ou arguments fournis à l'Ingénieur afin d'obtenir sa décision selon les termes de l'Article 67.1. Aucune de ces décisions n'empêchera l'Ingénieur d'être appelé comme témoin et de témoigner devant le ou les arbitres sur quelque problème que ce soit afférent au différend.

L'arbitrage peut commencer avant ou après l'achèvement des Travaux, étant entendu que les obligations du Maître de l'Ouvrage, de l'Ingénieur et de l'Entrepreneur ne seront pas modifiées en raison du fait que l'arbitrage a lieu pendant l'exécution des Travaux.

Non Observation d'une Décision de l'Ingénieur 67.4

Lorsque ni le Maître de l'ouvrage ni l'Entrepreneur n'a donné notification de son intention de soumettre un différend à l'arbitrage dans les délais prévus à l'article 67.1 et que la décision y afférente est devenue définitive et irrévocable, l'une ou l'autre partie peut, si l'autre partie ne respecte pas cette décision, et sans porter préjudice aux autres droits qu'elle peut avoir, soumettre ce manquement à l'arbitrage conformément aux termes de l'Article 67.3. Les dispositions des Articles 67.1 et 67.2 ne seront pas applicables dans ce cas.

nation, 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.