



Assemblée générale

Distr. générale
3 janvier 2020
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-troisième session
Vienne, 6-17 juillet 2020

Règlement des différends commerciaux

Médiation commerciale internationale : projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation	2



I. Introduction

1. À sa cinquante et unième session, en 2018, la Commission a entendu une proposition tendant à ce que le Secrétariat soit chargé a) d'actualiser le Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980), dans un double souci de prise en compte de la pratique actuelle et d'harmonisation avec le fond des instruments finalisés par la Commission à ladite session¹, et b) d'élaborer un aide-mémoire sur les modalités d'organisation de la médiation². À l'issue de la discussion, elle a décidé que le Secrétariat élaborerait un règlement de médiation et un aide-mémoire sur la médiation, en tenant compte des nouveaux instruments adoptés dans le domaine de la médiation commerciale internationale³.
2. À sa cinquante-deuxième session, en 2019, la Commission était saisie du projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation (A/CN.9/987), dont l'élaboration par le Secrétariat avait donné lieu à de larges consultations avec des experts. Elle a reporté à sa cinquante-troisième session l'examen du projet de texte, au sujet duquel les États et les autres parties intéressées ont été invités à présenter des commentaires, tandis que le Secrétariat a été prié d'en établir une version révisée⁴.
3. En conséquence, la présente note expose le projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation, en vue de son examen par la Commission.

II. Projet d'aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation

4. La Commission voudra peut-être noter que le Règlement dont il est question dans le projet de texte ci-après est le Règlement de médiation de la CNUDCI, qui lui est présenté pour adoption à sa session en cours (voir A/CN.9/1026). Afin de tenir compte de la version finale de ce Règlement, des ajustements seront apportés aux références qui y sont faites.
5. Le texte du projet d'aide-mémoire sur la médiation est libellé comme suit :

Aide-mémoire de la CNUDCI sur la médiation ([2020])

Objet de l'Aide-mémoire

1. Le présent Aide-mémoire recense et décrit brièvement les questions en rapport avec la médiation. Élaboré dans l'optique de la médiation internationale, il est destiné à un usage général et universel par les praticiens de la médiation et les parties à un différend.
2. En raison de la souplesse qui caractérise la médiation, les pratiques, méthodes et styles procéduraux visant à favoriser un règlement entre les parties varient. Dans la mesure où chaque approche présente ses propres avantages, l'Aide-mémoire ne cherche pas à promouvoir une quelconque pratique en tant que pratique optimale.
3. L'Aide-mémoire vise à aider les parties à mieux comprendre la médiation, notamment la grande diversité et la souplesse des résultats possibles. Les parties et le médiateur sont libres de l'utiliser ou d'y faire référence comme ils le jugent bon, dans la mesure qu'ils estiment appropriée, et ils ne sont pas tenus d'en

¹ Ces instruments sont la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation et la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (encore appelée « Convention de Singapour sur la médiation »).

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, par. 246.

³ *Ibid.*, par. 254.

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17)*, par. 118 et 123.

adopter un élément particulier ni de se justifier s'ils ne l'adoptent pas. L'Aide-mémoire n'énonce aucune exigence légale contraignante pour les parties ou le médiateur et ne saurait faire office de règlement de médiation.

Principales caractéristiques de la médiation

4. La médiation est un mécanisme de règlement des différends efficace et économique. Elle permet aux parties de prévenir ou de régler un différend en tenant compte de leurs intérêts et en évitant de faire un gagnant et un perdant.

5. La médiation peut servir à régler un large éventail de différends. Son utilisation se traduit par des avantages non négligeables, notamment en ce qu'elle facilite aux parties l'administration des opérations internationales et réduit les cas où un différend aboutit à la rupture d'une relation commerciale.

Processus non juridictionnel

6. La médiation ne revêt pas de caractère formel et, contrairement à un processus juridictionnel, ne repose pas sur des règles complexes de forme et de procédure. En effet, les modalités de déroulement d'une médiation ne sont pas juridiquement prédéfinies.

7. Lorsque la médiation réussit, l'état d'esprit des parties, conflictuel au début (« une partie contre l'autre »), devient souvent constructif (« les deux parties contre le problème »). Même si les parties ne parviennent pas à un accord de règlement, le processus peut leur permettre de mieux cerner les questions en jeu et de renoncer à des attentes irréalistes.

Processus souple

8. La médiation est un processus souple, que les parties peuvent adapter comme elles le souhaitent, en tenant également compte de leurs besoins et des circonstances de l'affaire. Par conséquent, elle est généralement plus rapide et moins coûteuse que la procédure de décision d'urgence rendue par un tiers.

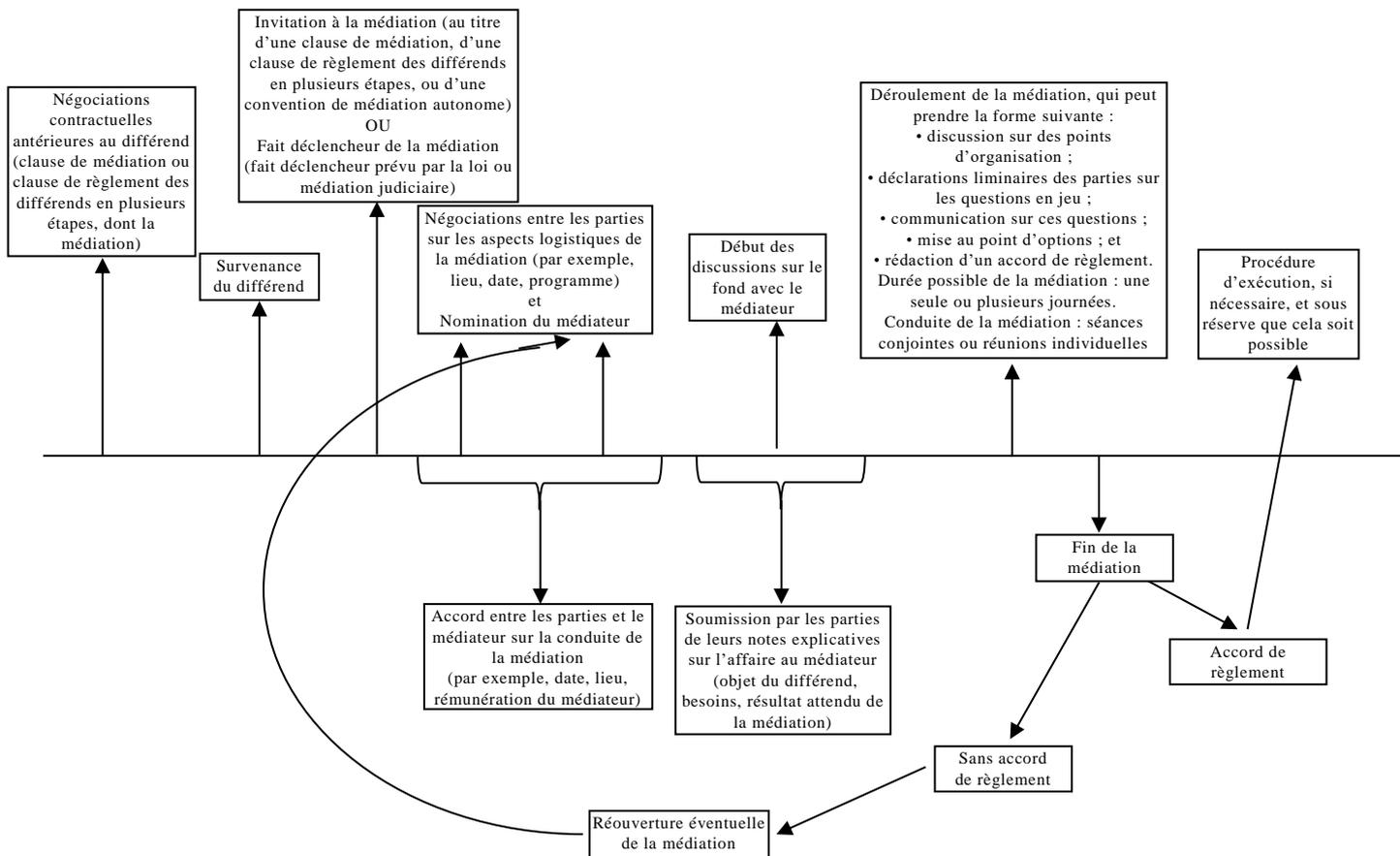
9. Les parties se concentrent sur leurs préoccupations et intérêts sous-jacents. Elles peuvent remédier à d'éventuels malentendus et poser les bases d'une relation commerciale plus durable.

Processus volontaire basé sur l'autonomie des parties

10. La médiation demeure volontaire et repose entièrement sur l'autonomie des parties. En effet, les parties gardent pleinement le contrôle de leur participation à une médiation. À moins que des exigences impératives ne s'appliquent en vertu d'une source de droit pertinente, elles sont généralement libres de :

- Convenir du choix du médiateur ;
- Convenir de la conduite de la médiation ;
- Déterminer la portée des questions à soumettre à la médiation ;
- Mettre au point leurs propres solutions ;
- Résoudre leur différend dans sa globalité ou convenir d'une solution partielle ; et/ou
- Mettre fin à la médiation à tout moment.

11. Le diagramme suivant donne une vue d'ensemble des étapes de la médiation.



Cadre juridique

Convention de Singapour sur la médiation

12. Adoptée par l'Assemblée générale le 20 décembre 2018⁵, la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (la « Convention de Singapour sur la médiation » ou la « Convention ») s'applique aux accords de règlement internationaux issus de la médiation conclus par les parties aux fins du règlement d'un litige commercial, tels qu'ils sont définis dans la Convention⁶. Elle offre un cadre uniforme et efficace pour faire exécuter les accords de règlement internationaux issus de la médiation et pour permettre aux parties d'invoquer ces accords. Elle permet de faire en sorte qu'un accord conclu par les parties devienne obligatoire et exécutoire par l'application d'une procédure simplifiée et rationalisée.

Lois sur la médiation

13. Les lois sur la médiation, par exemple celles qui ont pour modèle la Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation (la « Loi type sur la

⁵ Résolution 73/198 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2018.

⁶ L'article 1-1 de la Convention est libellé comme suit : « La présente Convention s'applique à tout accord issu de la médiation et conclu par écrit par des parties pour régler un litige commercial ("accord de règlement") qui, au moment de sa conclusion, est international en ce que : a) [a]u moins deux parties à cet accord ont leur établissement dans des États différents ; ou b) [l] État dans lequel les parties à l'accord ont leur établissement est différent : i) [s]oit de l'État dans lequel une part substantielle des obligations découlant de l'accord est exécutée ; ii) [s]oit de l'État avec lequel l'objet de l'accord a le lien le plus étroit. »

médiation »), définissent généralement la médiation comme un processus dans lequel les parties s'efforcent, avec l'aide d'un ou de plusieurs tiers, de négocier et de conclure un règlement amiable de leur différend. Le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties.

14. Pour l'essentiel, les lois sur la médiation cherchent à trouver un juste milieu entre l'objectif de protéger l'intégrité du processus de médiation, par exemple en faisant en sorte que le médiateur s'acquitte de son obligation d'information, et celui d'assurer le maximum de souplesse en préservant l'autonomie des parties. Elles sont conçues de manière à tenir compte des différences procédurales et comprennent donc souvent des dispositions supplétives sur le déroulement de la médiation. Elles sont souvent axées sur la médiation interne et comportent des dispositions sur l'accès à la médiation, la nomination et l'accréditation des médiateurs et la protection de la confidentialité.

Règlement de médiation

15. Les parties peuvent convenir d'utiliser un règlement de médiation, qui fixe généralement le cadre procédural de la médiation et contient des clauses types de médiation que les parties peuvent facilement adopter dans leurs contrats commerciaux. Le Règlement de médiation de la CNUDCI, par exemple, est un ensemble de règles procédurales qui peut être utilisé sans que la médiation ne soit administrée par une institution, et que les parties sont libres de modifier et d'adapter comme elles le souhaitent. Elles peuvent aussi décider de faire administrer la procédure par une institution. La plupart des règlements institutionnels accordent également aux parties un niveau de souplesse élevé.

Liste des questions qui pourraient être prises en considération dans le cadre de l'organisation d'une médiation

- 1. Début de la médiation**
 - a) Fondements divers
 - b) Convention des parties
 - c) Invitation à la médiation
 - d) Date d'ouverture de la médiation
 - e) Appui institutionnel
- 2. Sélection et nomination d'un médiateur**
 - a) Comment sélectionner et nommer un médiateur
 - b) Disponibilité, compétences et profil
 - c) Exigences déontologiques
- 3. Étapes préparatoires**
 - a) Mandat, honoraires et autres coûts
 - b) Assistance administrative
 - c) Présence et représentation des parties
 - d) Traitement des questions de confidentialité
 - e) Détermination du lieu de la médiation
 - f) Accord sur la langue de la médiation

4. Conduite de la médiation

- a) Rôle du médiateur
- b) Consultations initiales
- c) Communications et pièces justificatives
- d) Séances de médiation et négociations actives

5. Accord de règlement

- a) Propositions de règlement
- b) Rédaction de l'accord de règlement
- c) Caractère exécutoire

6. Fin de la médiation**7. Médiation dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États**

- a) Sélection et nomination d'un médiateur
- b) Confidentialité et transparence
- c) Tiers
- d) Pouvoir de règlement

Annotations**1. Début de la médiation****a) Fondements divers**

16. La médiation peut être utilisée avec succès à différents stades d'un litige, avant ou pendant toute procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre.

17. La médiation peut se fonder sur une convention des parties conclue avant ou après la survenance d'un différend (voir par. 19 à 22 ci-dessous). Elle représente souvent la dernière option envisageable pour tenter de régler le différend avant l'ouverture d'une procédure formelle, ou après la conclusion d'une telle procédure (par exemple, aux fins de l'exécution d'une sentence arbitrale ou d'un jugement).

18. La médiation peut également être engagée au titre d'une obligation prévue par un instrument international ou par la loi, ou à la demande ou à l'invitation d'une juridiction, d'un tribunal arbitral ou d'une entité publique compétente.

b) Convention des parties*Convention antérieure au litige*

19. Il est souhaitable que les parties incluent dans leur contrat une clause de médiation, qui prévoit généralement qu'elles chercheront à résoudre tout différend relatif au contrat par la médiation. Les parties adaptent généralement cette clause à leurs besoins. Elles peuvent choisir de renvoyer à un règlement de médiation (voir par. 15 ci-dessus), et indiquer la langue et le lieu d'une éventuelle médiation (voir par. 52 à 54 ci-dessous).

20. Une clause de médiation antérieure à tout différend peut être insérée dans un contrat soit comme clause simple, soit comme partie d'une clause de résolution des litiges en plusieurs étapes où la médiation est l'une des premières étapes, soit comme clause prévoyant la conduite d'une médiation parallèlement

à une procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre. Dans le cas d'une clause multi-étapes, il est souhaitable que les parties définissent des périodes pendant lesquelles elles doivent accomplir certains actes au titre du processus par étapes, de manière à établir des points de repère pour le processus et son échelonnement dans le temps.

Convention relative à un litige existant

21. En l'absence de convention de médiation préexistante, une partie peut demander l'ouverture d'une médiation à tout stade du litige, même si une procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre est en cours.

22. Lorsqu'une médiation a lieu pendant une procédure arbitrale ou judiciaire, celle-ci peut être suspendue, ce qui permet de libérer du temps pour le déroulement de la médiation. Dans certains cas, les parties peuvent convenir de mener en parallèle la médiation et la procédure arbitrale ou judiciaire.

c) Invitation à la médiation

23. La partie qui souhaite engager une médiation envoie généralement une invitation à cet effet à l'autre ou aux autres parties.

24. À ce stade préliminaire, sous réserve de toutes modalités convenues ou obligatoires, il est utile de faire figurer dans l'invitation les indications suivantes :

- i) Une brève description de l'objet du différend ;
- ii) Tout contrat ou autre instrument juridique duquel est né le différend ou auquel il se rapporte ou, en l'absence d'un tel contrat ou instrument, une brève description de la relation concernée ;
- iii) Le fondement de la médiation, en précisant, par exemple, si l'invitation est faite au titre d'une convention de médiation ou à un autre titre ;
- iv) Le règlement de médiation applicable, le cas échéant, ou les modalités de la médiation ; et
- v) Une période à l'issue de laquelle la partie, si elle n'a pas reçu d'acceptation de son invitation à la médiation, peut choisir de considérer l'absence de réponse comme un rejet de sa proposition.

d) Date d'ouverture de la médiation

25. Il est souhaitable que les parties déterminent la date d'ouverture de la médiation pour plusieurs raisons, notamment parce que cette date marque le début de l'obligation de confidentialité.

26. La date d'ouverture est souvent le jour où les parties au différend conviennent d'engager une médiation.

e) Appui institutionnel

27. Les parties peuvent envisager de soumettre leur différend à une institution de médiation. Les institutions de ce type peuvent s'occuper de la médiation en général ou être spécialisées dans certains types de différends, par exemple les différends survenant dans le domaine du bâtiment, des infrastructures ou de la propriété intellectuelle, ou dans certains modes de règlement, comme le règlement en ligne des litiges.

28. La disponibilité, la nature et le coût de l'appui institutionnel varient selon l'organisme. Cet appui peut comporter :

- i) Des conseils sur l'organisation de la médiation (par exemple, en ce qui concerne ses étapes et ses coûts) ;

- ii) Une aide pour la sélection et la nomination d'un médiateur ;
- iii) Une assistance en matière logistique (par exemple, réservation de salles de conférence et de services de traduction) ;
- iv) Des mesures de protection des données ou de cybersécurité (en particulier pour la médiation en ligne) ; et
- v) Une attestation du fait qu'une médiation a eu lieu.

2. Sélection et nomination d'un médiateur

a) Comment sélectionner et nommer un médiateur

29. Après que les parties sont convenues d'engager une médiation, elles procèdent généralement à la sélection et à la nomination du médiateur. Elles peuvent convenir d'un médiateur ou d'une procédure de nomination. Le fait que les parties s'efforcent d'abord de convenir d'un médiateur présente l'avantage d'être conforme au caractère consensuel de la médiation ainsi que de conférer aux parties davantage de maîtrise et d'autonomie et, partant, de les inciter à se fier au processus de médiation.

30. La pratique générale consiste à nommer un seul médiateur, par souci de rapidité et d'économie. Il arrive toutefois que les parties nomment deux ou plusieurs médiateurs, par exemple dans les cas suivants :

- i) Des compétences spécialisées sont nécessaires dans plus d'un domaine en raison de la complexité du différend ;
- ii) Un médiateur unique pourrait ne pas avoir une connaissance suffisante des usages juridiques et commerciaux, des langues ou des cultures liés à une opération internationale ; ou
- iii) Le différend fait intervenir une pluralité de parties.

31. Certains règlements de médiation prévoient l'intervention d'une autorité de nomination lorsque les parties ne peuvent convenir d'un médiateur. Dans ce cas, les parties peuvent demander à une autorité de nomination de leur recommander un médiateur approprié ou de procéder directement à la nomination⁷. Lorsqu'elle recommande ou nomme une personne pour agir en qualité de médiateur dans une médiation internationale, l'autorité de nomination peut se demander s'il est nécessaire de choisir un médiateur d'une nationalité autre que celles des parties et elle devrait s'efforcer de respecter la parité femmes-hommes et la diversité géographique.

b) Disponibilité, compétences et profil

32. Lorsqu'elles envisagent de sélectionner un médiateur, les parties peuvent tenir compte des éléments suivants :

- i) Sa disponibilité ;
- ii) Sa formation et son expérience dans le domaine de la médiation et son aptitude à mener la médiation ;
- iii) Son profil, par exemple sa nationalité et la tradition juridique dont il est issu;
- iv) Toute accréditation ou certification pertinente délivrée par un organisme professionnel reconnu de normalisation de la médiation ; et

⁷ Par exemple, le Règlement de médiation de la CNUDCI prévoit, à son article 3, que les parties peuvent faire appel à une autorité de sélection pour qu'elle sélectionne un médiateur, qui peut ensuite être nommé par les parties.

v) Son expérience professionnelle et ses qualifications, notamment ses compétences spécialisées dans le domaine concerné, ainsi que ses compétences linguistiques et techniques.

c) Exigences déontologiques

33. De manière générale, le médiateur est indépendant et impartial, et il n'a aucun intérêt professionnel, financier ou autre en jeu dans le différend et son issue.

34. À compter du moment de sa nomination et pendant toute la médiation, le médiateur est généralement tenu de signaler toutes circonstances pouvant susciter des doutes légitimes sur son impartialité. Si les parties ont été informées de conflits d'intérêts potentiels et ont donné leur consentement éclairé à la nomination du médiateur, celui-ci peut engager la médiation.

35. De nombreux pays n'autorisent pas le médiateur à agir en qualité d'arbitre ou de juge dans un litige qui a fait ou qui fait l'objet de la médiation ni dans un autre litige né du même rapport contractuel ou juridique ou lié à ce rapport, sauf convention contraire des parties.

3. Étapes préparatoires

a) Mandat, honoraires et autres coûts

36. Une fois que les parties ont sélectionné un médiateur, sa nomination doit être confirmée. Les parties peuvent lui adresser une lettre de nomination. Il est également fréquent que les parties et le médiateur concluent un mandat couvrant divers éléments de la médiation et du rôle du médiateur dans le processus. Ce mandat peut comporter une présentation du différend, des règles relatives à la conduite de la médiation, telles que les normes déontologiques et les obligations d'information applicables au médiateur, ainsi que des dispositions dont les parties sont convenues en matière de confidentialité (voir par. 45 à 51 ci-dessous).

37. Les parties et le médiateur doivent convenir dès le départ du montant et de la répartition des honoraires du médiateur et des coûts de la médiation. Ces coûts comprennent généralement :

- i) Les honoraires du médiateur ;
- ii) Les frais de l'institution administrant la médiation, le cas échéant ;
- iii) Les dépenses engagées par le médiateur, par exemple les frais de déplacement et de logement, et ceux liés à l'appui administratif, sauf si elles sont directement prises en charge par les parties ; et
- iv) D'autres dépenses, notamment les frais de traduction et d'interprétation.

38. Le médiateur peut demander aux parties de consigner une somme à titre d'avance sur les frais et suspendre la médiation jusqu'au versement de cette somme. Les règlements de médiation régissent souvent ces questions, notamment celle de savoir si le montant à consigner doit être versé à parts égales par les parties et les conséquences en cas de non-versement par une partie de la somme requise⁸. Dans une médiation institutionnelle, la détermination du montant à consigner ainsi que la détention, la gestion et la comptabilisation des sommes consignées peuvent compter parmi les services fournis par l'institution. Lorsque l'institution de médiation n'offre pas ce type de services, les parties ou le médiateur doivent prendre les mesures nécessaires, par exemple auprès d'une banque ou d'un autre prestataire externe. Dans tous les cas, il est utile de préciser des points tels que le type et la localisation du compte sur lequel la somme

⁸ Voir, par exemple, les paragraphes 3 à 5 de l'article 11 du Règlement de médiation de la CNUDCI.

consignée sera conservée, la gestion qui sera faite de cette somme et la question de savoir si elle générera des intérêts.

39. Certaines réglementations sont susceptibles d'avoir un impact sur la gestion des sommes consignées à titre d'avance sur les frais, notamment les codes professionnels et déontologiques, les règles financières concernant l'identité des bénéficiaires et les restrictions au commerce ou aux paiements.

40. La répartition des coûts est habituellement convenue par les parties ou prévue dans le règlement de médiation applicable. En général, s'il n'est pas convenu d'une méthode de répartition, les coûts liés à la médiation sont supportés à parts égales par les parties⁹. Dans le cas d'une procédure multipartite, il serait nécessaire de prévoir expressément un accord de « répartition à parts égales des coûts ».

b) Assistance administrative

41. Le médiateur peut avoir besoin d'un appui administratif pour l'aider à conduire la médiation. Les parties, ou le médiateur avec le consentement des parties, peuvent prendre des dispositions pour obtenir une assistance administrative de la part d'une personne ou d'une institution qualifiées.

c) Présence et représentation des parties

42. Si l'une des parties a un pouvoir de règlement limité (par exemple, dans le cas où un éventuel règlement doit être approuvé par un conseil d'administration, un comité ministériel ou un assureur), cette partie doit, dès le départ, en informer le médiateur et les autres parties. Le médiateur est ainsi en mesure d'aborder cette question avec les parties préalablement à la médiation. Il peut être nécessaire de présenter une procuration.

43. Des personnes peuvent participer à la médiation afin d'aider à régler le différend. Elles doivent être agréées par les parties.

44. Il est courant, en particulier dans les différends internationaux, que les parties soient assistées d'un conseil pour certains aspects ou pour l'ensemble du processus de médiation. La représentation juridique n'est pas nécessaire dans tous les cas, car la négociation entre les parties est généralement fondée sur la notion d'intérêt et ne se limite pas aux considérations juridiques. La participation d'un conseil est recommandée lorsqu'il est nécessaire d'établir les droits et obligations juridiques d'une partie, d'analyser les incidences légales des propositions et options de règlement, et d'élaborer l'accord de règlement.

d) Traitement des questions de confidentialité

45. Il est souhaitable que les parties se demandent, au début du processus, dans quelle mesure elles souhaitent que la médiation reste confidentielle, et consultent les lois et règlements applicables afin de s'assurer que les obligations de confidentialité sont clairement énoncées et leur respect suffisamment garanti. Les parties devraient envisager de convenir des modalités de traitement des questions de confidentialité, en s'intéressant aux aspects suivants.

Le médiateur et les autres personnes participant à la médiation

46. Le médiateur est habituellement censé préserver la confidentialité de la médiation, y compris de toute information y relative ou obtenue dans le cadre de celle-ci. En général, l'obligation de confidentialité s'applique non seulement au médiateur, mais aussi aux autres personnes participant à la médiation (par exemple, celles qui représentent ou assistent les parties, et celles qui fournissent

⁹ Voir, par exemple, l'article 11-2 du Règlement de médiation de la CNUDCI.

un appui administratif). Il est souhaitable que toutes les personnes participant à la médiation soient liées par un accord de confidentialité.

Entre les parties

47. Les parties peuvent convenir du régime de confidentialité qu'elles souhaitent, sauf disposition contraire de la loi applicable. Elles peuvent déterminer dans quelle mesure la médiation elle-même, ou toute information échangée ou communiquée pendant la médiation, doit rester confidentielle.

48. Un accord de confidentialité peut porter sur un ou plusieurs des points suivants : a) documents ou informations devant être gardés confidentiels (par exemple, l'existence même de la médiation, l'identité des parties et du médiateur, les communications écrites et orales, et la teneur du règlement) ; b) mesures à prendre pour préserver la confidentialité des informations et durée de l'obligation de confidentialité ; c) circonstances dans lesquelles des informations confidentielles peuvent être communiquées, partiellement ou intégralement, dans la mesure nécessaire pour protéger un droit reconnu par la loi ; et d) autres circonstances dans lesquelles la communication d'informations pourrait être autorisée (par exemple, informations relevant du domaine public ou obligation d'information imposée par la loi ou par un organe réglementaire).

Entre les parties et le médiateur pendant la médiation

49. Les parties devraient convenir des modalités de traitement par le médiateur des informations reçues d'une d'entre elles pendant la médiation. Elles peuvent convenir, par exemple, que le médiateur a le droit de révéler la teneur de ces informations à toute autre partie à la médiation si cela est susceptible d'aider au règlement du litige. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous réserve qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation¹⁰.

Recevabilité des éléments de preuve dans d'autres procédures

50. Les documents établis essentiellement aux fins de la médiation, les propositions faites concernant le règlement ou les faits admis par une partie pendant la médiation ne devraient pas être recevables comme éléments de preuve dans une procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre.

51. La non-recevabilité des éléments de preuve dans d'autres procédures vise à faire en sorte qu'aucune partie ne soit lésée pour avoir fait acte de transparence concernant des informations ou opinions importantes, en vue de faciliter un règlement entre les parties. La non-recevabilité des communications et informations échangées pendant la médiation comme éléments de preuve et l'interdiction de citer un médiateur comme témoin dans une procédure ayant lieu après la médiation devraient s'appliquer à toutes les procédures ultérieures se rapportant au différend qui fait ou a fait l'objet de la médiation. Néanmoins, ces informations peuvent généralement être communiquées ou reçues comme éléments de preuve si cela est exigé par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord de règlement.

¹⁰ Voir, par exemple, l'article 9 de la Loi type sur la médiation.

e) Détermination du lieu de la médiation

52. Les parties devraient déterminer le lieu de la médiation dès le départ. Pour décider des endroits où les réunions se tiendront, elles pourront tenir compte des éléments suivants :

i) La commodité du lieu pour les parties et le médiateur, y compris du point de vue des déplacements pour s'y rendre ;

ii) La disponibilité et le coût des services d'appui ; et

iii) La disponibilité d'une pièce séparée pour chaque partie et d'une grande pièce pour la tenue de réunions conjointes en présence de toutes les parties.

53. La médiation peut également se dérouler entièrement ou partiellement en ligne, les rapports entre les parties et le médiateur se limitant alors à des réunions virtuelles. Cette situation peut avoir des incidences sur la détermination de la loi applicable, de sorte que la détermination préalable de la loi applicable à la médiation et à l'accord de règlement peut se révéler particulièrement importante.

f) Accord sur la langue de la médiation

54. Normalement, les parties conviennent aussi de la ou des langues dans lesquelles la médiation se déroulera. Lorsque plusieurs langues doivent être utilisées pendant la médiation, les parties et le médiateur doivent déterminer si elles seront utilisées de manière interchangeable, sans aucune traduction ou interprétation, ou si certains documents et communications (ou certains extraits pertinents) devront être traduits dans toutes les langues.

4. Conduite de la médiation**a) Rôle du médiateur**

55. De manière générale, le rôle des médiateurs consiste à instaurer la confiance entre les parties et dans le processus, en vue de parvenir au règlement du différend. Pour faire en sorte que les négociations aboutissent, les médiateurs cherchent d'emblée à créer une atmosphère sûre, neutre et positive. Leur niveau d'influence varie en fonction des attentes des parties, des circonstances de l'affaire et des différentes pratiques. Du fait de leur neutralité, ils sont idéalement placés pour réagir aux allégations et aux arguments des parties et les aider à évaluer la crédibilité de leurs positions. Ils aident également les parties à recenser et hiérarchiser leurs besoins et intérêts, ce qui leur permet de mener des négociations éclairées et de trouver des solutions adaptées au différend.

56. Sur le plan méthodologique, les médiateurs disposent de techniques et d'outils variés pour surmonter les impasses et faire avancer le processus. Tout au long de la médiation, ils assistent les parties et orientent les débats, en aidant souvent les parties à réfléchir de manière créative. Celles-ci sont ainsi à même d'envisager divers résultats possibles et de trouver des solutions appropriées, notamment des solutions innovantes, ce qui ne serait peut-être pas possible dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale.

b) Consultations initiales

57. Une fois le médiateur nommé, les parties et le médiateur tiennent généralement une réunion préparatoire (qui peut avoir lieu en présentiel ou à distance, par exemple par conférence téléphonique), lors de laquelle ils définissent la marche à suivre la plus appropriée pour le traitement de l'affaire, notamment en ce qui concerne le déroulement de la médiation (les parties peuvent choisir entre les divers règlements disponibles et les adapter à leurs

besoins)¹¹ et les questions logistiques. Inhérentes à la nature consensuelle de la médiation, ces consultations initiales sont généralement engagées au sujet de la plupart des décisions organisationnelles abordées dans l'Aide-mémoire, en particulier de celles évoquées à l'annotation 3 (Étapes préparatoires). Si elles sont convenues de ces questions avant le début de la médiation, voire dans une convention de médiation antérieure au différend, les parties peuvent alors confirmer leurs décisions.

58. En outre, les consultations initiales aident à clarifier les attentes des parties concernant la conduite de la médiation, et permettent à ces dernières de déterminer si l'approche, les méthodes et le style du médiateur sont adaptés au différend en cause, et si les honoraires et les coûts appliqués sont raisonnables. Elles sont donc essentielles, même dans le cas d'une médiation institutionnelle, où les questions logistiques peuvent avoir déjà été prises en charge.

59. Si les parties ne sont pas convenues d'une procédure à suivre par le médiateur ou d'un règlement devant régir la médiation, le médiateur et les parties peuvent définir ensemble la marche à suivre. Les parties peuvent laisser au médiateur le soin de déterminer les modalités de déroulement de la médiation, sous réserve des dispositions impératives de toute loi applicable. Il peut notamment arriver, au début du processus, que les parties aient du mal à convenir du mode opératoire et demandent au médiateur d'en décider. Toutefois, certains médiateurs estiment que le fait d'inciter les parties à s'occuper des questions élémentaires concernant le déroulement de la médiation est une première étape nécessaire à l'instauration de la confiance dans le processus.

60. Les parties devraient chercher à clarifier diverses questions à un stade précoce de la médiation, notamment celle de savoir si la médiation exclut l'ouverture d'une procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre. Elles peuvent également réfléchir aux questions relatives au cadre juridique de la conclusion, de l'application et de l'exécution d'un accord de règlement.

c) **Communications et pièces justificatives**

61. Les parties sont libres de convenir des modalités de communication des informations relatives à leur affaire au médiateur et de la forme sous laquelle ces informations lui sont communiquées. Dans le cadre du processus de médiation, elles échangent généralement des écrits succincts (parfois appelés notes d'information, mémoires de médiation, conclusions écrites ou résumés d'affaires).

62. Si un tel résumé est rédigé, il est généralement destiné à servir uniquement dans le cadre de la médiation en vue de régler le différend, et n'est pas censé être utilisé dans une éventuelle procédure judiciaire ultérieure. Le résumé peut être soumis séparément par chaque partie ou conjointement, et présente habituellement :

- i) Un historique du différend ;
- ii) Une explication des questions en jeu ; et
- iii) Ce que la ou des parties, selon le cas, attendent de la médiation.

63. Les parties peuvent convenir des documents à fournir pour étayer leurs arguments ou clarifier le différend. Il peut s'agir de contrats et de courriers, ainsi que de toute autre information pertinente.

64. Les parties et le médiateur peuvent se demander s'il serait utile de convenir de détails pratiques, tels que le mode de présentation des informations (par

¹¹ Voir, par exemple, l'article 7-1 de la Loi type sur la médiation. Le Règlement de médiation de la CNUDCI et les règlements des institutions de médiation sont des exemples de « règlements » dont les parties peuvent convenir pour organiser la conduite de la médiation.

exemple, en copie papier, sous forme électronique ou par l'intermédiaire d'une plateforme partagée), notamment leur format (par exemple, format électronique particulier, avec fonctions de recherche).

65. Le recours à des moyens de communication électronique peut accélérer la médiation et l'aider à aboutir. Toutefois, il est conseillé de se demander si toutes les parties ont accès à ces moyens, ou les maîtrisent. Lorsqu'ils décident d'utiliser des moyens de communication électronique, il peut être nécessaire que les parties et le médiateur tiennent compte des questions de compatibilité, de stockage, d'accès et de sécurité des données, ainsi que des coûts y afférents. Ils doivent également veiller à ce que les communications électroniques soient correctement protégées.

d) Séances de médiation et négociations actives

66. Le processus de médiation devrait faire émerger une bonne compréhension des faits essentiels et des résultats possibles. À cette fin, le médiateur organise habituellement une ou plusieurs réunions, en présentiel ou à distance, au moyen, par exemple, d'une plateforme appropriée permettant la tenue de réunions conjointes et individuelles (appelées « séances de médiation »). Il peut être souhaitable que le médiateur, en concertation avec les parties, détermine le temps à consacrer aux séances de médiation.

67. Les séances de médiation peuvent se tenir en présence de toutes les parties ou séparément avec chacune d'elles (c'est-à-dire, dans ce dernier cas, « en comité restreint »), ou comprendre à la fois des réunions conjointes et des réunions individuelles. Le médiateur peut, par exemple, commencer par organiser une réunion conjointe lors de laquelle les parties échangent leurs vues sur le différend, puis tenir avec chacune d'elle une réunion en comité restreint. Les communications *ex parte* ne sont pas interdites et elles sont, au contraire, considérées comme utiles lors d'une médiation. Toutefois, le médiateur est censé assurer à tout moment le traitement équitable des parties et, s'il tient une communication *ex parte* avec une partie, se doit d'en informer toute autre partie. Équité de traitement ne veut pas dire égalité de traitement, le médiateur pouvant avoir besoin de passer plus de temps avec l'une des parties qu'avec l'autre. Il est recommandé aux parties de participer aux séances de médiation.

68. Le nombre de séances de médiation et leur durée dépendent de la complexité des questions en jeu et peuvent être adaptés à l'affaire ainsi qu'à l'approche privilégiée par le médiateur et les parties. Il est indispensable de prendre le temps nécessaire pour étudier les questions en profondeur et dégager une solution viable et durable.

69. Dans les médiations complexes, l'organisation des séances de médiation requiert davantage d'attention. Sous réserve du consentement préalable exprès des parties, d'autres parties intéressées peuvent être invitées à assister et à participer à ces séances, si nécessaire.

5. Accord de règlement

a) Propositions de règlement

70. Le médiateur ne peut pas imposer de règlement aux parties, mais il les aide à parvenir à un règlement amiable de leur différend. Les propositions de règlement peuvent être faites directement entre les parties ou par l'intermédiaire du médiateur.

71. Le médiateur peut, à la demande des parties, recommander les termes du règlement.

b) Rédaction de l'accord de règlement

72. Si les parties conviennent de régler leur différend, elles élaborent un accord de règlement. Suivant la loi applicable, le médiateur peut, à leur demande, aider les parties à élaborer l'accord de règlement, en fournissant par exemple un résumé des termes convenus. Habituellement, les accords de règlement sont établis par écrit ; il est souhaitable que les parties vérifient par quels moyens cette exigence peut être satisfaite¹².

73. L'accord de règlement devrait être formulé en termes clairs. Ses conditions d'exécution, par exemple, devraient pouvoir être comprises sans ambiguïté.

74. Pour convenir de la loi applicable à l'accord de règlement, et pour examiner la question du lieu auquel se rapportent les obligations qui y sont prévues, les parties peuvent prendre en compte les conséquences juridiques y afférentes ainsi que, d'une manière plus générale, le cadre juridique, y compris la Convention de Singapour sur la médiation.

c) Caractère exécutoire

75. En général, les parties se conforment volontairement aux obligations énoncées dans l'accord de règlement. Néanmoins, elles devraient tenir compte de toute exigence concernant la forme (notamment les exigences en matière de langue), la teneur, le dépôt, l'enregistrement ou la remise de l'accord de règlement prévue par la loi sur la médiation applicable, la loi pertinente au ou aux lieux d'exécution et le règlement de médiation applicable.

76. Si nécessaire, l'accord de règlement peut être exécuté conformément à la procédure de l'État dans lequel l'exécution est demandée. Cette procédure varie selon les pays.

77. On peut supposer que les États parties à la Convention de Singapour sur la médiation et les États ayant adopté une législation fondée sur la Loi type sur la médiation suivent la procédure d'exécution définie dans ces instruments. Pour rédiger l'accord de règlement, les parties peuvent prendre note des dispositions pertinentes de ladite Convention et de ladite Loi type et des exigences qui y sont prévues¹³. On trouvera sur le site Web de la CNUDCI une liste des réserves formulées par les États parties au titre de l'article 8 de la Convention¹⁴.

78. Il est souhaitable que les parties indiquent qu'elles comprennent que l'accord de règlement pourra être utilisé comme preuve qu'il est issu de la médiation, et qu'il pourra être invoqué pour introduire une demande ou un moyen en vertu de la législation applicable.

6. Fin de la médiation

79. Dès lors que les parties ont engagé une médiation, celle-ci prend habituellement fin :

i) Par la conclusion par les parties d'un accord de règlement, à la date de l'accord ;

¹² Par exemple, l'article 16-6 de la Loi type sur la médiation prévoit ce qui suit : « L'accord de règlement est conclu "par écrit" si son contenu est consigné sous une forme quelconque. Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour l'accord de règlement si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement. »

¹³ Voir notamment les articles 4 et 5 de la Convention et les articles 18 et 19 de la Loi type.

¹⁴ En vertu de l'article 8-1 a) de la Convention de Singapour sur la médiation, un État partie peut déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention aux accords de règlement auxquels il est partie, ou auxquels toute entité publique ou toute personne agissant au nom d'une entité publique est partie, dans la mesure précisée dans la déclaration ; en vertu de l'article 8-1 b) de ladite Convention, un État partie peut déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement dans la mesure où les parties à l'accord de règlement auront consenti à son application.

ii) Par une déclaration du médiateur après qu'il a consulté les parties qui indique que de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus, à la date de la déclaration ;

iii) Par une déclaration des parties au médiateur indiquant qu'il est mis fin à la médiation, à la date de la déclaration ;

iv) Par une déclaration d'une partie à l'autre partie ou aux autres parties et au médiateur (s'il en a été nommé un) indiquant qu'il est mis fin à la médiation en ce qui concerne cette partie, à la date de la déclaration ; ou

v) À l'expiration d'un délai défini dans l'instrument international, la décision de justice ou la disposition législative impérative applicable, ou convenu dès le départ par les parties.

80. Le cas échéant, il est souhaitable de consigner de manière claire et non ambiguë la fin de la médiation, dans la mesure où celle-ci peut constituer le point de départ de procédures ultérieures ou avoir une incidence sur le cours des délais de prescription applicables à la demande soumise à la médiation.

7. Médiation dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États

81. La médiation est un mécanisme efficace et économique pour la résolution des différends survenant entre un investisseur et un État. Les traités d'investissement en font de plus en plus souvent une étape ou condition préalable à l'ouverture d'une action judiciaire ou d'un arbitrage en vue du règlement de ce type de différends. Elle peut être utilisée avantageusement pendant le « délai de réflexion ¹⁵ », ou parallèlement à une procédure de règlement des différends arbitrale, judiciaire ou autre, voire après la conclusion d'une telle procédure. Les questions particulières ci-après, qui interviennent dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États, devraient être examinées au début de la médiation.

a) Sélection et nomination d'un médiateur

82. À moins que le traité d'investissement applicable n'en dispose autrement, les parties sont généralement libres de sélectionner et de nommer un ou plusieurs médiateurs. Ce choix peut tenir compte de différents facteurs, tels que la nationalité, l'expérience antérieure en matière d'affaires publiques ou de règlement des différends relatifs aux investissements, la détention d'une accréditation pertinente, la parité femmes-hommes, la diversité géographique, ainsi que la dimension interculturelle du litige. Étant donné que les différends relatifs aux investissements sont souvent complexes, les parties envisagent parfois de nommer deux co-médiateurs plutôt qu'un médiateur unique.

83. Le litige peut être soumis à une institution de médiation spécialisée dans le règlement des différends entre investisseurs et États, soit parce que le traité d'investissement applicable le prévoit, soit parce que les parties en conviennent ainsi. Les institutions de ce type offrent un choix de médiateurs qualifiés et reconnus, et fournissent un appui administratif pour le déroulement de la médiation.

b) Confidentialité et transparence

84. Pour définir leurs obligations en matière de confidentialité, les parties devraient avoir connaissance de toutes obligations de transparence susceptibles

¹⁵ Dans les traités d'investissement, un « délai de réflexion » est une période comprise entre la notification de la demande à la partie adverse et l'ouverture de la procédure de résolution du litige. Des négociations ont habituellement lieu pendant cette période, le but étant de parvenir à un règlement amiable.

de s'appliquer dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États.

c) Tiers

85. Un différend peut toucher et préoccuper la société civile et/ou d'autres parties intéressées. Les parties peuvent autoriser des tiers à participer à la médiation et à soumettre des communications, s'ils remplissent certains critères convenus par elles. Si les parties sont convenues que des tiers peuvent assister aux séances de médiation, le médiateur et les parties doivent tenir compte de la nature des intérêts représentés et de l'autorité dont dispose chaque représentant.

d) Pouvoir de règlement

86. Dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États, où la médiation fait toujours intervenir des organismes publics, le processus d'approbation nécessaire doit être déterminé et pris en compte tout au long de la médiation.
